

CONSULTA ONLINE

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO



2018

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

Consulta OnLine (periodico online) ISSN 1971-9892

DIREZIONE

Pasquale Costanzo Lara Trucco (vicedirettrice)

COMITATO EDITORIALE

Guido Alpa; Paolo Caretti; Pasquale Costanzo; Luis Aguiar De Luque; Thierry Di Manno; Adriano Giovannelli; Riccardo Guastini; Peter Leyland; Roberto Mastroianni; Luca Mezzetti; Otto Pfersmann; Roberto Romboli; Antonio Ruggeri; Lara Trucco; Jaques Ziller

Patrizia Magarò; Vincenzo Sciarabba; Francesca Bailo

COMITATO SCIENTIFICO

Luiz Alberto David Araujo
(Univ. Pontificia di San Paolo)

Luis Aguiar De Luque
(Univ. Carlos III, Madrid)

Guido Alpa
(Univ. di Roma La Sapienza)

Gaetano Azzariti
(Univ. di Roma La Sapienza)

Sergio Bartole
(Univ. di Trieste)

Roberto Bin
(Univ. di Ferrara)

Laurence Burgorgue-Larsen
(Univ. La Sorbona, Parigi)

Beniamino Caravita Di Toritto
(Univ. di Roma La Sapienza)

Paolo Caretti
(Univ. di Firenze)

Lorenza Carllassare
(Univ. di Padova)

Josep Maria Castella Andreu
(Univ. Barcellona)

Augusto Cerri
(Univ. di Roma La Sapienza)

Pasquale Costanzo
(Univ. di Genova)

Antonio D'Atena
(Univ. di Roma Tor Vergata)

Giuseppe de Vergottini
(Univ. di Bologna)

Thierry Di Manno
(Univ. Tolone)

Mario Dogliani
(Univ. di Torino)

Adriano Giovannelli
(Università di Genova)

Riccardo Guastini
(Università di Genova)

Peter Leyland
(Univ. Soas, London)

Roberto Mastroianni
(Univ. "Federico II" di Napoli)

Luca Mezzetti
(Univ. di Bologna)

Franco Modugno
(Univ. di Roma La Sapienza)

Valerio Onida
(Univ. di Milano Statale)

Alessandro Pace
(Univ. di Roma La Sapienza)

Otto Pfersmann
(Ehess, Parigi Fr)

Cesare Pinelli
(Univ. di Roma La Sapienza)

Giovanni Pitruzzella
(Univ. di Palermo)

† Alessandro Pizzorusso
(Univ. di Pisa)

Giuseppe Ugo Rescigno
Univ. di Roma La Sapienza)

Roberto Romboli
(Univ. di Pisa)

Antonio Ruggeri
(Univ. di Messina)

Carmela Salazar
(Univ. Mediterr. di R. Calabria)

Fernando Facury Scaff
(Univ. San Paolo)

Federico Sorrentino
(Univ. di Roma La Sapienza)

Gina Vidal Marcilio Pompeu
(Univ. Fortaleza)

Jacques Ziller
(Univ. di Pavia)

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

UGO ADAMO – Assegnista di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro

PAOLO ADDIS – Assegnista di ricerca presso Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa **

LINDA ARDIZZONE – Dottoranda di ricerca in Scienze economiche, aziendali e giuridiche, Università degli studi di Enna "Kore"

VITTORIA BERLINGO' – Professoressa associata di diritto amministrativo presso l'Università di Messina

ANDREA BONOMI – Ricercatore di diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

OMAR CARAMASCHI – Dottorando in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Genova

CELESTE CHIARIELLO – Ricercatore a t.d. nell'Università telematica "Pegaso"

GIOVANNI COMMAZZETTO – Dottorando di ricerca in diritto costituzionale nell'Università di Padova

ROBERTO CONTI – Consigliere presso la Corte di Cassazione

CARLA DI MARTINO – Dottoranda di ricerca in "pluralismi giuridici: prospettive antiche ed attuali" presso l'Università di Palermo

SIMONE FREGA – Dottorando in diritto costituzionale nell'Università di Genova

DAVIDE GALLIANI – Professore associato di istituzioni di diritto pubblico nell'Università Statale di Milano

LUCA GRIMALDI – Ricercatore di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Bari Aldo Moro

COSIMO PIETRO GUARINI – Professore associato di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Bari Aldo Moro

ANTONIO IANNUZZI – Professore associato di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Roma Tre

ANTONELLO LO CALZO – Dottore di ricerca in diritto costituzionale e diritti fondamentali nell'Università di Pisa

DONATELLA LOPRIENO – Ricercatrice di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università della Calabria

VANESSA MANZETTI – Ricercatrice di diritto pubblico nell'Università di Pisa

ALESSANDRO MORELLI – Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università Magna Graecia di Catanzaro

GIOVANNI MOSCHELLA – Professore ordinario di istituzioni pubbliche nell'Università di Messina

CRISTINA NAPOLI – Assegnista di ricerca in diritto costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

FABIO FRANCESCO PAGANO – Dottore di ricerca in diritto pubblico nell'Università "La Sapienza" di Roma

SIMONE PAJNO – Professore ordinario in diritto costituzionale nell'Università di Sassari

FULVIA PASSANANTI – Dottoranda in *Fundamental Rights in the Global Society* nell'Università di Camerino

GIOVANNI POGGESCHI – Professore associato di diritto pubblico comparato presso l'Università del Salento

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA – Dottorando di ricerca in «Processi di armonizzazione del diritto tra storia e sistema» nell'Università di Teramo

ROBERTO ROMBOLI – Professore ordinario in diritto costituzionale nell'Università di Pisa

RUGGERI ANTONIO RUGGERI – Professore di diritto costituzionale nell'Università di Messina

SABINA STURNIOLO – Dottoranda di ricerca in scienze giuridiche nell'Università di Messina

SILVIA TALINI – Assegnista di ricerca in diritto costituzionale nell'Università degli Studi Roma Tre

PIERLUIGI TOMAIUOLI – Magistrato amministrativo e assistente di studio presso la Corte costituzionale

TRANFO ALESSIA TRANFO – Dottoranda in diritto costituzionale nell'Università di Genova

INDICE

2018

Note di presentazione

ANNIVERSARI

Dalla “fabbrica di chiacchiere” alla “costituzionalizzazione della rivoluzione” **I**

PARTE I

STUDI

- PIERLUIGI TOMAIUOLI** **1**
L’ “altolà” della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)
- ANTONELLO LO CALZO** **27**
Il controllo di legittimità costituzionale sugli atti normativi interni di Camera e Senato (a margine della sent. n. 213 del 2017 della Corte costituzionale)
- LUCA GRIMALDI – COSIMO PIETRO GUARINI** **34**
Su alcuni conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato sollevati a seguito della «situazione venutasi a creare» con le ultime leggi elettorali (a margine delle ordinanze nn. 277 e 280 del 2017)
- UGO ADAMO** **50**
«Senza distinzione ... di religione». Libertà di manifestazione del pensiero e tutela del sentimento religioso
- ANTONIO RUGGERI** **82**
Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)

ANTONIO IANNUZZI	87
L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche	
ALESSANDRO MORELLI	97
La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione	
VITTORIA BERLINGÒ	109
L'effettività dell'integrazione lavorativa del disabile alla luce delle più recenti riforme della pubblica amministrazione	
ANDREA BONOMI	123
Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale	
DAVIDE GALLIANI	138
Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione	
ANTONIO RUGGERI	155
Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?	
GIOVANNI POGGESCHI	165
Ridere e deridere. La satira negli USA ed in Francia fra libertà individuale ed esigenze collettive	
VITTORIA BERLINGÒ	210
<i>The New Italian Code of the Third Sector: towards a New Model of Welfare</i>	
ROBERTO CONTI	221
La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?	
DONATELLA LOPRIENO	264
Regionalismo e immigrazione. Le risposte degli ordinamenti regionali italiani al fenomeno migratorio	
CRISTINA NAPOLI	286
Uno sguardo al futuro muovendo dagli errori del passato: la sfida del ricorso diretto delle minoranze parlamentari	
UGO ADAMO	296
Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge	

CARIA DI MARTINO	318
Leggi retroattive di contenimento della spesa pubblica e giusto processo (a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 12 del 2018)	
SIMONE PAJNO	337
Fino a dove si estende la competenza regionale? Le controversie su fondo e sottofondo marino dinanzi alla Corte costituzionale	
GIOVANNI COMAZZETTO	347
Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco” tra <i>revirements</i> e questioni irrisolte	
CELESTE CHIARIELLO	377
Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale	
ANTONIO RUGGERI	392
La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)	
SABINA STURNIOLO	412
<i>The best interest of the child</i> nella legge n. 219/2017	
ANTONIO RUGGERI	420
Per un nuovo statuto del Trentino-Alto Adige (chiose a margine di due documenti preparatori della riscrittura dell’atto)	
PAOLO ADDIS	435
Disabilità e giuramento per l’acquisizione della cittadinanza (osservazioni a Corte cost. sent. 258/2017)	
LINDA ARDIZZONE	447
La Consulta dichiara illegittimo il criterio della «residenza prolungata sul territorio regionale» per l’ammissione all’asilo nido: breve nota a Corte cost., sent. 107/2018 (con un sintetico rinvio a sent. 106/2018)	
ALESSIA TRANFO	453
Un profilo del diritto all’abitazione: l’edilizia residenziale pubblica per gli stranieri (a margine della sent. n. 106/2018 della Corte costituzionale)	
OMAR CARAMASCHI	462
Dal nesso funzionale esterno alla continenza interna? Recenti tendenze in tema di insindacabilità parlamentare (nota a Corte cost. sent. n. 59/2018)	
SIMONE FREGA	468
L’Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)	

FULVIA PASSANANTI Riflessioni sugli obblighi vaccinali, tra esigenze di unitarietà e ridotti spazi per le Regioni	473
ANTONIO RUGGERI Taricco, amaro finale di partita	488
GIOVANNI MOSCHELLA Risultati elettorali, ristrutturazione del sistema politico e formazione del Governo all'inizio della XVIII legislatura	500
SILVIA TALINI La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost. sent. n. 149 del 2018)	505
ANTONIO RUGGERI Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione	511
ALESSANDRO MORELLI Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale	533
ANTONIO RUGGERI Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile	548
ANTONIO RUGGERI Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)	568
ANTONIO RUGGERI Venuto alla luce alla Consulta Pircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)	571
ROBERTO ROMBOLI La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro. Un convegno per ricordare Alessandro Pizzorusso	576
FABIO FRANCESCO PAGANO Gli organi di rilevanza costituzionale di tipo "magistratuale" e l'indipendenza rinforzata della Corte dei conti nei confronti del Governo (osservazioni a margine di Corte dei conti, Sezz. Riunite n. 1/2018/Cons.)	587

ANTONIO RUGGERI	599
“Forma di governo” e “sistema dei partiti”: due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?	
ANTONIO RUGGERI	616
Nota minima a riguardo di una procedimentalizzazione anomala dell'intervento del terzo nei giudizi di costituzionalità	
ROBERTO ROMBOLI	618
La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano	
VANESSA MANZETTI	645
Decretazione d'urgenza ed autonomia finanziaria di entrata degli enti territoriali: profili di finanza locale	

PARTE II

LIBRI E RECENSIONI

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA	1
La macroregione adriatico-ionica. La cooperazione territoriale tra ripensamenti e potenzialità» (Recensione al Volume di Massimiliano Mezzanotte «La macroregione adriatico-ionica. La cooperazione territoriale come strumento di integrazione)	

PARTE III

CRONACHE

CRONACHE DALLA CORTE	1
CRONACHE DALLE ISTITUZIONI	2
ABSTRACT	I

Note di presentazione

La versione completa 2018 in formato elettronico della Rivista, come emerge – ci sembra – immediatamente dall'indice, si presenta ricca di contributi sulla falsariga ideale dei precedenti fascicoli annuali.

Lo spaccato che ne emerge risulta preminentemente caratterizzato dall'attenzione per i diritti e per il ruolo delle Corti nella materia. La circostanza depone, con nostra soddisfazione, per l'impegno della Rivista a coltivare soprattutto interessi su temi messi in tensione dall'attualità, sempre tuttavia con il metodo rigoroso, ma non asettico, della scienza giuridica.

Un ringraziamento particolare va alle migliaia di lettori che seguono sulla Rete la Rivista, un altissimo numero dei quali testimonia anche la propria attenzione con la ricezione dell'apposita newsletter.

+ + + + +

L'impegno della Rivista è anche quello, attraverso un linking selettivo, mirato e costante, di rendere sempre più pervi i collegamenti con altri documenti presenti in internet, anche al fine di dare al possibile contenzioso del complesso e complessivo dibattito giurisprudenziale e dottrinale. In questo senso, un grazie va anche alle altre Riviste OnLine collegate da reciproca sinergia.

ANNIVERSARI

Anniversario

10 luglio 1918 - 10 luglio 2018

Dalla “fabbrica di chiacchiere” alla “costituzionalizzazione della rivoluzione”

La prima Costituzione sovietica

1. Sia pure al prezzo di perdite economiche e territoriali enormi, la Russia, con il trattato di Brest-Litovsk del 3 marzo 1918, riuscì nell'intento di venir fuori dal primo conflitto mondiale, trovandosi però a dover ancora affrontare la sanguinosa guerra civile divampata a seguito della presa del potere da parte dei bolscevichi con la rivoluzione di ottobre del 1917.

La drammatica situazione interna sarebbe stata anzi destinata a durare ancora quattro anni (se ne indica convenzionalmente la fine con la conquista di Vladivostok, da parte dell'Armata rossa, il 25 ottobre 1922), valicando temporalmente l'introduzione da parte di Lenin della cd. Nuova Politica Economica (NEP) in occasione del X Congresso del Partito comunista del marzo 1921 e rasentando la stessa fondazione dell'Unione Sovietica il 30 dicembre dell'anno successivo.

Non v'è modo di ripercorrere un periodo storico tanto complesso e sfaccettato, ed anche il solo soffermarsi sugli avvenimenti del 1918 esulerebbe dal circoscritto intento di ricordare qui, di questo stesso anno, la prima Costituzione sovietica: di essa ricorre infatti oggi, 10 luglio, il centenario. Tuttavia, per cercare d'intenderne appieno l'impostazione, occorre almeno evidenziare come essa andò a collocarsi in quello che lo stesso Lenin ebbe a definire il “comunismo di guerra”, precedendo inoltre di pochi giorni avvenimenti tragici come l'eccidio della famiglia imperiale a Ekaterinburg (il 17 luglio) ed il cd. terrore rosso, sviluppatosi infatti violentemente dal settembre (del 5 settembre del 1918 fu l'emanazione del cd. “decreto sul terrore rosso”, onde pianificare la difesa del governo rivoluzionario nei confronti dei “nemici del popolo”).

Sicché anche l'iniziativa di dar vita ad una carta costituzionale per il neonato Stato sovietico rientrò nell'azione condotta da Lenin per consacrare e rafforzare i successi e le conquiste rivoluzionarie (anche se, per vero, un'Assemblea costituente, messa in programma dal Governo provvisorio dopo l'abdicazione di Nicola II, era stata già eletta nell'agosto del 1917, ma era stata sciolta nel gennaio 1918 (una “fabbrica di chiacchiere” ebbe a definirla Lenin) a motivo della sua radicale contestazione dell'autorità del Congresso panrusso (i bolscevichi vi detenevano appena un quarto dei seggi).

2. Prima di fornire qualche cenno descrittivo della Costituzione del 1918, occorre però ricordare che essa faceva seguito ad un altro atto costituzionalmente assai rilevante, vale a dire la “Dichiarazione dei diritti delle persone lavoratrici e sfruttate” approvata, sotto dettatura diretta di Lenin, il 3 gennaio dello stesso 1918 dal Comitato esecutivo centrale panrusso e pubblicata il giorno successivo sull’Izvestia. Il testo della Dichiarazione, benché respinto dalla predetta Assemblea costituente, venne approvato con qualche variante dal Terzo Congresso panrusso, ossia l’organo sorto dalla Rivoluzione, rappresentativo delle forze politiche in campo (non tutti i delegati erano bolscevichi, rappresentando, questi, il 62,4% dell’Assemblea), che aveva di fatto assunto poteri costituenti (nella medesima sessione fu approvata anche la Legge fondamentale di socializzazione della terra).

Si ritrova tale Dichiarazione integralmente nella Costituzione del 1918: si devono infatti ad essa, oltre alla proclamazione di una politica di pace e di rispetto della sovranità nazionale di tutte le nazioni, alcune fondamentali affermazioni sulla natura stessa del nuovo Stato (una repubblica di soviet di deputati operai, soldati e contadini), sulla titolarità del potere (conferito interamente ai lavoratori e ai loro rappresentanti autorizzati), sugli obiettivi (principalmente l’abolizione di ogni sfruttamento dell’uomo da parte dell’uomo, della divisione della società in classi, della proprietà privata della terra e dei trattati segreti).

Fu, dunque, ancora in una sessione del predetto organismo costituente (la Quinta, tenutasi dal 4 al 10 luglio 1918), che venne approvata la prima Costituzione repubblicana. Nel Congresso, i bolscevichi godevano di una considerevole maggioranza: 678 delegati contro 269 socialrivoluzionari di sinistra (che abbandonarono i lavori in aspra polemica con le politiche interne ed internazionali di Lenin e Trotskij, tanto da essere alcuni successivamente arrestati con l’accusa di rivolta e cospirazione), 30 massimalisti, 6 socialdemocratici internazionalisti e 48 senza appartenenza partitica.

Aveva preceduto tale risultato un rapido, ma intenso, lavoro di preparazione, dopoché, il 30 marzo 1918, il Comitato centrale del Partito dei Lavoratori e dei Contadini aveva raccomandato che il Comitato esecutivo centrale panrusso della Quarta sessione del Congresso istituisse una Commissione costituzionale di 15 membri, rappresentativa delle varie fazioni politiche. Questa, una volta insediata, aveva organizzato i suoi lavori il 5 aprile successivo sotto la presidenza dello stretto sodale di Lenin, Jakov Mikhailovich Sverdlov, mettendo in discussione, il 19 successivo, tre diversi progetti di Costituzione.

Sulla bozza prescelta (la bolscevica), la Commissione costituzionale, suddivisa in tre Sottocommissioni, aveva discusso in un clima assai acceso e contrastato, che aveva visto il dipanarsi di diverse tesi. Tuttavia, solo quelle sostenute specialmente dallo stesso Sverdlov e dal futuro dittatore Iosiph Stalin avevano trovato collocazione nella formulazione finale del testo costituzionale, dipoi approvato dal Congresso il 10 luglio 1918 nella sede del teatro Bolshoy.

3. La Costituzione che compirebbe oggi un secolo di vita è strutturata in 6 titoli, 17 capi e 90 articoli. In una premessa, tra l'altro, si incarica l'autorità governativa (il Commissariato del Popolo all'istruzione) di istituire in tutte le scuole e gli istituti scolastici un insegnamento sulle disposizioni fondamentali della Costituzione a loro chiarimento e spiegazione.

Non è neanche ovviamente possibile approfondire il contenuto dell'ampio testo in questione, per cui, oltre a richiamare quanto riferito in precedenza sui principi fondamentali (riassunti specialmente nel Capo II), mette conto di ricordare almeno la costituzione dell'Armata Rossa Socialista, con lo scopo di assicurare alle masse lavoratrici la totalità del potere e di eliminare qualsiasi possibilità di restaurazione del potere degli sfruttatori; l'individuazione, tra i nemici espliciti dalla Costituzione (nel Capo III), sia del capitale finanziario, sia della stessa civiltà borghese, e l'esplicita ed immediata instaurazione della dittatura del proletariato sotto forma di un forte potere sovietico panrusso (Capo V).

Dal punto di vista organizzativo, il potere supremo viene allocato nel Congresso panrusso dei Soviet, da convocarsi due volte all'anno e composto da deputati dei Soviet locali di tutta la Russia, (artt. 12 e 26). Il Comitato esecutivo centrale, eletto da (e responsabile nei confronti di) tale Congresso, vi si sostituisce (art. 30), quando il Congresso stesso non sia in sessione, esercitando collegialmente le funzioni di vertice dello Stato (ma l'art. 45 segnala isolatamente anche la presenza di un Presidium del Comitato esecutivo centrale).

Nella Costituzione troviamo fissate, ma non in maniera tassativa (art. 50), le attribuzioni di questi due organi (al solo Congresso è rimessa però la possibilità di determinare, integrare e modificare i principi fondamentali della Costituzione ex art. 51, lett. a), mentre entrambi concorrono nella revisione costituzionale, per così dire, ordinaria ex art. 49, lett. a).

È quindi specificamente al Governo, ossia al Consiglio dei commissari del popolo (diciotto, uno per ciascun ministero), interamente responsabile di fronte al Congresso e al Comitato Esecutivo Centrale (che lo nomina e può anche revocarlo), che viene attribuita l'amministrazione generale degli affari della Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa, mentre resta appannaggio del Comitato esecutivo centrale fissarne l'indirizzo generale così come di tutti gli organi del potere sovietico nel paese, nonché unificare e coordinare l'intera attività legislativa ed amministrativa (art. 31). Si noti ancora che il Comitato Esecutivo Centrale possiede anche il diritto di annullare o sospendere qualsiasi deliberazione o decisione del Consiglio dei commissari del popolo (art. 40). Dal punto di vista organizzativo, poi, l'art. 49, lett. o), menziona l'esistenza anche di un Presidente del Consiglio dei commissari del popolo.

Nonostante il rincorrersi nel testo costituzionale della qualificazione della Repubblica come "federale", nessuno degli organismi di governo accennati riflette però in qualche modo la struttura federale dell'ordinamento, né si danno presenze di

ulteriori istanze politiche ispirate al relativo principio, che, anzi, nella [Costituzione del 1918](#), resta, a dir poco, del tutto indefinito. Del resto, la formulazione degli artt. 8 e 11 sembra dar conto di una situazione ancora in fieri, mentre sarà la Costituzione del 1924 ad affrontare espressamente il tema delle Nazionalità federate e ad istituire il bicameralismo in seno al Congresso, affiancando al Soviet dell'Unione quello delle Nazionalità.

È invece al testo in esame che va attribuita da subito la razionalizzazione costituzionale del sistema dei Soviet o meglio dei Congressi dei Soviet, sperimentato già dal 1905, per la cui formazione l'elettorato attivo e passivo è riconosciuto ai cittadini diciottenni di entrambi i sessi occupati direttamente od indirettamente in un lavoro produttivo, ai militari e agli inabili già appartenenti a queste due categorie (esclusi dal diritto di voto sono perentoriamente i datori di lavoro di salariati, coloro che, come gli investitori, vivono di redditi non produttivi, i commercianti privati, i monaci e i preti, gli ex agenti della polizia e i membri della dinastia zarista) (art. 64). Per l'art. 78, i medesimi elettori hanno il diritto di revocare in qualsiasi momento il deputato inviato al proprio Soviet.

La complessiva struttura dei Congressi dei Soviet, la cui competenza è anch'essa fissata in [Costituzione](#), si presenta piramidale e sostanzialmente gerarchica (villaggio, cantone, distretto, provincia, regione, deputazione parlamentare, Congresso panrusso), nel senso sia che la loro composizione è determinata in via elettiva da Congressi territorialmente meno ampi (per il complicato e frastagliato sistema, rileva l'art. 52), sia che, nei limiti della propria competenza, ciascun Congresso è l'organo superiore nel territorio considerato (ma nell'intervallo tra le sue sessioni tale potere appartiene al corrispondente comitato esecutivo) con poteri di controllo e revoca delle deliberazioni dei Soviet sottostanti (artt. 60 e 62)

Si cela peraltro sotto questo schermo la presenza onnipotente del Partito comunista che dirige l'operato dei Soviet attraverso la sua capillare organizzazione in sezioni stanziate presso i Soviet di tutti i livelli. L'osservazione sembra tanto più opportuna in quanto in questa [Costituzione](#), come in quella immediatamente successiva del 1924, ma a differenza di quelle che seguiranno nel 1936 e nel 1977, non è fatta nessuna menzione del Partito.

Altro tratto caratteristico è l'assenza di previsioni riguardanti la Magistratura (a parte l'attribuzione al totale dominio della legge ordinaria dell'ordinamento giudiziario e della procedura giudiziale ex art. 49, lett. p)), che resta pertanto sotto il controllo diretto dell'apparato e del Partito, lasciando al margine ogni istanza di separazione e d'indipendenza tra le funzioni essenziali dello Stato (nel periodo rilevano almeno tre decreti del Comitato esecutivo centrale: 22 novembre/5 dicembre n. 1, 15 febbraio 1918, n. 2 e 13 luglio 1918, n. 3). E se qui la circostanza può cogliersi, ad esempio, nell'attribuzione al Comitato Esecutivo Centrale panrusso dei Soviet di tutte le funzioni di legislazione, amministrazione e controllo (art. 31), essa sarà addirittura esplicitata al comparire di un'istanza giurisdizionale nella Costituzione del 1924, che, al fine di affermare la legalità rivoluzionaria su tutto il territorio dell'URSS,

istituirà un Tribunale supremo incardinato presso lo stesso Comitato Esecutivo Centrale, che, da parte sua, costituisce l'istanza d'appello contro le decisioni rese in seduta plenaria dallo stesso Tribunale supremo.

A ben vedere, è forse più radicalmente il concetto di legalità a divergere da quello classico del costituzionalismo occidentale come il prius diverge dal posterius, nel senso che la legalità rivoluzionaria non potrebbe essere imbrigliata in nome di previe statuizioni e limitazioni, se queste o la loro esecuzione ostacolano gli obiettivi sociali ed economici più coerenti con i principi della rivoluzione a giudizio di chi detiene il potere. Così come, del resto, la stessa [Costituzione](#) non si propone tanto di assicurare status o formalizzare rapporti o procedure, quanto piuttosto di agevolare la realizzazione di una società socialista. Del resto, nella [Costituzione](#) del 1918, sullo stesso principio democratico indiscriminatamente inteso fanno visibilmente premio gli obiettivi della rivoluzione proletaria. La legalità democratica è solo strumentale o addirittura annichilita dalla legittimità rivoluzionaria.

Per questa stessa ragione, sul versante dei diritti, l'art. 23 si propone di impedirne l'esercizio a quegli individui e gruppi particolari che ne abusino a detrimento degli interessi della rivoluzione socialista. In tale quadro, la disciplina in positivo di alcune (poche) libertà fondamentali si basa più che sul riconoscimento astratto, sulla loro promozione in concreto (cfr. la formula: al fine di assicurare ai lavoratori ...), fornendosene eventualmente e gratuitamente i mezzi, senza che si ponga attenzione ad esigenze di una qualche garanzia legale tipica delle Carte liberali. E ciò anche in polemica con il carattere sempre formale che, fino ad allora, aveva caratterizzato le tante carte dei diritti borghesi.

4. Un'attenzione a parte merita infine il ruolo che il lavoro occupa nella [Costituzione](#) sovietica del 1918. Si è già detto della Carta dei diritti delle persone lavoratrici e sfruttate rifluita nel Titolo Primo del testo in questione, che non mancherà d'ispirare il disposto dell'art. 3 della nostra Costituzione (si ricordi il ruolo considerevole delle forze marxiste nell'Assemblea Costituente eletta nel 1946), laddove, com'è noto, al comma 2 mette l'accento sui lavoratori, attribuendo alla Repubblica il compito di apprestare garanzie sostanziali per renderne effettiva la partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Ma l'art. 3, lett. f), della [Costituzione](#) in esame si spinge ancora più lontano nell'istituire il servizio generale obbligatorio del lavoro al fine di "sterminare gli strati parassitari della società e di organizzare l'economia": obiettivo che, in questi termini di tono assai radicale, resta ovviamente estraneo alla Costituzione repubblicana, anche quando nell'art. 4 non si perita di enunciare il dovere di ogni cittadino di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società: al disposto non risulta, del resto, essersi prestata nel prosieguo soverchia attenzione. Si consideri, invece, come il testo del 1918 riconnetta all'assolvimento dell'obbligo del lavoro i diritti

riconnessi allo status di cittadino, quali il diritto di suffragio (elargito anche ai lavoratori stranieri, operai e contadini, residenti (art. 20)) e persino il diritto d'onore di difendere la rivoluzione con le armi in pugno (art. 19).

Molto più icasticamente, pertanto, di quanto faccia l'art. 1 della nostra Costituzione, che fonda la Repubblica sul valore del lavoro, l'art. 18 raffigura quest'ultimo come un onere esistenziale accentuandone drammaticamente i toni nel disposto rimasto forse più famoso per cui "Chi non lavora, non mangia".

La massima, che ha ascendenze remote ed illustri ("εἴ τις οὐ θέλει ἐργάζεσθαι μηδὲ ἐσθιέτω" afferma l'apostolo Paolo nella seconda Lettera ai Tessalonicesi, verosimilmente riecheggiando il biblico castigo "Con il sudore del tuo volto mangerai il pane"), tornando in auge come regola imposta da John Smith ai coloni indolenti di Jamestown (You must obey this now for a law, that he that will not work shall not eat - except by sickness he be disabled -. For the labors of thirty or forty honest and industrious men shall not be consumed to maintain a hundred and fifty idle loiterers), è elevata da Lenin a principio del socialismo nel suo "Stato e Rivoluzione" del 1917 e, da lì, trasfusa nella [Costituzione](#) del 1918.

5. Da questi, di necessità, scarni accenni storico-giuridici dedicati al centenario della prima [Costituzione](#) sovietica, potrebbe, dunque, essere in qualche modo emerso il suo enorme rilievo sia per la Russia stessa, sia per i Paesi destinati a gravitare politicamente nella sua orbita, con un'onda lunga arrivata a lambire le Costituzioni che, sostenute soprattutto dalla presenza di forti Partiti comunisti, hanno voluto nel Secondo Dopoguerra riferirsi in maniera significativa ai valori di socialità e di attenzione alle classi tradizionalmente subalterne, calpestati nel declino degli ordinamenti liberali e repressi ancor più dalle dittature borghesi.

Anche ai Costituenti del 1918, la circostanza sembrò, del resto, già ben chiara: la giornalista-scrittrice Larissa Reisner, socialista rivoluzionaria di sinistra, in un intervento il 12 aprile 1918 in seno alla ricordata Commissione costituzionale osservava esemplarmente:

"stiamo facendo un ottimo lavoro non solo per la Russia; la nostra Costituzione è anche utile per il proletariato europeo: esso guarderà alla nostra Costituzione, come ad una sorta di programma per la sua azione".

La [Costituzione](#) qui ricordata venne abbastanza presto sostituita dalla prima Costituzione dell'Unione Sovietica vera e propria del 1924, rivelando, anche così, il suo carattere sperimentale, se non emergenziale, destinato tuttavia ad improntare coi suoi principi gran parte della dinamica costituzionale successiva.

(p.c.)

PARTE PRIMA

STUDI

Pierluigi Tomaiuoli*
L'“altolà” della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica
(a margine della [sentenza n. 6 del 2018](#))

ABSTRACT: *La nota analizza le ragioni della [decisione n. 6 del 2018](#), con cui la Corte costituzionale, chiamata da tre diversi rimettenti a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della decadenza prevista dall'art. 69, c. 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, oltre a dichiarare inammissibile per difetto di motivazione la questione sollevata dal TAR Campania e rigettare nel merito quella sollevata dal TAR Lazio, ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza quella proposta dalla Corte di cassazione a sezioni unite, adita con ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione avverso una sentenza del Consiglio di Stato. Quest'ultima statuizione si basa sul rilievo che il tanto discusso concetto di giurisdizione dinamica, adottato in alcuni arresti degli ultimi anni dall'organo regolatore della giurisdizione, è contrario alla nozione di giurisdizione presupposta dalla Costituzione all'ottavo comma dell'art. 111 e mette in crisi l'assetto plurale delle giurisdizioni voluto dai Costituenti. Ci si sofferma, poi, sui possibili scenari futuri che la pronuncia schiude, anche alla luce della recente sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione 29 dicembre 2017, n. 31126, che, proprio sulla base di tale concezione dinamica della giurisdizione, ha cassato con rinvio una sentenza del Consiglio di Stato per rifiuto di giurisdizione.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ordinanza di rimessione delle sezioni unite e la giurisdizione “dinamica” (o “funzionale” o “evolutiva”). – 3. Il possibile difetto di rilevanza o di motivazione sulla rilevanza con riferimento alla tempestività del ricorso per cassazione. – 4. Le altre possibili criticità della ordinanza di rimessione delle sezioni unite non rilevate dalla Corte. – 5. L'implausibilità della nozione di giurisdizione dinamica. – 6. L'inammissibilità della questione sollevata dal TAR Campania. – 7. La non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, c. 7. – 8. La sentenza n. 31126 del 2017 della Corte di cassazione. – 9. I possibili scenari futuri.

1. Premessa

La [sentenza n. 6 del 2018](#) che qui si commenta è l'ennesima (e forse ultima) puntata di una articolata vicenda che negli ultimi anni ha visto coinvolti la Corte europea dei diritti dell'uomo, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, le sezioni unite della Corte di cassazione e la Corte costituzionale, tutti chiamati a misurarsi con l'art. 69, c. 7¹, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che – nel passaggio di giurisdizione conseguente alla privatizzazione del rapporto alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – ha previsto, per quanto qui rileva, che i diritti relativi a fatti di pubblico impiego anteriori al 30 giugno 1998 avrebbero dovuto essere fatti valere davanti al giudice amministrativo, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000².

La Corte costituzionale, in particolare, era già stata lambita da questa vicenda con il caso sottoposto alla sua attenzione dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e deciso con [sentenza n. 123 del 2017](#)³, che ha dichiarato in parte inammissibile e in parte non fondata la questione di legittimità costituzionale delle norme del codice del processo amministrativo e del codice di procedura civile

* *Magistrato amministrativo e assistente di studio presso la Corte costituzionale*

¹ Reca norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

² La cognizione dei diritti relativi a fatti successivi al 30 giugno 1998, invece, è stata attribuita al giudice ordinario, con esclusione di quelli relativi ai rapporti di impiego non “privatizzati”.

³ Su cui E. BINDI - A. PISANESCHI, *La Corte costituzionale non consente la revocazione delle sentenze amministrative passate in giudicato per contrasto con la sentenza della Corte EDU*, in [GIUSTAMM](#); R. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nei processi penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in questa *Rivista*, [Studi 2017/II](#), 79 ss.; F. FRANCIOSI, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in [Federalismi.it](#); A. RANDAZZO, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 della Corte costituzionale)*, in [Rivista AIC](#).

che non consentono la revocabilità del giudicato amministrativo, quando ciò sia necessario per dare attuazione a una successiva pronuncia di condanna della Corte EDU⁴.

In quella occasione, infatti, il rimettente era stato adito per la revocazione di una sua pronuncia, con cui aveva dichiarato i ricorrenti decaduti dall'azione ai sensi dell'art. 69, c. 7, citato.

La rimessione faceva seguito alle sentenze della Corte EDU [Mottola c. Italia](#) (n. 29932/07) [Staubano e altri c. Italia](#) (n. 29907/07)⁵ del 4 febbraio 2014, che – proprio in relazione al processo conclusosi con la sentenza dell'adunanza plenaria n. 4 del 2007, oggetto di richiesta di revocazione nel giudizio *a quo* – hanno condannato l'Italia per violazione dell'art. 6, par. I, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sotto il profilo del diritto di accesso a un Tribunale, e dell'art. 1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione per illegittima interferenza con la proprietà privata.

In quel caso, dunque, si era già formato un giudicato e alla Corte costituzionale si chiedeva di fornire al giudice *a quo* uno strumento atto a consentire la riapertura del processo alla luce delle sopravvenute sentenze della Corte EDU.

Nel caso delle odierne ordinanze di rimessione, invece, i processi sono ancora pendenti (nel senso che non vi è un pregresso giudicato da rimuovere) e i giudici *a quibus*, sulla scorta delle medesime sentenze [Mottola](#) e [Staubano](#), sollevano questione di costituzionalità del citato art. 69, c. 7, nei seguenti termini.

Le sezioni unite della Corte di cassazione censurano la disposizione citata, «nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000», lamentando la violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., in relazione a entrambi i citati parametri convenzionali ritenuti violati dalla Corte EDU.

Osserva il rimettente che, in ordine alle controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 iniziate dopo il 15 settembre 2000, si era formato, in principio, un orientamento giurisprudenziale secondo cui esse spettavano alla giurisdizione del giudice ordinario; nel tempo, tuttavia, era prevalso un diverso orientamento sia della Corte di cassazione sia del Consiglio di Stato (avallato dalla Corte costituzionale) che ricollega alla scadenza del termine la radicale impossibilità di fare valere il diritto dinanzi ad un giudice.

La norma censurata, interpretata in questo modo, violerebbe il diritto di accesso a un tribunale, tutelato dall'art. 6, par. 1, della CEDU, e il divieto di interferenze illegittime con la proprietà privata posto dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale, come emergerebbe dalle sentenze [Mottola](#) e [Staubano](#), secondo cui la decadenza in questione porrebbe «un ostacolo procedurale che costituisce una sostanziale negazione del diritto invocato» ed escluderebbe «un giusto equilibrio tra interessi pubblici e privati in gioco».

⁴ Sull'argomento, si vedano A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della Cedu nel diritto amministrativo (A margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2016, 456 ss.; F. CORVAJA, *Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici comuni e superamento del giudicato*, in *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?* (a cura di C. Padula), Napoli, 2016, 99 ss.; M. MACCHIA, *La violazione della CEDU*, in *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, 242-267; G. MONTEDORO, *Esecuzione delle sentenze CEDU e cosa giudicata nelle giurisdizioni nazionali*, in [GIUSTAMM](#); P. PATRITO, *Se sia ammissibile l'impugnativa per revocazione delle sentenze del Consiglio di Stato per contrasto con decisione sopravvenuta della Corte Edu*, in *Giur. it.*, 2015, 12; 2710-2719; V. SCIARABBA, *La riapertura del giudicato a seguito di sentenze della Corte di Strasburgo: il ruolo della comparazione*, in [Europeanrights](#), 2014; H. SIMONETTI, *Esecuzione delle pronunce CEDU e "riapertura" del procedimento e del processo amministrativo: verso una nuova ipotesi di revocazione?*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso* (a cura di D. Dalfino), all'indirizzo telematico <http://romatypress.uniroma3.it/ojs/index.php/SMC/article/view/308>, 585-592; S. L. VITALE, *Revocazione del giudicato civile e amministrativo per violazione della CEDU? Il Consiglio di Stato porta la questione alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2015, 11, 1427-1434; S. L. VITALE, *Violazione della Cedu e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, 1269 ss.

⁵ Si vedano P. PATRITO, *Se sia ammissibile*, cit.; S. L. VITALE, *Revocazione del giudicato*, cit.; H. SIMONETTI, *Esecuzione delle pronunce*, cit.

«Richiamando l'ordinanza di rimessione delle sezioni unite della Corte di cassazione e ricalcandone la motivazione»⁶, il TAR Lazio e il TAR Campania hanno sollevato questione di legittimità costituzionale della stessa disposizione.

Mentre l'ordinanza del primo, tuttavia, reca un identico *petitum* e gli stessi parametri interposti della questione sollevata dalle sezioni unite, il TAR Campania, oltre a citare espressamente il solo art. 6, par. 1, della CEDU, non chiede l'ablazione parziale della disposizione citata nella parte in cui prevede la decadenza dall'azione, ma l'addizione, per le controversie in esame, della giurisdizione ordinaria.

Così brevemente chiariti gli antecedenti storici del giudizio costituzionale e i suoi termini processuali, va da subito segnalato che l'importanza della [sentenza n. 6 del 2008](#) riguarda non solo il merito della questione di costituzionalità, affrontato e risolto nel senso della non fondatezza, ma anche e soprattutto le considerazioni svolte sull'ambito di operatività del ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione di cui all'art. 111, c. 8, Cost.

2. L'ordinanza di rimessione delle sezioni unite e la giurisdizione "dinamica" (o "funzionale" o "evolutiva")

L'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione, nel motivare sulla rilevanza della questione di costituzionalità, rammenta che è principio consolidato nella giurisprudenza delle sezioni unite che il sindacato esercitato sulle decisioni del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 362, c. 1, cod. proc. civ. e 110 cod. proc. amm., è consentito solo ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento del secondo dai limiti esterni della giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni, cui attengono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*.

Ricorda ancora il rimettente che, sempre secondo questo orientamento consolidato, il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione è esperibile nell'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale – ad esempio esercitandola nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario negandola sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto «in modo assoluto» di funzione giurisdizionale (c.d. rifiuto di giurisdizione) – ovvero nell'ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni, cioè laddove si pronunci su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure neghi la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice (c.d. diniego di giurisdizione)⁷.

Questa impostazione – come è noto – rispecchia quella recepita dalla Costituzione, che esclude dal controllo nomofilattico della Corte di cassazione le sentenze del giudice amministrativo e del giudice contabile, che possono essere sindacate non per violazione di legge processuale o sostanziale (come nel caso delle sentenze rese da tutti gli altri giudici, ordinari e non, ai sensi dell'art. 111, c. 7, Cost.) ma «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» (sul punto si tornerà più avanti).

Fin qui, dunque, la Cassazione si muove nell'alveo dell'orientamento tradizionale certamente conforme alle coordinate costituzionali.

Il rimettente, tuttavia, subito dopo aggiunge che negli ultimi anni si è andato affermando nella sua giurisprudenza un concetto più ampio di giurisdizione, "dinamico" (o "funzionale" o "evolutivo"), che gli consentirebbe di sindacare non solo le norme sulla giurisdizione che individuano «i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale», ma anche quelle che stabiliscono «le forme di tutela» attraverso cui la giurisdizione si estrinseca.

⁶ Così il par. 2 del *Considerato in diritto*.

⁷ Si vedano le sentenze delle SS.UU. 29 marzo 2017, n. 8117; 30 gennaio 2017, n. 2219; 29 marzo 2013, n. 7929; 29 aprile 2005, n. 8882; 26 luglio 2004, n. 14064; 16 gennaio 2003, n. 574; 1 luglio 2002, n. 9558; 12 aprile 2002, n. 5283; 17 ottobre 2002, n. 14751; 17 dicembre 1999, n. 910; 19 febbraio 1999, n. 86; 22 settembre 1997, n. 8344; 10 agosto 1996, n. 7410; 4 agosto 1995, n. 8550; 14 giugno 1995, n. 668; 17 novembre 1986, n. 6769.

L'ordinanza di rimessione cita la sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254, che, nell'ambito della ben nota disputa sulla c.d. pregiudiziale amministrativa⁸, ha affermato che è sindacabile per motivi inerenti alla giurisdizione la sentenza del Consiglio di Stato che rigetti la domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi in ragione della mancata impugnazione del provvedimento lesivo, perché in tal caso il rifiuto di somministrare la tutela risarcitoria costituirebbe diniego in concreto della giurisdizione.

Le sezioni unite affermano, poi, che questo concetto lato di giurisdizione sarebbe stato utilizzato⁹ anche per cassare una sentenza del Consiglio di Stato che aveva interpretato le norme di diritto interno (sulla legittimazione ad agire) in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea, per come accertato da una pronuncia della Corte di giustizia successivamente intervenuta (si tratta del famoso caso *Fastweb/Telecom*¹⁰ sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel giudizio amministrativo).

Il caso di specie sarebbe analogo a quest'ultimo, perché anche qui il giudice dell'impugnazione si troverebbe nella condizione di evitare che la sentenza gravata, una volta divenuta definitiva, espliciti i suoi effetti in maniera contrastante con una norma sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

Ad avviso delle sezioni unite, infine, la situazione in esame rientrerebbe in uno di quei casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione «anomala o abnorme», omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per *errores in iudicando* o *in procedendo* che danno luogo al superamento dei limiti esterni e quindi diventano sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione.

L'impianto di fondo dell'ordinanza, dunque, in punto di sussistenza di un motivo di ricorso inerente alla giurisdizione – elemento, questo, che attiene ai presupposti processuali del giudizio *a quo* e quindi alla rilevanza della questione di costituzionalità – si basa sul ricordato concetto di giurisdizione “dinamica” (o “funzionale” o “evolutiva”) sviluppatosi negli ultimi dieci anni circa¹¹.

Alla stregua di questa impostazione, rientrerebbero nel controllo sulla giurisdizione affidato alle sezioni unite della Corte di cassazione anche le ipotesi in cui il giudice amministrativo o quello contabile deneghi una particolare forma di tutela astrattamente prevista dalla legge¹², ovvero, come

⁸ I commenti alla sentenza sono numerosissimi. Senza pretesa di esaustività, si vedano G. GRECO, *La cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo. Progresso o regresso del sistema?* In *Dir. proc. amm.*, 2009, 552 ss.; I. PAGNI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, I, 2721 ss.; *Corte di cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. "pregiudizialità amministrativa"*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2, 511 ss.; GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa e gioco delle tre carte*, in *Giurisd. amm.*, 2009, IV, 1 ss.; S. FANTINI, *La pregiudiziale amministrativa come motivo inerente alla giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 2009, 548 ss.; C. VARRONE, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 384; F. SATTA, *Quid novi dopo la sentenza n. 30254/2008 delle Sezioni Unite?*, in *GIUSTAMM*; A. DIMAJO, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della P.A.*, in *Corr. giur.*, 2009, 854 ss.; E. PICOZZA, *La tutela giurisdizionale si dimensione su quella sostanziale e non viceversa*, *ivi*, 859 ss.; S.S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1374 ss.

⁹ Il rimettente indica la sentenza delle SS.UU. n. 2403 del 6 febbraio 2015. Il riferimento è materialmente erroneo: la sentenza cui ci si riferisce è, in realtà, la n. 2242 del 6 febbraio 2015.

¹⁰ Corte di giustizia, 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb*.

¹¹ Prima della sentenza di cui *supra* alla nota 8, le SS.UU. avevano già allargato il controllo sul rifiuto di giurisdizione al diniego per mancata erogazione della tutela risarcitoria con le sentenze 13 giugno 2006, n. 13559 e n. 13660. Tale allargamento, tuttavia, non apparve adeguatamente motivato alle stesse SS.UU., che nel successivo arresto n. 30254 affermarono espressamente di volere teorizzare le ragioni giustificative dell'orientamento inaugurato nel 2006 in ragione dei non «unanimesi consensi» riscossi.

¹² SS.UU. 16 dicembre 2010, n. 25395; 6 settembre 2010, n. 19048; 23 dicembre 2008, n. 30254.

nel caso di specie, adotti una interpretazione di una norma processuale o addirittura sostanziale¹³ che impedisca la piena conoscibilità della domanda¹⁴, e cioè l'esame del merito della questione¹⁵.

I casi più eclatanti che hanno condotto alla cassazione con rinvio delle sentenze dei giudici speciali sono stati, con riferimento alla giurisdizione amministrativa, quello citato della pregiudiziale della domanda di annullamento, la cui assenza determinava¹⁶ secondo il giudice amministrativo la liceità dell'agire dell'amministrazione e quindi il rigetto nel merito della domanda risarcitoria¹⁷, il caso, pure citato, del mancato esame del ricorso principale (in seguito all'accoglimento del ricorso incidentale paralizzante) in contrasto con una sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia¹⁸, e, da ultimo, quello del mancato esame dei motivi aggiunti (in ragione del rigetto del ricorso principale) in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁹; nonché, con riferimento alla giurisdizione contabile, quello del mancato esame di una istanza di definizione agevolata in presenza di appello interposto dal Procuratore generale²⁰.

Ad essi si aggiunge quello, oggi sottoposto alla Corte costituzionale, di interpretazione di una norma interna sulla decadenza dall'azione in asserito contrasto con norme convenzionali, per come chiarito da una sentenza della Corte EDU.

In tutti questi casi la Corte di cassazione ha sostenuto che il rifiuto di giurisdizione non si ha solo quando il giudice speciale affermi di non avere giurisdizione in astratto (come è sempre stato pacifico), ma anche quando, pur affermando (anche implicitamente) che la giurisdizione è sua, per «un ostacolo di carattere generale»²¹ (leggi per l'erronea interpretazione di una norma processuale o sostanziale) non somministri la forma di tutela prevista dalla legge ovvero non esamini nel merito la domanda, e quindi deneghi in concreto²² la giurisdizione.

A questo concetto lato di giurisdizione le sezioni unite sono arrivate invocando la necessità di fare applicazione di principi generali²³, quali: 1) la primazia del diritto comunitario; 2) il giusto processo; 3) il principio di effettività della tutela e 4) quello di unità funzionale della giurisdizione²⁴; e di fronteggiare l'eccessiva espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva²⁵.

Nella giurisprudenza delle sezioni unite si registrano anche arresti del medesimo filone evolutivo, ove, come nel caso dell'odierna ordinanza di rimessione, si precisa che l'interpretazione della norma processuale o sostanziale, per fuoriuscire dall'ambito della violazione di legge ed essere sindacabile

¹³ Oltre all'ordinanza di rimessione in esame, che fa riferimento a violazioni sia processuali che sostanziali, si vedano le sentenze delle SS.UU. 11 maggio 2017, n. 11520; 17 gennaio 2017, n. 956; 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2016, n. 14042; 15 marzo 2016, n. 5070.

¹⁴ Si vedano, a titolo esemplificativo, le sentenze delle SS.UU. 7 aprile 2014, n. 8056; 13 maggio 2013, n. 11345; 8 febbraio 2013, n. 3037; 3 luglio 2012, n. 11075.

¹⁵ Si vedano, a titolo esemplificativo, le sentenze delle SS.UU. 13 maggio 2013, n. 11345; 22 maggio 2012, n. 10294; 6 settembre 2010, n. 19048.

¹⁶ Come è noto, la questione è poi stata risolta dal legislatore che, con il codice del processo amministrativo (art. 30), ha adottato la soluzione intermedia dell'azione risarcitoria autonoma ma sottoposta a termine di decadenza (si veda, sul punto, la sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2017).

¹⁷ La tesi, sostenuta dai fautori della giurisdizione "dinamica", che la mancata somministrazione della tutela risarcitoria involga una questione di giurisdizione sembra in aperto contrasto anche con la posizione delle note SS.UU. 22 luglio 1999, n. 500, ove la non risarcibilità del danno per lesione dell'interesse legittimo viene configurata come statuizione di merito (e non di improponibilità della domanda per difetto assoluto di giurisdizione).

¹⁸ Si veda *supra* la nota 9.

¹⁹ È il caso della sentenza delle SS.UU. 29 dicembre 2017, n. 31126, su cui *infra* al par. 8.

²⁰ SS.UU. 12 marzo 2012, n. 3854.

²¹ SS.UU. 7 aprile 2014, n. 8056; 13 maggio 2013, n. 11345.

²² SS.UU. 8 luglio 2016, n. 14042; 16 dicembre 2010, n. 25395; 6 settembre 2010, n. 19048. Si veda S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 11, ove si inquadra il vaglio delle SS.UU. nella logica «della carenza di potere in concreto».

²³ SS.UU. 23 dicembre 2008, n. 30254 (punti da 8 a 14); nello stesso senso, 6 settembre 2010, n. 19048.

²⁴ Un'estensione del concetto di giurisdizione basata su tali principi era già stato propugnato, prima della sentenza n. 30254 del 2008, da M. V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005.

²⁵ SS.UU., 29 dicembre 2012, n. 31126; 6 febbraio 2015, n. 2242; 6 settembre 2010, n. 19048; 23 dicembre 2008, n. 30254.

quale motivo inerente alla giurisdizione, deve essere anche «abnorme o anomala»²⁶, ovvero frutto di uno «stravolgimento» (a volte definito «radicale»²⁷) delle «norme di riferimento»²⁸ (altre volte norme «di rito»²⁹, altre volte ancora «di rito e di merito»³⁰), stravolgimento che in alcune ipotesi, come nel caso di specie, sarebbe dato semplicemente dalla natura sovranazionale delle norme violate («europee»³¹).

La nozione di giurisdizione dinamica è stata aspramente criticata in dottrina³² perché ritenuta in contrasto con l'art. 111, c. 8, Cost. e con l'assetto plurale delle giurisdizioni delineato dai Costituenti (la critica è venuta anche da coloro che auspicano il superamento di tale assetto, ma riconoscono che a ciò si può arrivare solo modificando la Carta fondamentale³³).

Si è infatti osservato che, aderendo alla teoria della giurisdizione dinamica, tutte le norme la cui applicazione impedisca l'esame del pieno merito della domanda – per ragioni di rito (ad esempio le norme sulla tempestività, proponibilità, procedibilità, interesse ad agire, legittimazione) o finanche

²⁶ SS.UU. 20 maggio 2016, n. 10501; 29 febbraio 2016, n. 3915; 6 febbraio 2015, n. 2242; 4 febbraio 2014, n. 2403.

²⁷ SS.UU. 17 gennaio 2017, n. 956; 15 marzo 2016, n. 5070; 17 maggio 2013, n. 12106.

²⁸ SS.UU. 17 gennaio 2017, n. 964; 20 maggio 2016, n. 10501; 29 febbraio 2016, n. 3915; 6 febbraio 2015, n. 2242; 4 febbraio 2014, n. 2403; 17 maggio 2013, n. 12106.

²⁹ SS.UU. 11 maggio 2017, n. 11520; 17 gennaio 2017, n. 964; 16 gennaio 2014, n. 774.

³⁰ SS.UU. 15 marzo 2016, n. 5070.

³¹ SS.UU. 17 gennaio 2017, n. 956; 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2016, n. 14042; 29 febbraio 2016, n. 3915; 6 febbraio 2015, n. 2242.

³² Senza pretesa di esaustività, si vedano R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, in [SIPOTRA](#); F. DINELLI - G. PALAZZESI, *Sindacato per motivi di giurisdizione - La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una "innovativa conferma"*, in *Giur. it.*, 2015, 4, 939; M. D'ORSOGNA, *Il ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione*, in AA.VV., *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, 920-923; F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione sulla c.d. pregiudizialità amministrativa?*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 305; V. FANTI, *La «rivoluzione» operata dalla Corte di cassazione sulla giurisdizione del Giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 145; S. FANTINI, *La pregiudiziale amministrativa*, cit.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss.; A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"*, Roma, Corte di cassazione, 21 settembre 2017; A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 1041 ss.; B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1583 ss.; R. VACCARELLA, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in *Judicium*; G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 367 ss.; G. VERDE, *L'Adunanza plenaria n. 12/2007 dal punto di vista del processualista*, in *Corr. giur.*, 2008, 6, 879-883; R. VILLATA, *Sui motivi inerenti la giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss.; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.; R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 285 ss.; R. VILLATA, *«Lunga marcia della Cassazione» verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 324 ss.; R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2009, 897 ss. In senso problematico, si veda R. RORDORF, *Il rifiuto di giurisdizione*, Roma, Corte di cassazione, 21 settembre 2017, il quale afferma: «La giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione, a partire dall'ultimo decennio circa, ha dato segno – sia pure con molta cautela e sempre in relazione a situazioni ben determinate – di volersi spingere un po' oltre il confine tradizionalmente segnato dalla già accennata distinzione tra limiti interni ed esterni; o forse si potrebbe dire che ha manifestato talvolta una certa tendenza a spostare quei limiti un po' più in là»; nello stesso senso, P. VITTORIA, *Sparse considerazioni in tema di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2007, 1041 ss. È invece apertamente favorevole al nuovo corso A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti*, Roma, Corte di cassazione, 21 settembre 2017, all'indirizzo telematico www.cortedicassazione.it, in quanto l'ampliamento del concetto di motivi inerenti alla giurisdizione sarebbe espressione del tendenziale orientamento del Costituente a favore della giurisdizione unica (dello stesso autore si veda anche *L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto europolitano*, in [Questione Giustizia](#); favorevole, ma solo per il caso di abnormità della decisione, M. A. SANDULLI, *A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, in [SIPOTRA](#).

³³ Oltre A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"*, cit., si pensi alla scuola fiorentina, che si rifà alla posizione di Calamandrei. Si veda, ad es., A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 22 ss.

preliminari di merito (ad esempio le norme che prevedono una decadenza sostanziale³⁴ o la prescrizione) – porrebbero delle questioni di giurisdizione³⁵.

3. *Il possibile difetto di rilevanza o di motivazione sulla rilevanza con riferimento alla tempestività del ricorso per cassazione*

Come si vedrà in prosieguo, la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata dalle sezioni unite per difetto di rilevanza, in relazione all'insussistenza di un motivo di ricorso inerente alla giurisdizione.

Non è invece stato rilevato un altro aspetto problematico dell'ordinanza di rimessione, aspetto che pure avrebbe potuto condurre ad una dichiarazione di inammissibilità per difetto di rilevanza ovvero per difetto di motivazione sulla rilevanza, *sub specie* di incompleta ricostruzione del quadro normativo di riferimento che regola il c.d. termine lungo per la proposizione del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato.

Le sezioni unite, nell'affermare che il termine per l'impugnazione della sentenza gravata era annuale (e il ricorso tempestivo), hanno fatto riferimento esclusivamente all'art. 327, c. 1, cod. proc. civ. e agli artt. 46 e 58 della l. 18 giugno 2009, n. 69, che, per quanto qui rileva, hanno, rispettivamente, introdotto il termine semestrale e previsto l'applicazione delle modifiche al codice di procedura civile ai soli giudizi instaurati dopo il 2009 (tale non era il caso di specie).

Il rimettente ha invece omesso di prendere in considerazione le norme di settore regolanti le impugnazioni delle sentenze del giudice amministrativo, ovverosia l'art. 92, c. 3, cod. proc. amm., il quale prevede, che per tali impugnazioni, compreso il ricorso per cassazione (per motivi inerenti alla giurisdizione), il termine lungo è, a regime, di sei mesi, in piena consonanza con il novellato art. 327 cod. proc. civ.; e, soprattutto, l'art. 2 dell'allegato 3 allo stesso codice, ai sensi del quale i termini previsti dalla disciplina previgente (nel caso di specie quello annuale) si applicano solo «se in corso alla data di entrata in vigore del codice».

³⁴ F. SATTÀ, *Quid novi*, cit. L'Autore, che pure auspica un ampliamento del ruolo nomofilattico della Cassazione, afferma: «Sembra in verità difficile condividere l'idea che respingere una domanda di risarcimento del danno perché il provvedimento lesivo non era stato impugnato ed annullato costituisca diniego di esercizio della giurisdizione. La sentenza ricorda una serie di casi, propri del diritto civile, in cui la domanda di risarcimento del danno sarebbe ammissibile anche senza l'impugnazione dell'atto lesivo. Ma questa è una questione di merito, come ognuno vede. Il termine di decadenza è certamente un limite interno, storico, della giurisdizione amministrativa». Si veda anche G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, cit.: «Ha torto (*la Cassazione, n.d.r.*) quando considera come questione di giurisdizione quella relativa alla c.d. pregiudiziale amministrativa, che non attiene a un problema di riparto, ma alla individuazione dei presupposti della tutela, che ciascun giudice è libero di individuare in piena autonomia. Ha ragione il Consiglio di Stato quando non accetta una imposizione da parte della S.C. circa il modo di configurare la tutela all'interno dei suoi poteri cognitivi».

³⁵ A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"*, cit.: «altrimenti, anche la sentenza che dichiarasse erroneamente l'inammissibilità di un ricorso per tardività diventerebbe, per la stessa ragione, impugnabile per motivi di giurisdizione». Nello stesso senso, R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit.; nonché V. FANTI, *La «rivoluzione» operata dalla Corte*, cit. Si veda anche M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 2002, 180: «Interessante la questione se il difetto di presupposti necessari per l'esercizio della funzione giurisdizionale comporti il difetto di giurisdizione: sembra chiaro che una eccessiva larghezza in questo campo porterebbe a vedere una questione di giurisdizione dappertutto»; S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa*, cit., ove, a proposito del sindacato sulla mancata somministrazione della tutela risarcitoria, si osserva: «Se è vero che quelli suindicati erano in realtà vizi di violazione di legge e non di difetto di giurisdizione, non ci sarebbe alcun ostacolo sistematico per generalizzare il principio e quindi per concludere che ogni volta che il giudice amministrativo per errore – "errore" beninteso, tale ritenuto dalle Sezioni unite, arbitro unico della questione – dichiara di non potere entrare nel merito della questione per inammissibilità o irricevibilità o improcedibilità del ricorso incorre in difetto di giurisdizione». E questo potrebbe essere soltanto il penultimo passo: perché, a questo punto, non ci sarebbe più nemmeno motivo per non ritenere sindacabili dalla Cassazione anche tutte le altre erronee applicazioni di legge eventualmente compiute dal giudice amministrativo in sede di decisione di merito».

È quest'ultima la disposizione, tralasciata dalla Corte di cassazione, che appare in grado di minare la correttezza della ricostruzione del quadro normativo di riferimento operata nell'ordinanza di rimessione.

Poiché, infatti, alla data di entrata in vigore del codice (16 settembre 2010) il termine per l'impugnazione della sentenza gravata non era in corso (non essendovi ancora la sentenza³⁶), esso, ai sensi di tale ultima disposizione di diritto transitorio e diversamente da quanto previsto dalle norme citate dal rimettente, sarebbe semestrale.

Se fosse questa la norma applicabile al caso di specie (come sembrerebbe, trattandosi di norma speciale e posteriore)³⁷, la questione difetterebbe di rilevanza già sotto questo profilo, essendo il giudizio *a quo* destinato a concludersi con una dichiarazione di irricevibilità (o inammissibilità) del ricorso per tardività.

Del resto, la Corte di cassazione, a sezioni semplici³⁸, quando si tratta di accertare la definitività delle sentenze del giudice amministrativo ai fini del riconoscimento dell'equo indennizzo previsto dalla c.d. legge Pinto, fa da sempre costante applicazione del combinato disposto dell'art. 92 cod. proc. amm. e della norma di diritto transitorio citata, affermando che il termine per l'impugnazione di tali sentenze dopo l'entrata in vigore del codice è di sei mesi, salvo che non fosse già pendente al 16 settembre 2010.

4. *Le altre possibili criticità della ordinanza di rimessione delle sezioni unite non rilevate dalla Corte*

Le parti intervenienti nel giudizio costituzionale hanno eccepito il difetto di rilevanza della questione sollevata dalle sezioni unite, perché il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione celerebbe, in realtà, una inammissibile censura di violazione di legge, non sindacabile dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 111, c. 7 e 8, Cost.: i ricorrenti non avrebbero inteso ottenere dalle sezioni unite una statuizione sulla giurisdizione quanto, piuttosto, un ulteriore grado di giudizio, censurando un asserito *error in iudicando*.

A parere di chi scrive, la Corte costituzionale, a fronte di tale eccezione, aveva di fronte a sé più strade, che, mettendo a nudo alcune criticità dell'ordinanza di rimessione, avrebbero tutte condotto al medesimo risultato di inammissibilità della questione sollevata.

Quella che la Corte ha deciso di percorrere è la più netta e incisiva, perché lungo di essa si confronta apertamente con la conformità a Costituzione della nozione di giurisdizione dinamica, per arrivare, senza mezzi termini, a negarla.

Le strade non percorse dalla Corte, invece, avrebbero potuto portare ad una (forse più morbida) dichiarazione di inammissibilità per difetto di motivazione (per incompleta ricostruzione del quadro normativo di riferimento) o per contraddittorietà o apoditticità della motivazione sulla rilevanza (sempre con riferimento alla statuizione del giudice *a quo* relativa alla sussistenza di un motivo inerente alla giurisdizione).

Appare utile provare ad esaminare da vicino questi profili di criticità dell'ordinanza di rimessione.

In primissimo luogo, la posizione del rimettente che configura l'art. 69, c. 7, che prevede la decadenza incriminata, come norma sulla giurisdizione (dinamica), è, in realtà, del tutto isolata nella stessa giurisprudenza delle sezioni unite.

³⁶ Il rimettente riferisce nella parte in fatto che il TAR si era pronunciato con sentenza del 23 giugno 2009 e il Consiglio di Stato con sentenza del 30 luglio 2013.

³⁷ Si vedano A.M. PERRINO, *Corte cass., Sez. Unite civili, ord. 8 aprile 2016, n. 6891*, in *Foro it*, 2016, I, 1667, e R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere*, cit.

³⁸ Si vedano, tra le tante, le sentenze della Cassazione civile, sez. II, 12 ottobre 2017, n. 23991; sez. VI, 7 aprile 2017, n. 9141; sez. VI, 22 febbraio 2017, n. 4637; sez. VI, 31 gennaio 2017, n. 2549. Diversamente, le SS.UU., in almeno altri due casi di ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione (5 luglio 2013, n. 16886 e 22 aprile 2013, n. 9688), hanno affermato che il termine è annuale, sulla base delle stesse norme invocate nell'ordinanza di rimessione e anche in tali ipotesi omettendo di prendere in considerazione le quelle speciali del codice del processo amministrativo.

In ben 8 precedenti (dal 2001 al 2014, l'ultimo dei quali dopo le sentenze della CEDU [Mottola e Staibano](#), di cui si dà anche atto in motivazione) il giudice regolatore della giurisdizione, investito di questioni attinenti al riparto, ha affermato che la norma in questione non pone un limite alla persistenza della giurisdizione amministrativa con tras migrazione a quella ordinaria ma un termine di decadenza per la proponibilità della domanda giudiziale, «con conseguente attinenza di ogni questione sul punto ai limiti interni della giurisdizione»³⁹.

In secondo luogo, il rimettente, facendo leva sul proprio precedente n. 2242 del 6 febbraio 2015⁴⁰, equipara la situazione sottoposta al suo esame (sentenza del Consiglio di Stato asseritamente smentita da successiva sentenza della Corte EDU) a quella della sentenza del Consiglio di Stato che si sia rivelata contraria a successiva sentenza della Corte di giustizia, ma nella sua motivazione va più in là, perché ritiene sindacabile per motivi inerenti alla giurisdizione anche tutte le ipotesi di violazione del diritto convenzionale *tout court*, il che sembra ricomprendere tanto le ipotesi in cui il contrasto emerge da una sentenza della Corte EDU antecedente (e magari esaminata dal Consiglio di Stato) quanto quelle in cui ancora non vi sia stato un arresto della Corte di Strasburgo.

Tale disarmonia nella comparazione – che la Corte rileva al punto 14.1. della motivazione – sembra dovuta, in realtà e quanto meno in parte, anche ad una equivocità del precedente richiamato.

Esso ha configurato quale motivo inerente alla giurisdizione la violazione, da parte del giudice amministrativo, di una norma comunitaria che abbia l'effetto di impedire una decisione di pieno merito, per come acclarato da una sentenza della Corte di giustizia.

In motivazione⁴¹ tale sentenza sembra limitare il sindacato delle sezioni unite al solo caso eccezionale in cui il contrasto con il diritto comunitario sia emerso in forza di una pronuncia della Corte di giustizia intervenuta successivamente a quella impugnata con ricorso per cassazione.

Se questa fosse la corretta lettura della sentenza⁴², essa sembrerebbe illogica, perché il dato in questione (se la pronuncia comunitaria sia intervenuta prima o dopo a quella cassanda) appare neutro

³⁹ Si tratta delle sentenze delle SS.UU. 30 settembre 2014, n. 20566; 27 febbraio 2013, n. 4846; 3 novembre 2005, n. 21289; 3 maggio 2005, n. 9101; 30 gennaio 2003, n. 1511; 4 giugno 2002, n. 8089; 27 marzo 2001, n. 139.

⁴⁰ Vedi *supra* la nota 9.

⁴¹ Ivi si legge: «Siffatto solido assetto giurisprudenziale deve senz'altro essere confermato, con l'opportuno adeguamento, però, al caso del tutto particolare che oggi si prospetta, in cui, prima che la sentenza passasse in giudicato (perché impugnata per motivi inerenti alla giurisdizione innanzi alle SU della Corte di cassazione) è sopravvenuta l'interpretazione della Corte di giustizia, sollecitata, in un caso analogo, da altro giudice. Interpretazione che - nel censurare l'orientamento (quello dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011) sul quale la sentenza oggi impugnata per cassazione ha fondato la propria decisione e che è stato, a sua volta, superato (proprio per adeguarsi all'enunciato della Corte di giustizia) dalla successiva pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014 - decide (questo è il punto saliente) proprio sugli ambiti giurisdizionali del giudice amministrativo nelle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, allorquando interpreta la direttiva europea in maniera incompatibile con i limiti all'esercizio della giurisdizione che il GA aveva in precedenza fissato. Caso che - lo si ripete - è del tutto particolare ed è diverso sia da quello affrontato da Cass. SS.UU. n. 30254 del 2008 (in cui la parte faceva valere come motivo inerente alla giurisdizione un preteso errore in iudicando commesso dal GA), sia da quello affrontato da Cass. SS.UU. n. 2403 (in cui il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., ult. .c. affida alla Corte di cassazione - era richiesto con funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, anche sotto il profilo dell'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, c. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Soprattutto quest'ultimo precedente deve essere, dunque, confermato laddove stabilisce che le SS.UU. non hanno il potere di sindacare la scelta ermeneutica del giudice amministrativo (che, in ipotesi, possa riverberarsi nell'error in iudicando oppure in quello in procedendo), né la scelta di rinviare o meno la questione all'interpretazione alla Corte di giustizia europea, come previsto dall'art. 267 del TFUE, c. 3. Tuttavia, la particolarità della vicenda in trattazione impone la cassazione della sentenza impugnata ed il rinvio al giudice amministrativo perché la riesami alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia alla normativa di riferimento».

⁴² In questo senso si veda R. RORDORF, *Il rifiuto di giurisdizione*, cit.: «Va peraltro osservato che nelle menzionate sentenze della Cassazione e del Consiglio di Stato ci si riferisce a decisioni della Corte di Giustizia intervenute successivamente alla pronuncia con cui il giudice amministrativo ha negato la tutela che invece, secondo il *dictum* della Corte europea, avrebbe dovuto essere somministrata. È perciò dubbio se la medesima conclusione debba valere anche nel caso in cui la pronuncia del giudice amministrativo abbia negletto una decisione della Corte europea precedente, o quando la abbia presa in considerazione ma la abbia interpretata male, o comunque diversamente da come la parte ritiene corretto (Sez. un. 953/2017, cit., sembra però escludere che ecceda dai limiti della giurisdizione amministrativa il “*valutare la portata della sentenza della Corte di giustizia incidente nel giudizio in corso*”)). Nello stesso senso, ma auspicando un

nella delimitazione concettuale di ciò che è giurisdizione; né esso sposterebbe nulla ai fini risarcitori (argomento, come si dirà, speso dalla Cassazione per far rientrare questa violazione nei motivi inerenti alla giurisdizione), posto che il risarcimento per violazione del diritto comunitario spetterebbe in entrambi i casi (e spetterebbe anche in caso di chiara violazione del diritto comunitario in assenza di uno specifico arresto della Corte di giustizia); inoltre, e soprattutto, sembra più grave e quindi più anomala una decisione che si ponga in aperto e frontale contrasto con una precedente sentenza della Corte di giustizia, magari adita in via pregiudiziale proprio in quello stesso procedimento.

Quel precedente, tuttavia, pare essere stato interpretato da altre successive sentenze delle sezioni unite⁴³ nel senso più estensivo, ossia come riferentesi anche alle ipotesi di contrasto con il diritto comunitario (che si risolva in un impedimento in concreto all'erogazione della tutela giurisdizionale) accertato da pronunce europee precedenti a quella cassanda.

Questa lettura sembra essere, peraltro, quella fatta propria dalla recente sentenza delle sezioni unite n. 31226 del 29 dicembre 2017 (su cui si tornerà in prosieguo), con cui la Corte di cassazione ha affermato che l'esegesi della norma sovranazionale operata dal giudice amministrativo che sia in contrasto con l'interpretazione della Corte di giustizia va considerata un vero e proprio «stravolgimento» delle norme europee di riferimento.

Tale impostazione, però, appare, a sua volta, poco congrua con la giurisprudenza granitica delle stesse sezioni unite, secondo cui il sindacato sulla giurisdizione del giudice speciale «non include anche una funzione di verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea e non include il controllo sull'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia»⁴⁴, trattandosi di meri *errores in procedendo* o *in iudicando* interni alla giurisdizione.

Pare non conducente, poi, il rilievo, svolto nel precedente richiamato dall'ordinanza di rimessione, che tale sindacato risponderebbe all'esigenza di porre lo Stato al riparo da condanne risarcitorie, in primo luogo perché trattasi di argomento di fatto che difficilmente può fare mutare l'interpretazione

ampliamento del sindacato, si veda A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti*, cit.

⁴³ SS.UU. 29 febbraio 2016, n. 3915; 8 luglio 2016, n. 14042; 17 gennaio 2017, n. 956; 17 gennaio 2017, n. 953.

⁴⁴ SS.UU. 17 novembre 2015, n. 23460. Si veda anche, tra le più recenti, la sentenza 17 gennaio 2017, n. 956: «va qui ribadita la costante giurisprudenza di queste SS.UU. secondo cui deve escludersi che la violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice amministrativo valga, di per sé, ad integrare un superamento delle attribuzioni di tale giudice. La primazia del diritto dell'Unione europea, infatti, non sovverte gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali (SS.UU., n. 3236 del 2012) e la dedotta erroneità dell'interpretazione della sentenza della CGUE fornita dal CdS con la sentenza impugnata si risolve, in realtà, nella contestazione della legittimità del concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali attribuite al giudice amministrativo e, quindi, in una censura di violazione di legge, non di esorbitanza dai limiti esterni della giurisdizione. Rientra, in modo caratteristico, nel potere giurisdizionale del giudice amministrativo valutare la portata della sentenza della CGUE incidente nel giudizio in corso (indipendentemente, come è ovvio, dalla effettiva correttezza di tale valutazione) ed applicare alla fattispecie di causa le norme eurounitarie come interpretate dalla Corte di giustizia. In altri termini, come già rilevato in casi simili da queste sezioni unite in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., ult. c., affida alla Corte di cassazione - non include anche una funzione di verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea (sezioni unite, n. 14043, n. 14042 e n. 10501 del 2016) e l'*error in iudicando* non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale sol perché venga denunciata la violazione di norme eurounitarie, quali chiarite dalla Corte di giustizia (*ex plurimis*, sezioni unite, n. 3915 del 2016; n. 2403 del 2014; n. 16886 del 2013)». Nello stesso senso, tra le tante, le sentenze delle SS.UU. 17 gennaio 2017, n. 953; 8 luglio 2015, n. 14042; nonché 17 novembre 2015, n. 23460, ove si legge: «La prospettazione, come si è osservato nella sentenza da ultimo citata, "di una funzione di nomofilachia della Corte di cassazione estesa fino a comprendere l'esercizio di un sindacato sull'osservanza, da parte del giudice amministrativo, della giurisprudenza della Corte di giustizia o dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, non tiene conto della circostanza che - fermo il compito affidato dalla Costituzione alle Sezioni Unite della Cassazione di verificare il mantenimento delle varie giurisdizioni speciali, compreso il Consiglio di Stato, nei limiti dei loro poteri e delle loro competenze - nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato, alle sue sezioni e all'adunanza plenaria, quale giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267, c. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (*ex art. 234 TCE*), garantire, nello specifico ordinamento di settore, la compatibilità del diritto interno a quello dell'Unione, anche e soprattutto attraverso l'operazione interpretativa del diritto eurounitario, originario e derivato, svolta dalla Corte di giustizia, all'uopo sollecitata, se del caso, mediante il meccanismo della questione pregiudiziale, e così contribuire alla formazione dello *jus commune europaeum*»; nonché, ancora, le sentenze, 20 maggio 2016, n. 10501; 4 febbraio 2014, n. 2403; 20 gennaio 2014, n. 1013; 5 luglio 2013, n. 16886; 1° marzo 2012, n. 3236.

di importanti norme di garanzia costituzionale nell'assetto delle giurisdizioni (come si dirà meglio *infra*); in secondo luogo, perché anche esso è evidentemente neutro, dal punto di vista concettuale, rispetto alla determinazione di ciò che è o non è giurisdizione.

Esso, inoltre, è in aperta contraddizione con quanto affermato in numerosi precedenti delle stesse sezioni unite, ove l'esistenza del rimedio risarcitorio nell'ordinamento interno è stata valorizzata proprio all'opposto fine di escludere che la violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice amministrativo ponga una questione di giurisdizione⁴⁵.

Ancora e soprattutto, l'equiparazione, ai fini dello spostamento della violazione di legge nel motivo inerente alla giurisdizione, tra il caso della sentenza del Consiglio di Stato contraria a sentenza della Corte di giustizia e quello della sentenza del Consiglio di Stato contraria a sentenza della Corte EDU non è motivata dal rimettente.

Una motivazione adeguata sarebbe stata tanto più necessaria, laddove si rifletta che la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale (ormai recepita da tutti i giudici comuni, compresa la Corte di cassazione) assegna al diritto eurounitario e a quello convenzionale posizioni completamente differenti nella gerarchia delle fonti; e parimenti differente è il valore e il ruolo riconosciuto alle sentenze della Corte di giustizia e a quelle della Corte EDU.

È noto, infatti, che dal punto di vista delle fonti, in caso di contrasto non componibile con il diritto eurounitario direttamente applicabile, il giudice *a quo* deve disapplicare la norma interna senza passare dal giudizio di costituzionalità; mentre, nel caso di contrasto non componibile con il diritto convenzionale, non può disapplicare la norma interna e deve sollevare questione di costituzionalità della stessa (il che, traslato al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, comporta che nell'un caso la Cassazione potrebbe sostituire direttamente la sua *regula iuris* a quella del Consiglio di Stato; nell'altro, invece, avrebbe bisogno di sollevare questione di costituzionalità perché venga accertata la denunciata violazione del diritto convenzionale); è ancora noto che alla Corte costituzionale spetta decidere se la norma convenzionale sia o meno in contrasto con tutte le norme costituzionali, mentre per il diritto unionale essa può azionare i soli controlimiti.

Dal punto di vista del ruolo e del valore delle sentenze delle due Corti sovranazionali, la pronuncia della Corte di giustizia, rivolta all'interpretazione del diritto eurounitario, ha valore normativo, mentre quella della Corte EDU, rivolta all'accertamento della violazione del diritto convenzionale nel singolo caso, ha il valore di interpretazione eminente che diventa vincolante solo se consolidata ([sentenza n. 49 del 2015](#)).

Anche a prescindere dalla correttezza del concetto di giurisdizione dinamica (su cui *infra*), dunque, la evidente differenza tra i due sistemi normativi e tra il valore delle pronunce delle rispettive Corti sembra rendere non motivata l'equiparazione posta alla base dell'ordinanza di rimessione, ossia

⁴⁵ Si veda, tra le tante, la sentenza delle SS.UU. 4 febbraio 2014, n. 2403: «Certo, può accadere che la decisione del giudice amministrativo di ultima istanza contenga una violazione del diritto comunitario in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione. Ma il principio di effettività della tutela in presenza di danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario imputabili al giudice amministrativo di ultima istanza non impone né di riaprire quella controversia ormai definitivamente giudicata negli aspetti di merito né di attribuire alla parte soccombente un nuovo grado di impugnazione dinanzi al giudice regolatore della giurisdizione al fine di rimediare ad un errore che, pur "sufficientemente caratterizzato", non si traduca in uno sconfinamento dai limiti della giurisdizione devoluta al giudice amministrativo. L'ordinamento conosce infatti, là dove la violazione del diritto comunitario sia grave e manifesta, altri strumenti di tutela, secondo una logica di compensazione solidaristica». Nello stesso senso, tra le tante, SS.UU. 17 novembre 2015, n. 23460: «Del resto l'ordinamento giuridico interno assicura comunque un'effettività di tutela rispetto al pregiudizio ipoteticamente subito a fronte della lesione di un diritto riconosciuto dal Trattato europeo, ben potendo il preteso danneggiato ottenere il relativo ristoro in sede risarcitoria (Cass. S.U. 5 luglio 2013 n. 16886)». Si veda anche F. DINELLI - G. PALAZZESI, *Sindacato per motivi di giurisdizione - La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una "innovativa conferma"*, cit., 939: «È interessante rilevare, con riferimento a quest'ultimo argomento, come esso venga qui utilizzato dalla Corte con un fine esattamente opposto a quello invalso in altre circostanze: si è visto sopra, infatti, che la possibilità di riparare in sede risarcitoria le violazioni del diritto europeo commesse dal giudice amministrativo, anche come conseguenza del mancato obbligatorio rinvio di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, è stata assunta dalla medesima Corte di cassazione come argomento a sostegno del proprio orientamento secondo cui non sono censurabili, in sede di ricorso per motivi di giurisdizione, né l'errore di interpretazione/applicazione del diritto europeo, né, tanto meno, l'omesso rinvio di una questione pregiudiziale».

l'assunto che in entrambi i casi la violazione delle relative sentenze integri una decisione «anomala o abnorme» che faccia diventare la questione procedurale o sostanziale (la violazione di legge) una questione di giurisdizione.

L'equiparazione appare ancora più immotivata ove venga estesa – come sembra fare il rimettente – alle ipotesi in cui manchi del tutto un arresto della Corte EDU (in questo caso, infatti, paradossalmente, al diritto convenzionale verrebbe accordata una protezione maggiore di quella accordata al diritto eurounitario).

Colpisce, poi, come l'abnormità che si rimprovera al giudice *a quo* e che determinerebbe il trapasso dall'ambito della violazione processuale a quello della giurisdizione (cioè da limite interno non sindacabile a limite esterno sindacabile) sia data da una interpretazione della norma conforme al dato testuale, alla costante giurisprudenza del Consiglio di Stato⁴⁶, della Corte di cassazione⁴⁷ e della Corte costituzionale⁴⁸, ma asseritamente contraria (in realtà neanche contraria per le ragioni che si diranno al par. 7) a una sentenza isolata della Corte EDU⁴⁹.

Ancora, a ben vedere, a determinare l'abnormità sarebbe – atteso il tratteggiato meccanismo di efficacia del diritto convenzionale nel nostro ordinamento – la mancata sollevazione della questione di costituzionalità: sarebbe cioè sindacabile per motivi inerenti alla giurisdizione una scelta che sta non all'esterno ma nel vero cuore dell'esercizio di qualsiasi funzione giurisdizionale.

Questa soluzione, peraltro, non appare in linea con quella costantemente adottata dalle stesse sezioni unite con riferimento al mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ad opera del Consiglio di Stato: si è già detto, infatti, che «per un verso, “il mancato accoglimento, da parte del Consiglio di Stato..., di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Lussemburgo...è determinazione che, essendo espressione della *potestas iudicandi* devoluta a quel giudice, non esorbita i limiti interni della sua giurisdizione”, e, per l'altro verso, “il ricorso per cassazione, teso ad accertare la ricorrenza... delle condizioni per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, è inammissibile, giacché si risolve in una impugnativa diretta, non già a prospettare una questione attinente alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a denunciarne un (supposto) errore di giudizio” (Cassazione civile, sez. un., 01/03/2012, n. 3236)»⁵⁰.

5. L'implausibilità della nozione di giurisdizione dinamica

La Corte costituzionale ha scelto – come si diceva – di non percorrere le vie di fuga che i cennati profili di criticità dell'ordinanza di rimessione potevano offrire, per affrontare di petto l'eccezione sollevata dalle parti intervenienti, che hanno posto il problema della conformità a Costituzione della nozione di giurisdizione dinamica.

La risposta della Corte è di quelle che non lasciano adito a dubbi: l'interpretazione “evolutiva” della giurisdizione adottata dal rimettente è incompatibile con l'art. 111, c. 8, Cost., e ciò, con riferimento al caso di specie, rende irrilevante la questione sollevata dal giudice *a quo*, in ragione della sua «mancanza di legittimazione» (*id est*, la motivazione sulla rilevanza è implausibile con riferimento alla sussistenza di un motivo di ricorso inerente alla giurisdizione, quale condizione di valida instaurazione del giudizio principale⁵¹).

⁴⁶ A partire, quanto meno, dalla sentenza dell'adunanza plenaria, 21 febbraio 2007, n. 4.

⁴⁷ Vedi *supra* la nota 39.

⁴⁸ [Ordinanze n. 197 del 2006](#), [n. 328 del 2005](#), [n. 213 del 2005](#), [n. 214 del 2004](#).

⁴⁹ *Rectius*, a due sentenze dello stesso giorno, rese, come si dirà al par. 7, sulla base di una incompleta ricostruzione del quadro giurisprudenziale interno.

⁵⁰ SS.UU., 8 luglio 2016, n. 14042. Si veda anche la giurisprudenza richiamata *supra* alle note 44 e 45.

⁵¹ La Corte non qualifica espressamente la motivazione delle SS.UU. come implausibile, ma è evidente che è tale il giudizio che essa opera, in conformità alla sua consolidata giurisprudenza sui limiti del sindacato sulle valutazioni del rimettente relative alle condizioni processuali del giudizio *a quo* (si vedano, tra le tante, le [ordinanze n. 197 del 2006](#), [n. 328 del 2005](#), [n. 213 del 2005](#), [n. 214 del 2004](#)).

Sembra utile analizzare da vicino e in sequenza i singoli passaggi motivazionali della sentenza in commento.

In primo luogo, essa si premura di chiarire che la verifica della tesi del rimettente sulla sussistenza di un motivo inerente alla giurisdizione non può che essere (più) rigida (del solito), poiché impinge su norme costituzionali, e in particolare sui commi settimo ed ottavo dell'art. 111 Cost., che «regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali», rientrando, per ciò solo, nella sua competenza naturale, in quanto garante ed interprete ultimo della Costituzione.

Fatta questa premessa, segue immediatamente il punto nevralgico della motivazione, che si basa sulla «lettera» e lo «spirito» delle disposizioni costituzionali in esame.

Mentre il settimo comma dell'art. 111 stabilisce che avverso le sentenze dei giudici ordinari e (degli altri giudici) speciali «è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge» (sostanziale e processuale), il seguente ottavo comma, in chiara contrapposizione con la precedente disposizione, prevede che il ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è limitato ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione».

La tesi della giurisdizione dinamica, nella misura in cui riconduce ipotesi di *errores in iudicando* o *in procedendo* ai motivi inerenti alla giurisdizione e «comporta una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso», si pone in contrasto con le citate disposizioni costituzionali⁵².

Essa, inoltre, mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti, che hanno optato per un assetto pluralistico delle giurisdizioni, assetto – si può aggiungere – che ha la sua chiave di volta proprio nell'art. 111, c. 8⁵³, Cost., che sottrae le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al

⁵² Osserva A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"*, cit.: «Le regole del riparto fra giudice ordinario e giudice amministrativo nel nostro ordinamento hanno un carattere istituzionale, sottolineato dallo stretto rapporto fra l'art. 103 e l'art. 111, c. 8, Cost. In queste disposizioni la nozione di giurisdizione è riferita alla "potestas iudicandi", a quelli che siamo soliti designare come limiti esterni della giurisdizione, dunque alla distinzione fra l'ambito demandato a una giurisdizione e quello demandato all'altra: si tratta dunque di un profilo ben diverso da quello che attiene alla verifica dell'esercizio della giurisdizione. Anche negli Atti dell'Assemblea Costituente (in particolare, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, interventi di Paolo Rossi e di G. Leone), emerge con chiarezza che questo era il significato delle norme costituzionali. La nozione di ricorso per motivi di giurisdizione che emerge dalle norme costituzionali è univoca e non si presta pertanto a interpretazioni forzate. E' la stessa nozione accolta anche dalla dottrina che si è espressa dopo la Costituzione (si pensi ad Andrioli, Satta, Liebman) ed è la nozione che trova riscontro in disposizioni diverse da quelle che riguardano il ricorso per Cassazione, contenute non solo nel codice di procedura civile, ma anche in altre leggi processuali, come il recente codice del processo amministrativo. In questo quadro non regge la tesi che propone il superamento di una nozione "tradizionale" o "statica" dei motivi di giurisdizione con una nozione "funzionale" o "dinamica", che si ispirerebbe agli art. 24 e 111, c. 1, Cost.. Ciò che è decisivo in ambito processuale è la legge: l'art. 111, c. 1, Cost. lo ribadisce con chiarezza». Nello stesso senso, A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, cit: «La nozione di "motivi inerenti alla giurisdizione", su cui si fonda il ricorso alla Cassazione nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato, non può essere considerata in termini elastici, in relazione alla concreta condivisibilità o meno delle soluzioni interpretative accolte dal giudice speciale. Si tratta, invece, di una nozione fondante i rapporti istituzionali fra le giurisdizioni, e per questo motivo sancita da una norma costituzionale. Come per tutte le nozioni fondanti che hanno un riconoscimento costituzionale, svolge una funzione di garanzia e l'interpretazione deve seguire criteri particolari di rigore e di aderenza alle ragioni testuali»; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?», cit., osserva che «la dilatazione del concetto di questione di giurisdizione si risolve in un inammissibile grimaldello atto a scardinare il sistema dualistico a Costituzione invariata».*

⁵³ A. ANDRONIO, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), *sub art. 111*, Torino, 2006. L'Autore osserva «che l'Assemblea Costituente ha più che altro inteso consolidare principi già sostanzialmente presenti nell'ordinamento pre-repubblicano»; e che «l'art. 111, ult. c., Cost. si limita a recepire i principi già vigenti, con una disposizione formulata allo scopo di limitare l'ambito della funzione nomofilattica, attribuita alla Cassazione dal comma precedente in via apparentemente esclusiva. Il comma, infatti, prevede che «contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» e deve essere inteso più come norma di garanzia della giustizia amministrativa contro le ingerenze della giustizia ordinaria sul merito delle decisioni che come norma che attribuisce alla Cassazione la giurisdizione sulla giurisdizione. Il fondamento di quest'ultima, che può essere ricondotta a pieno titolo alla funzione nomofilattica, è invece proprio il precedente 7° co. La norma in commento sancisce, quindi, la sostanziale parità delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa, limitando l'intervento della Cassazione ai soli conflitti, e così escludendo, in concreto, dalla funzione nomofilattica di quest'ultima

controllo nomofilattico della Corte di cassazione e così implicitamente riconosce una riserva di nomofilachia ai rispettivi organi di vertice delle due giurisdizioni speciali⁵⁴.

Subito dopo la sentenza si cura di dimostrare come la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale abbia già messo in luce il nesso indissolubile che lega l'art. 111, c. 8, Cost. alla garanzia dell'autonomia costituzionale del giudice amministrativo e del giudice contabile⁵⁵.

A tal fine la Corte cita due passaggi delle note [sentenze n. 204 del 2004](#) (in materia di giurisdizione esclusiva) e [n. 77 del 2007](#) (in materia di *translatio iudicii*).

Con la prima, si è «rilevato che l'unità funzionale non implica unità organica delle giurisdizioni» e che i Costituenti⁵⁶, facendo propria la posizione di Mortati e Ruini (e non recependo quella di Calamandrei che avrebbe voluto una giurisdizione unica con un'unica funzione nomofilattica affidata

le norme che regolano i rapporti sottratti alla giurisdizione ordinaria». Secondo A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"*, cit., «il senso della "questione di giurisdizione"» nella norma costituzionale è dato dalla «garanzia di una disciplina del riparto». R. VILLATA, «*Sui motivi inerenti la giurisdizione*», cit., osserva che la nozione di «motivi inerenti alla giurisdizione» è «fondante» i rapporti costituzionali tra le giurisdizioni.

⁵⁴ Sulla funzione nomofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, si vedano E. FOLLIERI, *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars Interpretandi*, 2015, n. 1, 103 ss; M. BRANCA, La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa, in [Federalismi.it](#); S. IMPERIALI, *Appunti sulla nomofilachia delle sezioni riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale*, in [Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti Pubblici](#); M. MENGOZZI, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, *Rivista AIC*, 3, 2015. Sull'esplicito riconoscimento alle sezioni riunite della Corte dei conti della funzione nomofilattica interna alla sua giurisdizione si veda la [sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 2011](#) e la nota di M. CROCE, *La "lunga marcia" del precedente: la nomofilachia come valore costituzionale (a proposito di Corte cost. 30/2011?)* in [Forum di Quaderni Costituzionali](#).

⁵⁵ A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 371 ss. Nesso che è sempre stato ben chiaro alle stesse SS.UU.: «L'art. 111 della Costituzione, entrato successivamente in vigore, ha ribadito tale principio, elevandolo a rango costituzionale, solo con riguardo alle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti (...). Questo differente regime previsto dalla norma costituzionale nei confronti della decisione di alcuni giudici speciali, è rilevante sia sotto il profilo dell'autonomia dei detti giudici dall'autorità giudiziaria ordinaria sia sotto quello del contenuto che deve avere un ricorso per motivi attinenti alla sola giurisdizione. E' evidente, infatti, che, quando si consente contro le sentenze di alcuni giudici speciali un'impugnazione estesa anche alla violazione di legge si investe la Cassazione dei poteri propri di giudice dell'impugnazione e si limita notevolmente l'autonomia e la specialità di detti giudici, confinandola alla sola fase di merito. L'assoluta autonomia e parità fra il Consiglio di Stato e la Corte dei conti da una parte e l'autorità giudiziaria dall'altra non viene invece in alcun modo scalfita dalla possibilità di ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione, in quanto le sezioni unite, quando decidono su tale ricorso operano non come giudice dell'impugnazione, ma come supremo organo regolatore della giurisdizione (...) non è possibile denunciare l'erronea o falsa applicazione da parte del Consiglio di Stato di norme giuridiche sostanziali (e tanto meno di vizi di motivazione) nemmeno sub specie di motivi di giurisdizione, perché l'esame di tale censure comporterebbe l'uso da parte delle Sezioni Unite dei propri poteri di giudice dell'impugnazione, potere che nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato esse non hanno, e concretebbe una violazione dell'autonomia giurisdizionale del Consiglio di Stato, garantita dalla Costituzione» (SS.UU., 11 ottobre 1988, n. 5491).

⁵⁶ Si vedano, in particolare, la seduta del 21 novembre 1947 (interventi di Leone e di Ruini) e quella pomeridiana del 27 novembre 1947 (intervento di Mortati). Sul punto, M. D'AMICO - I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le Ragioni della scelta della Costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista AIC*, 2014, IV, 4 ss; G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente*, *Dir. proc. amm.*, 2003, 363 ss.; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, cit.: E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella Costituente, tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, *Dir. proc. amm.*, 4, 2001; R. ROLLI, *La giustizia amministrativa nella Costituzione del 1948 e le determinazioni finali*, in [Nomos](#), 2017, I.

alla Corte di cassazione⁵⁷), «hanno ritenuto di dover tener fermo l'assetto precostituzionale⁵⁸, assetto che vedeva attribuita al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi e, nei casi di giurisdizione esclusiva, dei diritti soggettivi ad essi inestricabilmente connessi».

Si è ivi altresì osservato «come dai lavori dell'Assemblea Costituente emerga chiaramente che ciò comporta l'esclusione della "soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione" e la sua limitazione "al solo "eccesso di potere giudiziario", coerentemente alla "unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé" (così Mortati, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947)».

Con la seconda si è aggiunto che «perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, c. 8, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione».

Di tutto ciò – aggiunge la Corte costituzionale – è consapevole anche lo stesso orientamento maggioritario⁵⁹ delle sezioni unite, che, anche di recente, ha mostrato di restare fedele all'interpretazione tradizionale (o "statica"⁶⁰), secondo cui il rifiuto di giurisdizione sindacabile è solo quello in "in astratto" e giammai "in concreto", pena l'invasione nella nomofilachia del giudice di vertice della giurisdizione speciale, cui solo è rimessa la cognizione degli *errores in iudicando* o *in procedendo*⁶¹.

⁵⁷ Si veda in particolare l'art. 12 della Relazione di Calamandrei alla II sottocommissione, rubricato «Unicità della giurisdizione», secondo cui «L'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa, appartiene esclusivamente ai giudici ordinari, cioè ai giudici singoli (conciliatori e pretori), ai tribunali ed alle corti, istituiti e regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario. Al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede in...la Corte di cassazione istituita per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso l'uniformità della interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici». L'art. 13, c. 2, prevedeva, coerentemente, l'abolizione dei giudici speciali esistenti. In calce all'art. 13 si legge «(Eccezioni al divieto? Corte dei conti? Contenzioso tributario? Tribunali militari?)».

⁵⁸ Si veda, R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere*, cit.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 2 ss.

⁵⁹ Tra le tante, SS.UU. 29 marzo 2017, n. 8117; 30 gennaio 2017, n. 2219; 17 novembre 2016, n. 23395; 14 gennaio 2015, n. 476; 14 gennaio 2015, n. 475; 29 marzo 2013, n. 7929; 29 aprile 2005, n. 8882; 26 luglio 2004, n. 14064; 16 gennaio 2003, n. 574; 1 luglio 2002, n. 9558; 12 aprile 2002, n. 5283; 17 ottobre 2002, n. 14751; 17 dicembre 1999, n. 910; 19 febbraio 1999, n. 86; 22 settembre 1997, n. 8344; 10 agosto 1996, n. 7410; 4 agosto 1995, n. 8550; 14 giugno 1995, n. 668; 17 novembre 1986, n. 6769.

⁶⁰ Così la definisce la sentenza delle SS.UU. 29 dicembre 2017, n. 31126.

⁶¹ La Corte, in particolare, riporta interi brani della sentenza delle SS.UU., 6 giugno 2017, n. 13976, ove si legge: «Il cattivo esercizio della propria giurisdizione da parte del giudice, che provveda perché investito di essa e, dunque, ritenendo esistente la propria giurisdizione e, tuttavia, nell'esercitarla, applichi regole di giudizio che lo portino a negare tutela alla situazione giuridica azionata, si risolve soltanto nell'ipotetica commissione di un errore all'interno ad essa e, se tale errore porta a negare tutela alla situazione fatta valere, ciò si risolve in una valutazione di infondatezza della richiesta di tutela, ancorché la statuizione, in quanto proveniente dal giudice di ultimo grado della giurisdizione adita, comporti che la situazione rimanga priva di tutela giurisdizionale. Perché, invece, si configuri un vizio di giurisdizione per c.d. rifiuto dell'esercizio della giurisdizione da parte del giudice speciale cui invece essa compete, è necessario che quel giudice non decida sulla situazione giuridica valutando la fondatezza della domanda, e, quindi, negandole tutela nel concreto esercizio della giurisdizione, ma affermi – contro la regola *iuris* che la giurisdizione sulla domanda gli attribuisce – che la situazione fatta valere non ha tutela in astratto, cioè sul piano normativo, davanti alla propria giurisdizione perché la domanda riguardo ad essa formulata è estranea ad essa e nel contempo anche ad altra giurisdizione (...) Viceversa poiché la distinzione fra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali ha come implicazione necessaria che ciascuna giurisdizione si eserciti con l'attribuzione all'organo di vertice interno al plesso giurisdizionale del controllo e della statuizione finale sulla correttezza *in iure* ed *in facto* di tutte le valutazioni che sono necessarie per decidere sulla controversia, salvo quelle che implicino negazione astratta della tutela giurisdizionale davanti alla giurisdizione speciale ed a qualsiasi giurisdizione (rifiuto) oppure alla negazione della giurisdizione accompagnino l'indicazione di altra giurisdizione (diniego), non è possibile prospettare che, fuori di tali due casi, il modo in cui tale controllo viene esercitato dall'organo di vertice della giurisdizione speciale, se anche si sia risolto in concreto nel negare erroneamente tutele alla situazione giuridica azionata, sia suscettibile di controllo da parte delle Sezioni Unite, assumendo che la negazione di tutela in concreto, cioè con l'applicazione da parte del giudice speciale delle regole sostanziali e processuali interne alle controversie devolute alla sua giurisdizione, si sia risolta in un vizio di violazione delle regole di giurisdizione»; nello

Segue poi l'esame degli argomenti posti a sostegno della tesi della giurisdizione dinamica, ossia, da un lato, la necessità di dare attuazione a principi fondamentali, quali la primazia del diritto comunitario, il giusto processo, l'effettività della tutela, l'unità funzionale della giurisdizione; e, dall'altro, quella di fronteggiare l'eccessiva proliferazione dei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁶².

Secondo la Corte, queste «considerazioni (...) sono o prive di fondamento o estranee ad una questione qualificabile come propriamente di giurisdizione»⁶³.

In particolare, con specifico riferimento al principio di unità funzionale della giurisdizione, il giudice delle leggi ribadisce che esso non implica anche l'unità organica delle giurisdizioni, espressamente scartata dai Costituenti.

Quanto all'effettività della tutela e al giusto processo, «non c'è dubbio che essi vadano garantiti, ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione»⁶⁴: di qui la loro estraneità al concetto di giurisdizione in senso proprio⁶⁵ e la loro attinenza, semmai, alla diversa nozione di tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.) e al modo in cui essa deve essere somministrata (art. 111, c. 1, Cost.)⁶⁶.

Né, ancora, la giurisdizione dinamica può essere giustificata sulla base dell'osservazione che altrimenti, data l'incontrollata espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, si assisterebbe, con riferimento ai diritti soggettivi, a divergenti interpretazioni della legge da parte del giudice ordinario e del giudice amministrativo, ognuno sottoposto ad una differente nomofilachia.

Alla presunta eccessiva espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, infatti, si deve porre rimedio – come in effetti è avvenuto in passato ([sentenze n. 191 del 2006](#) e [n. 204 del 2004](#)) – sollevando questioni di legittimità costituzionale delle norme che delineino tali ipotesi oltre il presupposto costituzionale della inestricabile connessione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Abbandonata l'esperienza dei blocchi e ricondotta la giurisdizione esclusiva ai confini, tracciati dalla Costituzione, della particolarità delle materie, non ha alcun rilievo il temuto rischio di “disomogeneità” nomofilattica⁶⁷ (tra gli orientamenti delle sezioni unite e quelli del Consiglio di Stato), perché tale rischio è accettato dalla Costituzione: «è la stessa Carta costituzionale a prevedere che siano sottratte al vaglio di legittimità della Corte di cassazione le pronunce che investono i diritti soggettivi nei confronti dei quali, nel rispetto della “particolarità” della materia nel senso sopra

stesso senso, tra le più recenti, 19 settembre 2017, n. 21617; 29 marzo 2017, n. 8117; 21 marzo 2017, n. 7157; 10 febbraio 2017, n. 3561; 30 gennaio 2017, n. 2219.

⁶² Un'estensione del concetto di giurisdizione basata su tali argomenti è propugnata, prima della sentenza delle SS.UU. n. 30254 del 2008, da M. V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005.

⁶³ Osserva R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, cit., che l'invocazione del principio di effettività⁶³ non può portare a trasformare «la verifica se un giudice ha giurisdizione su una determinata controversia nel controllo su come il giudice decide la controversia stessa».

⁶⁴ In questo senso F. CORTESE, *Corte di cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. "pregiudizialità amministrativa"*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 511.

⁶⁵ Di ciò si mostra consapevole anche la recentissima sentenza delle SS.UU. 29 dicembre 2017, n. 31126, ove, al par. 2.3., si legge: «E' bene chiarire che il riferimento ai fattori di cui sopra – e in particolare al principio del primato del diritto dell'Unione europea e al principio del giusto processo – costituisce soltanto un richiamo del contesto in cui si è sviluppata l'indicata evoluzione del concetto di giurisdizione, ma non postula certamente, nella sentenza in esame e nella successiva giurisprudenza delle Sezioni unite, la diretta attinenza di tali principi, in se stessi, alla giurisdizione nel senso che qui rileva».

⁶⁶ R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere*, cit., afferma che l'interpretazione evolutiva della Corte di cassazione «non trova fondamento nella Costituzione, e segnatamente nelle norme costituzionali invocate. Infatti gli invocati artt. 24, c. 1, 113 c. 1 e 2, 111, c. 1, Cost., attengono alle forme di tutela, ma non dicono che le forme di tutela rientrano nelle questioni di giurisdizione. Per converso la “giurisdizione” nel tessuto costituzionale indica il riparto di attribuzioni tra i diversi organi giurisdizionali, come si desume dagli artt. 102 e 103 Cost., in combinato con l'art. 111, ult. c., Cost.».

⁶⁷ Rischio che, in realtà, non consta mai essersi avverato con riferimento ai diritti soggettivi attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

chiarito, il legislatore ordinario prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» ([sentenza n. 204 del 2004](#))⁶⁸.

Né infine, secondo la Corte costituzionale, l'ampiamiento del controllo sulla giurisdizione affidato alle sezioni unite «può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU, non essendo peraltro chiaro, nell'ordinanza di rimessione e nella stessa giurisprudenza ivi richiamata, se ciò valga sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo. In ogni caso, ancora una volta, viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all'istituto in esame non è il caso di tornare».

La concisa ma densa motivazione sul punto, da un lato, sottolinea quella incertezza di fondo nella giurisprudenza della Corte di cassazione sull'ambito del controllo delle sentenze del giudice speciale in ipotesi di violazione del diritto comunitario e convenzionale di cui si è detto al par. 4⁶⁹, e, dall'altro, mette in luce la riconducibilità anche di questa ipotesi alla categoria della violazione di legge⁷⁰ e non ai motivi inerenti alla giurisdizione.

È intuitivo, del resto, come la contraria posizione dei sostenitori della giurisdizione dinamica faccia della Corte di cassazione non l'organo regolatore della giurisdizione ma il garante ultimo della legittimità comunitaria, convenzionale⁷¹ e addirittura costituzionale⁷² delle norme (di rito e di merito) applicate dal giudice amministrativo e dal giudice contabile⁷³.

La Corte costituzionale osserva, poi, che l'ipotesi della sopravvenienza di una sentenza delle Corti sovranazionali in contrasto con quelle interne (passate in giudicato) sicuramente costituisce un problema sul tappeto, ma «deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come auspicato da questa Corte con riferimento alle sentenze della Corte EDU ([sentenza n. 123 del 2017](#))⁷⁴».

⁶⁸ In questo senso già le SS.UU. 17 luglio 1973, n. 2078, osservavano «Ma ciò, lungi dal rendere possibile la separata considerazione di tale giurisdizione per assoggettarne l'esercizio al sindacato di questa Corte per violazione di legge, importa soltanto che, qualora il legislatore ordinario attribuisse alla giurisdizione esclusiva un sempre maggior numero di materie (...) ad un certo punto potrebbe porsi il problema della legittimità costituzionale della normativa di attribuzione».

⁶⁹ Incertezza che dalle SS.UU. n. 31126 del 29 dicembre è risolta nel senso di dare rilievo alle ipotesi di contrasto con il diritto eurounitario reso palese da una sentenza (sopravvenuta e non) della Corte di giustizia.

⁷⁰ A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"*, cit.: «D'altra parte, l'inconfigurabilità di una questione di giurisdizione nella violazione del diritto comunitario è coerente con la circostanza che una questione del genere non è identificabile neppure nella violazione di una norma costituzionale. Anche in questo caso non si configura un motivo di giurisdizione. E assegnare un rango superiore alla violazione di una norma comunitaria equivarrebbe a determinare una gerarchia rispetto all'ordinamento costituzionale che invece è sempre stata esclusa».

⁷¹ R. CONTI, *Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e Unità delle interpretazioni*, in questa *Rivista*, *Studi 2015/III*, 807.

⁷² Come, a ben vedere, nel caso di specie, posto che il rifiuto di giurisdizione starebbe nella mancata sollevazione della questione di costituzionalità.

⁷³ G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, cit., osserva: «La Corte, così operando, dilata il concetto di giurisdizione — tradizionalmente intesa, anche all'epoca della Costituente, come sfera di attribuzioni di un giudice di un determinato ordine — penetrando nel cuore delle valutazioni che ciascun giudice fa nell'ambito delle attribuzioni assegnategli. Il sindacato finisce con l'essere quello che riguarda il corretto esercizio del potere giurisdizionale, inserendosi nel sistema un controllo delle violazioni di legge compiute dal giudice speciale in ipotesi particolarmente gravi, secondo l'insindacabile valutazione della Corte»; e ancora: «La Corte di cassazione da giudice regolatore dei conflitti fra giudici si è andata trasformando in organo di vertice delle magistrature, creando le premesse non solo di perniciosi conflitti, ma anche di rivendicazioni perché si intervenga sull'assetto che alle varie giurisdizioni è stato dato dalla Costituzione».

⁷⁴ Nella [sentenza n. 123](#), la Corte, da un lato, ha escluso la sussistenza, allo stato attuale della giurisprudenza convenzionale, di un obbligo di riapertura dei processi civili e amministrativi (par. 15), e, dall'altro, ha chiamato in causa il legislatore, cui spetta la delicata ponderazione tra gli interessi delle vittime di violazioni convenzionali e quelli dei terzi (par. 17).

Passati in rassegna e confutati nei termini ora cennati gli argomenti posti a fondamento della giurisdizione dinamica, la Corte, nei paragrafi successivi, conclude ribadendo, in positivo e in negativo, i confini costituzionali della nozione di motivi inerenti alla giurisdizione.

Dal primo punto di vista, «L'eccesso di potere giudiziario», denunciabile con il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché in quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici»⁷⁵.

In negativo, invece, deve escludersi che con i motivi inerenti alla giurisdizione si possano fare valere «le censure di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda»; né sono consentite soluzioni «intermedie come quella pure proposta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze “abnormi” o “anomale” ovvero di uno “stravolgimento”, a volte definito radicale, delle “norme di riferimento”», poiché «Attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive»⁷⁶.

Queste considerazioni fondano, dunque, la dichiarazione di inammissibilità della questione sollevata dalle sezioni unite della Corte di cassazione.

6. *L'inammissibilità della questione sollevata dal TAR Campania*

Anche l'ordinanza del Tar Campania viene dichiarata inammissibile ma (ovviamente) per altro ordine di ragioni.

Ad impedire l'esame del merito della questione è in questo caso un ritenuto difetto di motivazione dell'ordinanza con riferimento al verso dell'addizione.

Si è già detto, infatti, che, a differenza degli altri due rimettenti, il Tribunale Campano ha chiesto alla Corte non un'ablazione secca (e parziale) della norma indubbiata, ma una pronuncia additiva che attribuisca al giudice ordinario una ulteriore “fetta” di giurisdizione.

Secondo il rimettente tale addizione sarebbe in linea con la finalità di concentrazione avanti ad un unico giudice sottesa alla riforma recata dal d.lgs. n. 165 del 2001 e con la esigenza di non coinvolgere troppo a lungo il giudice amministrativo in una giurisdizione ormai perduta.

La Corte ha ritenuto tale motivazione insoddisfacente, perché essa «nulla dice sul perché l'addizione invocata sia considerata costituzionalmente obbligata, specie ove si consideri che la giurisdizione che si vorrebbe attribuire al giudice ordinario riguarderebbe anche fatti relativi al rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione per il periodo anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (Razionalizzazione della organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della l. 23 ottobre 1992, n. 421), quando, cioè, quel rapporto era ancora pienamente pubblicistico e quindi notoriamente contrassegnato anche e soprattutto da posizioni di interesse

⁷⁵ Si vedano le sentenze delle SS.UU. riportate *supra* alla nota 7.

⁷⁶ In questo senso R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere*, cit.: «Si crea così una categoria potenzialmente illimitata, in cui la Cassazione si riserva di sindacare sia l'*error in procedendo* che quello *in iudicando*, in caso di ritenuto “radicale stravolgimento” delle norme di rito o di merito, che si traduca in un diniego di giustizia».

legittimo, che così verrebbero distratte dal giudice naturale, che è quello amministrativo ([sentenza n. 140 del 2007](#))».

La dichiarazione di inammissibilità tocca – o meglio sfiora – uno degli snodi più discussi⁷⁷ nella definizione dei possibili ambiti di attribuzione delle giurisdizioni, ossia quello della conformità o meno al disegno costituzionale di ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

La posizione della Corte costituzionale sembra essere negativa: se è vero che è il giudice amministrativo ad essere il «giudice naturale» degli interessi legittimi⁷⁸, deve desumersi che solo in capo ad esso la Costituzione prevede la possibilità di configurare ipotesi di giurisdizione esclusiva (sussistendo il presupposto dell'inestricabile connessione tra diritti soggettivi e interessi legittimi).

7. La non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, c. 7

La Corte ha avuto comunque la possibilità di affrontare nel merito la questione di costituzionalità dell'art. 69, c. 7, sollevata dal TAR Lazio, risolta – come era prevedibile leggendo attentamente la [sentenza n. 123 del 2017](#) – con una pronuncia di non fondatezza.

Già con la sentenza da ultimo citata, infatti, si era messo in evidenza che le sentenze [Mottola](#) e [Staibano](#), da cui hanno preso le mosse tutti i rimettenti, hanno accertato «la violazione del diritto dei ricorrenti all'equo processo, non essendo stato loro consentito, in concreto, di accedere a un tribunale, dal momento che il termine dell'art. 69, c. 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, prima interpretato dalla giurisprudenza come termine di proponibilità dell'azione davanti al giudice amministrativo con salvezza di azione davanti al giudice ordinario, è stato poi ritenuto termine di decadenza sostanziale. Secondo la Corte EDU, il mutamento di indirizzo giurisprudenziale (e non il termine previsto dalla norma, “finalizzato alla buona amministrazione della giustizia” e “in sé non eccessivamente breve”) ha impedito ai ricorrenti di ottenere tutela, nonostante avessero “adito i tribunali amministrativi in completa buona fede e sulla base di un'interpretazione plausibile delle norme sulla ripartizione delle competenze”».

La Corte costituzionale, dunque, ribadisce, con la pronuncia in commento, che oggetto di censura da parte della Corte di Strasburgo non è la «coerenza della norma censurata dai rimettenti con i parametri convenzionali, poiché essa, di per sé, fissa un termine ispirato ad una finalità legittima e (più che) ragionevole⁷⁹, il che, evidentemente, esclude anche la sua illegittimità costituzionale»⁸⁰, ma esclusivamente l'impedimento all'accesso a un tribunale originato da un mutamento giurisprudenziale.

Aggiunge la Corte che tale inconveniente potrebbe condurre, semmai, sussistendone i presupposti, all'applicazione dell'istituto della rimessione in termini per errore scusabile⁸¹, attualmente disciplinato dall'art. 37 cod. proc. amm., ai sensi del quale «il giudice può disporre anche d'ufficio la rimessione in termini in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto».

⁷⁷ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2016, 387 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 663.

⁷⁸ Il richiamo è alla [sentenza n. 120 del 2007](#), ove la Corte ha affermato che il giudice amministrativo è «il giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica». In senso contrario si potrebbero leggere le [sentenze n. 377 del 2008](#) e [n. 240 del 2006](#), nonché l'[ordinanza n. 414 del 2001](#), ma vi è chi sostiene che in questi casi le situazioni soggettive prese in considerazione dal legislatore ed affidate al giudice ordinario sarebbero solo ed esclusivamente di diritto soggettivo.

⁷⁹ Si vedano i paragrafi 28 e 51 delle sentenze [Mottola](#) e [Staibano](#). In questo senso anche E. GRILLO, *Un nuovo motivo di revocazione straordinaria del giudicato amministrativo per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2017, 194 ss.

⁸⁰ Del resto, prosegue la sentenza, «questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, c. 7, sollevate sulla base di diversi parametri interni – nella sostanza coincidenti con quelli convenzionali invocati dal rimettente – sono state sempre rigettate da questa Corte ([ordinanze n. 197 del 2006](#), [n. 328](#) e [n. 213 del 2005](#), [n. 214 del 2004](#))».

⁸¹ In questo senso E. GRILLO, *Un nuovo motivo di revocazione*, cit.

Tale norma – che ha una portata più ampia di quella che prevede la rimessione in termini nel processo civile (anche in seguito alla riformulazione dell’istituto con il suo spostamento dall’art. 184-*bis* all’art. 153, c. 2, cod. proc. civ. e anche alla luce del più recente orientamento della giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di *prospective overruling*⁸²) – e quelle precedenti, delle quali essa è semplicemente ricognitiva⁸³, sono sempre state interpretate come applicabili anche alle decadenze dall’azione, quindi anche ai termini non processuali in senso stretto, e anche a fronte di diritti soggettivi e nella materia del pubblico impiego⁸⁴; e da sempre il contrasto giurisprudenziale sulla portata interpretativa di una norma o, a maggior ragione, il mutamento giurisprudenziale sono stati considerati idonei, in astratto, a giustificare la rimessione in termini per errore scusabile⁸⁵.

È evidente, poi, che la valutazione della sussistenza, volta per volta e in concreto, dei presupposti per la ricorrenza dell’errore scusabile spetta al giudice comune.

A tal riguardo, tuttavia, particolarmente utile appare la precisazione che la sentenza opera, ad altri fini, con riferimento al panorama giurisprudenziale interno.

Quest’ultimo, secondo la Corte, potrebbe far dubitare che nel caso che ha dato origine alle sentenze [Mottola](#) e [Staibano](#) vi sia stata davvero la «sorpresa» della buona fede⁸⁶ dei ricorrenti su cui esse poggiano.

Le pronunce in questione sembrano ignorare, infatti, che la giurisprudenza della Corte di cassazione, quanto meno dal 2001⁸⁷, afferma che l’art. 69, c. 7, non pone una questione di riparto di giurisdizione ma di decadenza dall’azione⁸⁸, con la conseguenza che il giudice regolatore della giurisdizione ha sempre escluso la cognizione del giudice ordinario sulle controversie in esame.

⁸² Cassazione civile, sez. III, 30 maggio 2017, n. 13522; sez. III, 17 gennaio 2017, n. 929; sez. I, 19 dicembre 2016, n. 26188; sez. VI, 27 luglio 2016, n. 15530; sez. V, 18 novembre 2015, n. 23585; sez. VI, 30 luglio 2015, n. 16132; SS.UU., 21 maggio 2015, n. 10453; sez. VI, 11 maggio 2015, n. 9443; sez. VI, 21 gennaio 2015, n. 950; sez. VI, 9 gennaio 2015, n. 174; sez. III, 17 dicembre 2014, n. 26541; sez. VI, 4 giugno 2014, n. 12521; sez. lavoro, 11 marzo 2013, n. 5962; sez. II, 21 dicembre 2012, n. 23836; SS.UU., 11 luglio 2011, n. 15144; sez. II, 2 luglio 2010, n. 15811; si veda anche A. PANZAROLI, *Sulla rimessione in termini ex art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 6, 1636 ss.

⁸³ Artt. 34 e 36 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato); art. 34 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali); art. 13, c. 1, lettera a), del d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199 (Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi). Si veda anche l’art. 11, c. 5, cod. proc. amm, che disciplina l’ipotesi specifica relativa alla *translatio iudicii*.

⁸⁴ A mero titolo esemplificativo, si vedano con riferimento alla erronea scelta della giurisdizione in seguito alla privatizzazione del pubblico impiego: TAR Lazio, sez. III, 7 giugno 2017, n. 6688; Consiglio di Stato, sez. VI, 2 febbraio 2017, n. 454; Consiglio di Stato, sez. III, 18 agosto 2016, n. 3593; Consiglio di Stato, 11 luglio 2016, n. 3031; Consiglio di Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3714; Consiglio di Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 254; TAR Sardegna, sez. II, 26 novembre 2014, n. 1017; TAR Abruzzo, sez. I, 23 gennaio 2014, n. 42; Consiglio di Stato, sez. V, 24 aprile 2013, n. 2283; Consiglio di Stato, sez. VI, 8 febbraio 2013, n. 710; Consiglio di Stato, sez. VI, 28 gennaio 2013, n. 501; TAR Lazio, sez. III, 16 gennaio 2013, n. 416; Consiglio di Stato, sez. VI, 27 novembre 2012, n. 5979; Consiglio di Stato, sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 612; TAR Campania, sez. IV, 26 giugno 2012, n. 3011; TAR Puglia, sez. I, 22 marzo 2005, n. 1570.

⁸⁵ F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Codice nuovo processo amministrativo*, sub art. 37 (errore scusabile), Roma, 2012, 451; L. GILL, *Sulla rimessione in termini per errore scusabile nel processo amministrativo e sui valori così tutelati*, in *Foro amm. TAR*, 10, 2002, 3216 ss.; A. TRAVI, *La plenaria interviene sul c.p.a., segnalazione da parte del giudice delle questioni rilevabili d’ufficio e concessione del beneficio dell’errore scusabile*, in *Urb. e app.*, 2011, 3, 326 ss.

⁸⁶ Si veda il par. 20 delle sentenze [Mottola](#) e [Staibano](#).

⁸⁷ Si veda *supra* la nota 39.

⁸⁸ Secondo la Corte costituzionale, la norma introdurrebbe «una misura processuale con effetti sul diritto sostanziale» ([ordinanza n. 213 del 2005](#)), ovvero una «decadenza sostanziale» ([sentenza n. 123 del 2017](#)); secondo le SS.UU. della Corte di cassazione, «è diritto vivente quello che prevede essere stata fissata la data del 15.9.2000 non quale limite alla persistenza (relativamente alle questioni caratterizzate dai già indicati requisiti temporali) della giurisdizione amministrativa, ma quale termine di decadenza per la proponibilità della domanda giudiziale, con conseguente attinenza di ogni questione sul punto ai limiti interni della giurisdizione» (tra le tante e da ultimo, SS.UU., 30 settembre 2014, n. 20566); secondo l’adunanza plenaria del Consiglio di Stato, «alle origini la giurisprudenza aveva ritenuto che la disposizione fosse rivolta a fissare la giurisdizione del giudice ordinario per i ricorsi proposti dopo la data del 15 settembre 2015. Tuttavia, successivamente è prevalso, nella giurisprudenza della Corte di cassazione ed in quella amministrativa, il diverso orientamento che ricollegava alla scadenza di tale termine la radicale perdita del diritto a far valere, in ogni sede, ogni tipo di contenzioso» (ordinanza 4 marzo 2015, n. 2; in termini identici anche la sentenza dell’adunanza plenaria 21 febbraio 2007, n. 4).

Tale ignoranza sarebbe dovuta, «secondo l'Università di Napoli, che lamenta di non aver potuto prendere parte al processo convenzionale, ad una carente esposizione dei fatti ad opera dello Stato italiano», il che dimostra, secondo la Corte, la serietà del problema della mancata partecipazione dei terzi al giudizio convenzionale già segnalato con la [sentenza n. 123 del 2017](#)⁸⁹.

Come si diceva, al di là di tale pure importante profilo, la precisazione può rivelarsi un ausilio interpretativo per il giudice comune chiamato (anche d'ufficio) a decidere sulla sussistenza dei presupposti della rimessione in termini.

Ferma la particolarità dei casi di volta in volta portati all'attenzione dei tribunali, infatti, laddove si assegnasse valore preminente alla interpretazione offerta dalla giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione (in quanto organo regolatore della giurisdizione e in quanto vertice del plesso giurisdizionale che sulla base di quella interpretazione sarebbe stato "competente"), difficilmente potrebbe ritenersi sussistere un errore scusabile, quanto meno a decorrere dal consolidamento di quell'indirizzo giurisprudenziale; la prognosi sarebbe favorevole ai ricorrenti, invece, laddove si valorizzasse la presenza di sentenze del giudice amministrativo di segno contrario⁹⁰.

8. La sentenza n. 31126 della Corte di cassazione

Prima del deposito della sentenza della Corte costituzionale ma successivamente alla camera di consiglio nella quale essa è stata decisa, le sezioni unite, con la sentenza n. 31126 del 29 dicembre 2017, sono tornate *ex professo* sul tema del rifiuto di giurisdizione.

La pronuncia⁹¹ si segnala per l'apprezzabile tentativo di ricostruzione della pregressa giurisprudenza sulla giurisdizione dinamica o funzionale⁹², «quale tutela delle situazioni giuridiche soggettive», e per la volontà di offrirne una interpretazione finale.

Secondo le sezioni unite, «Non costituiscono diniego di giurisdizione, da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori *in procedendo* o *in iudicando*, ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea, salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tale da ridondare in denegata giustizia, e in particolare il caso, tra questi, di errore *in procedendo* costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia».

Il punto di arrivo – secondo la sentenza in commento – è che pongono delle questioni di giurisdizione le censure con cui ci si dolga che il giudice amministrativo o contabile abbia "stravolto" le "norme di riferimento" (processuali o sostanziali, nazionali e non) – e che questo stravolgimento abbia comportato un diniego di tutela giurisdizionale in concreto.

⁸⁹ Ivi si legge: «È noto, infatti, che quest'ultimo vede come parti necessarie il ricorrente e lo Stato autore della violazione, mentre l'intervento degli altri soggetti che hanno preso parte al giudizio interno – cui peraltro il ricorso non deve essere notificato – è rimesso, ai sensi dell'art. 36, par. 2, della CEDU, alla valutazione discrezionale del Presidente della Corte, il quale "può invitare" "ogni persona interessata diversa dal ricorrente a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze". Non vi è dubbio, allora, che una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi – per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte EDU – renderebbe più agevole l'opera del legislatore nazionale».

⁹⁰ TAR Campania, sez. V, 7 dicembre 2001, n. 5845; TAR Puglia, sez. II, 29 giugno 2002, n. 3020; TAR Puglia, sez. I, 7 marzo 2003, n. 1095; TAR Sardegna, 21 marzo 2003, n. 350; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 agosto 2003, n. 4830, e, dubitativamente, l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2006, n. 2729. La tesi, tuttavia, già rifiutata da Consiglio di Stato, sez. IV, 14 giugno 2005, n. 3120, può dirsi definitivamente abbandonata con la già citata sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 21 febbraio 2007, n. 4.

⁹¹ Molto attesa, anche perché giunta in seguito ad un seminario organizzato presso la Corte di cassazione il 21 settembre 2017 (con la collaborazione degli uffici studi della stessa Corte di cassazione e del Consiglio di Stato) ed avente ad oggetto proprio il tema dei limiti del sindacato delle SS.UU. in sede di ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione.

⁹² Contrapposta in sentenza alla «tradizionale interpretazione "statica" – propria delle disposizioni codicistiche».

Porrebbe una questione di giurisdizione anche la censura con cui si lamenta che il giudice amministrativo o contabile abbia fornito della norma interna una interpretazione che implichi un diniego in concreto della tutela apprestata dal diritto dell'Unione europea, a condizione che vi sia stato un intervento della Corte di giustizia che abbia chiarito il significato delle disposizioni comunitarie rilevanti, sì da esaurire il margine di opinabilità interpretativa per il giudice nazionale.

Sulla base di tali principi – che si pongono in linea di sostanziale continuità con quella che la Corte costituzionale definisce la “soluzione intermedia” del filone evolutivo – la Corte di cassazione ha quindi cassato con rinvio l'impugnata sentenza del Consiglio di Stato, che avrebbe negato tutela alla impresa ricorrente, adottando una interpretazione delle norme processuali sulla legittimazione e l'interesse ad agire (ritenuti insussistenti in ragione della ravvisata legittimità della esclusione dalla gara) che ha condotto al mancato esame delle censure spiegate con i motivi aggiunti.

Tale decisione, infatti, sarebbe stata adottata in violazione delle norme europee di riferimento, e in particolare dell'art. 1, par. 3⁹³, della direttiva 89/665/Cee del Consiglio del 21 dicembre 1989 (come modificata dalla direttiva 2007/66/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007), nella interpretazione datane dalla Corte di giustizia (con le sentenze 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb*; 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*; 11 maggio 2017, C-131/16, *Arczhus*).

9. I possibili scenari futuri

Sia la Corte di cassazione che il Consiglio di Stato saranno chiamati molto presto a fare i conti con le nette affermazioni della Corte costituzionale sulla contrarietà del concetto di giurisdizione dinamica all'art. 111, c. 8, Cost.

Per le sezioni unite ciò avverrà proprio nel prosieguo del giudizio principale dal quale è originata la questione di costituzionalità dichiarata inammissibile dalla Corte con la sentenza in commento.

La Corte di cassazione sembra avere, in astratto, tre alternative: quella di ripiegare sulla intempestività del ricorso per cassazione per le ragioni viste al par. 3, evitando così di doversi confrontare, quanto meno nell'immediato, con la bocciatura della giurisdizione dinamica proveniente dalla Corte costituzionale; ovvero quella, più probabile, di prenderne atto e dichiarare il ricorso inammissibile per insussistenza di un motivo inerente alla giurisdizione; ovvero quella, meno probabile (perché segnerebbe la nascita di un conflitto istituzionale tra le sezioni unite e la Corte costituzionale, che vedrebbe le prime negare alla seconda il ruolo di «interprete ultimo» delle norme costituzionali per confermare un suo indirizzo giurisprudenziale minoritario), di ribadire la propria concezione dinamica della giurisdizione.

Quest'ultima soluzione, peraltro, non potrebbe condurre nel caso specifico ad una cassazione della sentenza del Consiglio di Stato, perché vi osterebbe la permanenza in vita dell'art. 69, c. 7, del d.lgs. n. 165 del 2001.

Il Consiglio di Stato, invece, si dovrà misurare con le affermazioni della Corte costituzionale nel giudizio di rinvio originato dalla sentenza n. 31126 della Corte di cassazione.

In quella sede sembra difficile ipotizzare che il giudice amministrativo ignori la posizione della Corte costituzionale che lo affranca dal controllo allargato che la Corte di cassazione si è andata attribuendo nell'ultimo decennio.

I giudici di Palazzo Spada dovranno allora valutare la percorribilità dei rimedi a loro disposizione per liberarsi dal vincolo posto dalle sezioni unite sul presupposto della natura dinamica della giurisdizione.

⁹³ Ai sensi del quale, «Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».

Le strade astrattamente percorribili sono tre: quella di considerare insussistente un obbligo di conformarsi alla pronuncia della Corte di cassazione, quella di sollevare questione di costituzionalità in via incidentale⁹⁴ e, infine, quella di promuovere un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.

La prima, che è apparentemente la più radicale, è già stata sostenuta in dottrina⁹⁵ ed ha un importante precedente in una lontana pronuncia della Corte dei conti del 1965⁹⁶, che disconobbe l'effetto della sentenza resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, sul rilievo di fondo che una sentenza emessa in violazione della riserva costituzionale di giurisdizione, data la gravità del vizio, può considerarsi inesistente e/o inefficace.

Questo disconoscimento dovrebbe investire non l'aspetto procedurale dell'assenza di una norma che espressamente consenta alla Corte di cassazione il rinvio al giudice speciale in sede di statuizione sulla giurisdizione⁹⁷ ma quello sostanziale della impossibilità per le sezioni unite di rendere una pronuncia che, adottata sotto l'ombrello della giurisdizione (dinamica), vincoli il giudice amministrativo ad una determinata statuizione di rito o di merito⁹⁸, in violazione dell'art. 111, c. 8, Cost.

Tale soluzione è solo apparentemente la più radicale, perché, in realtà, essa consente di non coinvolgere nuovamente la Corte costituzionale in quella che potrebbe apparire una sorta di non commendevole guerra tra Corti (salvo che poi avverso la decisione del Consiglio di Stato, che

⁹⁴ La via incidentale sembra essere già stata indicata dalla Corte nell'unico caso di conflitto di attribuzioni tra organi giurisdizionali portato alla sua attenzione (sentenza n. 385 del 1996, punto 3.1. del *Considerato in diritto*), ove il conflitto è stato dichiarato inammissibile nella fase di merito ma – sembrerebbe – per assenza di tono costituzionale.

⁹⁵ Si veda, MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1693: l'Autore, nel citare V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23 ss, afferma: «Una pronuncia del Giudice della giurisdizione che violi la “riserva costituzionale di giurisdizione”: - “potrebbe essere considerata *tamquam non esset*, secondo il principio in base al quale la carenza di potere in radice dà luogo ad un atto inesistente” (in modo analogo a quanto statuito qualche anno prima dalla Corte dei conti); - o, diversamente, “si dovrebbe allora configurare un conflitto di attribuzioni denunciabile davanti alla Corte costituzionale”». Si veda anche F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione*, cit.,

⁹⁶ Corte dei conti, Sezioni riunite, ordinanza 12 maggio 1965, n. 19, in *Foro Amm.*, 1965, I, 3, 107: «come non può farsi luogo a sospensione del procedimento innanzi la Corte di conti allorché sia illegittimamente instaurato innanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione il regolamento preventivo di giurisdizione, così non può riconoscersi effetto, negli stessi giudizi, della sentenza delle Sezioni Unite resa a seguito del proposto ricorso, posto che la inapplicabilità dell'istituto alle giurisdizioni speciali vizia in radice l'intero procedimento dal suo atto introduttivo a quello terminale».

⁹⁷ Dovendosi condividere il nuovo corso seguito dalle SS.UU. che affermano di poter rinviare al giudice speciale in seguito a cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione sulla base di una interpretazione estensiva dell'art. 382 cod. proc. civ., nuovo corso inaugurato con la nota sentenza n. 22 febbraio 2007, n. 4109, in tema di *translatio iudicii*, ove si prende in espressa considerazione anche l'ipotesi, ricorrente in quel caso, del diniego di giurisdizione da parte del giudice speciale (che erroneamente si dichiara incompetente in favore di quello ordinario). Che, con riferimento all'ipotesi di diniego di giurisdizione, si trattasse veramente di nuovo corso viene escluso da R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Federalismi.it*. In ogni caso, il principio generale viene poi calato anche alle ipotesi di rifiuto di giurisdizione: «Come di recente considerato da queste Sezioni Unite (ord. n. 10174 del 2011) l'art. 382 del codice di rito civile, a seguito dell'introduzione nell'ordinamento delle norme che attuano il principio della *translatio iudicii* (delineato da S.U. n. 4109 del 2007 e applicato da [Corte cost. sent. n. 77 del 2007](#)), e segnatamente della L. n. 69 del 2009, art. 59 e del d.lgs. n. 104 del 2010, art. 11, deve essere interpretato nel senso che la cassazione senza rinvio deve essere disposta soltanto qualora non solo il giudice adito ma qualsiasi altro giudice sia privo di giurisdizione sulla domanda, in tutti gli altri casi essendo statuito che il processo, ad impulso di parte e con atto di proposizione dell'interessato (art. 59, c. 2 ed art. 11, c. 4 appena citati), possa continuare. E nel predetto senso si sono del resto orientate queste Sezioni Unite (n. 25395 del 2010) con la cassazione di una pronuncia del Consiglio di Stato per indebito “rifiuto” dell'esercizio della propria giurisdizione in una vicenda di mancata concessione della tutela risarcitoria conclusa nel quadro normativo preesistente al d.lgs. n. 104 del 2010, art. 40» (17 febbraio 2012, n. 2312; nello stesso senso, SS.UU. 16 dicembre 2010, n. 25395; 10 maggio 2011, n. 10174; 5 ottobre 2015, n. 19787; 29 dicembre 2017, n. 31126). In senso adesivo si veda B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione*, cit. Per una critica articolata alla posizione poi fatta propria dalla Corte di cassazione (ma prima della l. n. 59 del 2009), si veda F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione*, cit.

⁹⁸ In aperto contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 77 del 2007](#) (come ricordato al par. 5) e con l'art. 386 cod. proc. civ., ai sensi del quale «la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda».

consideri non vincolante la statuizione sulla giurisdizione dinamica, non insorga la stessa Corte di cassazione).

La seconda opzione praticabile dal Consiglio di Stato, ossia quella di sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale, appare invece meno piana, in considerazione della non facile individuazione delle norme oggetto del dubbio di costituzionalità che siano anche rilevanti nel giudizio di rinvio.

Secondo una prima ipotesi, il giudice amministrativo potrebbe chiedere alla Corte costituzionale di accertare l'illegittimità delle norme che, nell'interpretazione della Cassazione, hanno portato ad una statuizione sulla giurisdizione che ha l'effetto di vincolarlo nella decisione di una questione – nel caso di specie – di rito, ossia di imporgli, in violazione dell'art. 111, c. 8, Cost., una certa interpretazione di determinate norme processuali (quelle sulla legittimazione e sull'interesse ad agire).

Resterebbe da capire quali possano essere, in concreto, le norme oggetto di censura: se quelle sulla giurisdizione dinamica (cioè quelle che, di volta in volta, prevedano una forma di tutela non somministrata in concreto o quelle processuali o sostanziali la cui erronea interpretazione precluda l'esame del merito della questione) oppure quelle che fondano e perimetrano la giurisdizione del giudice della giurisdizione (gli artt. 362, c. 1, cod. proc. civ. e 110 cod. proc. amm.).

La seconda soluzione sembrerebbe, di primo acchito, quella più corretta, posto che oggetto della questione di costituzionalità dovrebbero essere le norme su cui la Corte di cassazione poggia, in generale, la sua ricostruzione dei motivi inerenti alla giurisdizione, e quindi lo spettro di operatività del suo controllo sulle sentenze del giudice speciale.

Si potrebbe obiettare che la questione, così congegnata, rischierebbe di andare incontro a una pronuncia di inammissibilità per difetto di rilevanza, alla stregua di quella giurisprudenza costituzionale secondo cui il giudice del rinvio è vincolato alle statuizioni del giudice superiore in punto di giurisdizione e di competenza, e quindi non deve fare applicazione della norma censurata⁹⁹.

Tale ricostruzione, tuttavia, sembrerebbe presupporre che il giudice superiore abbia statuito sulla giurisdizione o sulla competenza, mentre qui l'assunto del rimettente sarebbe proprio che la Cassazione, sotto le spoglie di un giudizio inerente alla giurisdizione abbia, in realtà, reso una vera e propria decisione di rito o di merito non consentita dalla Costituzione.

Laddove si dovesse ritenere che, anche a prescindere dall'inesistenza di un vincolo di conformazione in capo al giudice del rinvio, la questione vada incontro a un difetto di rilevanza, perché il giudice *a quo* non deve comunque fare applicazione delle norme in esame per la definizione del giudizio di rinvio (regolando esse, piuttosto, quello di cassazione), resterebbe da verificare la possibilità di investire dell'incidente di costituzionalità le singole norme sulla giurisdizione dinamica via via individuate dalle sezioni unite (nel caso di specie quelle processuali sulla legittimazione e l'interesse a ricorrere¹⁰⁰ male interpretate – *rectius* “stravolte” – dal Consiglio di Stato).

In tal caso la questione cadrebbe sulle disposizioni processuali o sostanziali restituite al rimettente (perché ne faccia applicazione sulla base dell'interpretazione fatta propria dalle Corte di cassazione), nella parte in cui pongono una questione di giurisdizione (dinamica) e, così facendo, impongono un vincolo interpretativo, di rito o di merito, in violazione dell'art. 111, c. 8, Cost.

Anche questa soluzione, tuttavia, potrebbe essere considerata non corretta, poiché anche le norme sulla giurisdizione dinamica, in realtà, potrebbero essere ritenute irrilevanti nel giudizio di rinvio, dove le disposizioni processuali o sostanziali stravolte verrebbero in rilievo non nella parte in cui (secondo le sezioni unite) pongono una questione di giurisdizione ma in quella in cui disciplinano un'attività processuale o una fattispecie sostanziale (e quindi recano una norma di rito o di merito).

⁹⁹ [Ordinanze n. 92 del 2016](#), [n. 410 del 1994](#), [n. 44 del 1994](#), [n. 465 del 1989](#), [n. 332 del 1987](#), [n. 237 del 1976](#); sentenze [n. 270 del 2014](#), [n. 294 del 1995](#), [n. 274 del 1995](#), [n. 110 del 1995](#), [n. 25 del 1989](#), [n. 116 del 1974](#), [n. 132 del 1970](#).

¹⁰⁰ Se è facile individuare la disposizione che reca la norma per l'interesse ad agire (art. 100 cod. proc. civ.), lo stesso non può dirsi per la legittimazione a ricorrere (in genere si fa riferimento all'art. 81 cod. proc. civ., che andrebbe, forse, combinato con l'art. 276, c. 2, cod. proc. civ. e con gli artt. 35 e 76, c. 4, cod. proc. amm.).

Questa soluzione, peraltro, sembra presentare l'inconveniente – non certo di scarso rilievo pratico – di costringere il rimettente a sollevare tante questioni di costituzionalità quante fossero le future pronunce della Corte di cassazione adottate sulla base di un medesimo concetto di giurisdizione non conforme a quello presupposto dalla Costituzione.

A ben vedere, sembra allora più plausibile ritenere che le norme oggetto della questione di costituzionalità debbano essere individuate in quelle processuali che pongono in capo al Consiglio di Stato, in sede di rinvio, l'obbligo di conformazione alla pronuncia delle sezioni unite in punto di giurisdizione¹⁰¹, nella parte in cui tale vincolo si consideri esteso anche alle ipotesi di rifiuto di giurisdizione (dinamica).

E' certo, infatti, che di tali norme il giudice del rinvio deve fare applicazione (a meno di non considerare inesistente e/o inefficace la pronuncia della Cassazione, secondo la prima ipotesi prospettata); che l'accoglimento della questione di costituzionalità delle stesse spiegherebbe una influenza concreta nel giudizio *a quo*, liberando il giudice dall'obbligo di conformarsi alla pronuncia delle sezioni unite; e che esse recano il precetto che si assume in contrasto con la Costituzione (impongono al giudice del rinvio l'adozione di una pronuncia di rito o di merito, sotto la veste di una statuizione sulla giurisdizione).

L'altra via – probabilmente meno accidentata di quanto comunemente si pensi – è quella del conflitto di attribuzioni¹⁰².

Esso dovrebbe avere quale oggetto l'asserita violazione da parte della Cassazione, a mezzo della pronuncia in questione, delle spettanze costituzionali del Consiglio di Stato, spettanze che si assumerebbero lese perché la decisione delle sezioni unite sulla giurisdizione è in realtà una decisione di rito non consentita dall'art. 111, c. 8, Cost.¹⁰³, che sottrae il Consiglio di Stato e la Corte dei conti al controllo nomofilattico della Corte di cassazione.

La dottrina tradizionale¹⁰⁴ era scettica sulla configurabilità di un conflitto di attribuzioni tra organi giurisdizionali, sulla base di due ordini di motivi: 1) il conflitto è azionabile solo tra poteri dello Stato, mentre nel caso di specie saremmo di fronte a più organi del medesimo potere; 2) l'art. 37, c. 2, della l. 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), nel regolare il conflitto tra poteri, afferma che «Restano ferme le norme vigenti per la questione di giurisdizione», con la conseguenza che quest'ultima non potrebbe essere conosciuta dalla Corte costituzionale ma solo dalla Corte di cassazione.

Entrambe queste obiezioni sembrerebbero superate alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle osservazioni della dottrina più recente¹⁰⁵.

Quanto al primo aspetto, infatti, nessuno ormai dubita più della legittimazione di ogni singolo giudice a sollevare conflitto davanti alla Corte, in ragione della natura diffusa del potere giurisdizionale¹⁰⁶, e tanto basta ad ammettere la legittimazione soggettiva (attiva e passiva) del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione.

¹⁰¹ Si vedano *supra* le note 97 e 98. Andrebbero considerati, ai fini dell'esatta individuazione della disposizione da censurare, anche l'art. 59, c. 1, della l. n. 69 del 2009 e l'art. 384 cod. proc. civ.

¹⁰² Prospettato in dottrina da più parti. Si vedano F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione*, cit., 305; V. FANTI, *La «rivoluzione» operata dalla Corte*, cit.; R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere*, cit.; R. VILLATA, *«Lunga marcia della Cassazione» verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?*, cit.; R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit.

¹⁰³ Sulla riserva di nomofilachia degli organi di vertice delle giurisdizioni speciali si rinvia *supra* alla nota 54.

¹⁰⁴ Si vedano, A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, 1992, Milano, e A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, in *Nov. Dig. It.*, 369, Torino, II, 1981.

¹⁰⁵ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale* 2012, 430 ss.; e, con specifico riferimento al possibile conflitto tra Consiglio di Stato e Corte di cassazione in relazione alla vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa, si vedano gli Autori citati *supra* alla nota 102.

¹⁰⁶ Tra le tante, si vedano le sentenze della Corte costituzionale [n. 52 del 2016](#), [n. 29 del 2014](#); e le [ordinanze n. 244 e n. 69 del 2013](#), [n. 297 del 2011](#), [n. 332 del 2009](#).

Quanto al secondo aspetto, invece, la Corte, in ben quattro occasioni¹⁰⁷ (da ultimo con la [sentenza n. 2 del 2018](#)¹⁰⁸), ha chiarito che il citato art. 37, c. 2, non può essere inteso nel senso che la persistenza della competenza della Corte di cassazione a dirimere i conflitti di giurisdizione escluda la competenza della Corte costituzionale a decidere un conflitto tra poteri, quando il vizio denunciato sia comunque destinato a ripercuotersi sulla corretta delimitazione di attribuzioni costituzionali; ed ha quindi affermato che è ben possibile che oggetto del conflitto sia proprio la sentenza¹⁰⁹ della Cassazione resa in sede di regolamento di giurisdizione *ex art. 111, ult. c., Cost.*

Quali che siano i prossimi avvenimenti, è certo che essi non potranno che prendere le mosse dalla sentenza della [Corte costituzionale n. 6 del 2018](#), che, attesa la nitidezza della soluzione adottata nel tracciare i confini del ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione e nel mettere in evidenza il nesso funzionale dell'istituto con l'autonomia costituzionale del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, può a buon diritto dirsi una sentenza storica per la definizione dei rapporti tra la giurisdizione ordinaria e quelle amministrativa e contabile.

¹⁰⁷ [Sentenze n. 2 del 2018](#), [n. 52 del 2016](#), [n. 259 del 2009](#) e [n. 150 del 1981](#).

¹⁰⁸ Al punto 9 del *Considerato in diritto* si legge: «Infine, anche questioni di giurisdizione, già prospettate come tali di fronte alla Corte di cassazione, possono essere oggetto di un conflitto di attribuzione: ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 362 del codice di procedura civile) e ricorsi per conflitto sono due rimedi distinti, operanti su piani diversi, e non si può escludere che siano attivati entrambi, di fronte ad una pronuncia giudiziaria alla quale siano contemporaneamente imputabili l'erronea applicazione delle norme sulla giurisdizione e l'invasività in sfere d'attribuzione costituzionale ([sentenze n. 52 del 2016](#), [n. 259 del 2009](#) e [n. 150 del 1981](#))».

¹⁰⁹ La Corte costituzionale afferma, in via generale, che gli atti giurisdizionali possono essere oggetto del conflitto di attribuzioni, quando sia contestata radicalmente la loro riconducibilità alla funzione giurisdizionale ovvero sia messa in questione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente. Il conflitto è invece inammissibile qualora si risolva in strumento improprio di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale, valendo contro gli errori *in iudicando* di diritto sostanziale o processuale i rimedi consueti riconosciuti dagli ordinamenti processuali delle diverse giurisdizioni (*ex multis*, [sentenze n. 52 del 2016](#), [n. 235 del 2015](#), [n. 107 del 2015](#), [n. 252 del 2013](#), [n. 81](#), [87](#) e [88 del 2012](#)).

Antonello lo Calzo*

Il controllo di legittimità costituzionale sugli atti normativi interni di Camera e Senato (a margine della [sent. n. 213 del 2017 della Corte costituzionale](#))**

Sommario: *1. Autocrazia ed autodichia come aspetti distinti, ma connessi, nella definizione degli ambiti interni agli organi costituzionali coperti da autonomia. – 2. Disapplicazione o questioni di costituzionalità degli atti normativi interni nella giurisprudenza degli organi di giustizia domestica delle Camere. Le ricadute concrete nella [sentenza n. 213 del 2017](#). – 3. Organi di autodichia come giudici a quibus pur in carenza di una loro natura giurisdizionale (speciale). – 4. I “segnali” sulla legittimità della giustizia domestica e dell’autocrazia all’esito dei conflitti d’attribuzione.*

1. Autocrazia ed autodichia come aspetti distinti, ma connessi, nella definizione degli ambiti interni agli organi costituzionali coperti da autonomia

[La recente sentenza della Corte costituzionale, 12 ottobre 2017, n. 213](#) – oltre ad affrontare la questione dell’applicazione del contributo di solidarietà alle pensioni degli ex dipendenti della Camera dei Deputati¹ – consente di svolgere alcune osservazioni su un profilo di più ampia portata: vale a dire sui differenti approcci che gli organi di giustizia domestica delle Camere adottano nell’effettuare il controllo di legittimità sugli atti normativi “interni”, a seconda del rapporto sussistente tra questi e la legge “generale”. Tale aspetto si inserisce, a ben vedere, in quello più ampio concernente l’autocrazia.

A questo riguardo si rende necessaria una precisazione preliminare. Si preferisce non usare in modo promiscuo i termini “autodichia” ed “autocrazia”, né, a maggior ragione, si possono assimilare questi ad un concetto dalla valenza più generale quale quello di “autonomia”. Ciò non toglie che “autodichia” ed “autocrazia” siano tra loro indissolubilmente connesse, tanto che le decisioni di legittimità costituzionale incidenti sulla prima avrebbero, a cascata, ripercussioni anche sulla seconda.

L’autocrazia indica la potestà degli organi costituzionali (in particolare parlamentari) di determinare, con propri atti, quale parte dell’ordinamento comune può entrare a disciplinare i propri rapporti interni, ovvero di precludere, sotto la copertura della riserva di cui all’art. 64 Cost., l’applicazione delle norme dell’ordinamento generale. L’autodichia, invece, altro non sarebbe che una forma di “giurisdizione riservata” agli organi costituzionali, preclusiva dell’intervento della giurisdizione comune sulle vicende interne all’organo².

Il rapporto tra autodichia ed autocrazia appare evidente ed indissolubile: mentre l’autocrazia rappresenta l’estensione sostanziale dell’ambito interno coperto da autonomia, l’autodichia ne rappresenta il risvolto giurisdizionale. La competenza “giurisdizionale” e, quindi, i limiti di

* *Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali – Università di Pisa.*

** La nota trae spunto dalla relazione tenuta in occasione del seminario dal titolo “Sotto il tappeto. Autocrazia ed altri misteri di Palazzo”, svoltosi a Roma, presso la Nuova Aula del Palazzo dei Gruppi parlamentari, il 17 ottobre 2017.

¹ Si veda al riguardo la nota di L. BRUNETTI, *Il “contributo di solidarietà” sulle pensioni degli ex dipendenti della Camera non viola l’autonomia dell’organo*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), n. 10/2017, 29 ottobre 2017.

² Il concetto di autodichia è in realtà oggetto di plurime declinazioni, in senso restrittivo o estensivo. Estensivamente l’autodichia comprenderebbe tutte le ipotesi in cui la riserva della facoltà di giudizio dell’organo costituzionale escluda ogni possibilità di valutazione esterna, sia che essa abbia un fondamento costituzionale esplicito, sia che questo manchi. In tale senso essa è prevalentemente intesa nella prassi, ma anche in alcune decisioni giurisprudenziali. Si vedano, in particolare, Cass. civ., S.U., 17 dicembre 1998, n. 12614; e Cass. civ., S.U., ord. 17 marzo 2010, n. 6529. Vista, però, l’esistenza di tratti distintivi marcati tra le diverse ipotesi, più rigorosa sarebbe la sua definizione in senso restrittivo, identificandosi l’autodichia con la «potestà di risolvere, tramite propri organi interni, [...] le controversie insorgenti con il proprio personale dipendente o, addirittura, in alcune ipotesi, con i terzi che dovessero venire “in contatto” nelle proprie attività con le aree riservate» agli organi costituzionali. In questo senso sia consentito rinviare al mio, *L’autodichia degli organi costituzionali*, nella rivista telematica del [Gruppo di Pisa](#), 2015, 1 ss.; nonché, successivamente, a L. BRUNETTI, *Autodichia parlamentare. La giustizia domestica delle Camere nello Stato costituzionale di diritto*, Milano, 2016, 17 ss.

cognizione del giudice domestico sono determinati dalla misura in cui ciascun organo apre il proprio ordinamento interno verso l'esterno; per questo la «solubilità della questione definitoria relativa all'estensione dell'autocrazia» si connette direttamente «all'ambito di efficacia dell'autodichia»³.

In virtù del principio dell'autocrazia le fonti normative vigenti nell'ordinamento esterno non potrebbero trovare immediata applicazione – per forza propria – all'interno delle Camere, ma soltanto quando siano state recepite con specifico atto di autonomia normativa degli organi. Sono questi, infatti, ad essere i titolari della potestà di determinazione dell'ambito di estensione dell'ordinamento interno e della sua “contaminazione” con quello esterno. A ciò, come detto, si aggiunge che, in base al principio di autonomia dell'organo, nessun giudice “comune” potrebbe conoscere della legittimità degli atti interni, così come al giudice domestico sarebbe precluso conoscere della legittimità degli atti esterni (rispetto ai quali, dunque, mai potrebbe operare la disapplicazione).

2. Disapplicazione o questioni di costituzionalità degli atti normativi interni nella giurisprudenza degli organi di giustizia domestica delle Camere. Le ricadute concrete nella [sentenza n. 213 del 2017](#)

A tal fine sembrerebbe assumere rilievo la distinzione tra provvedimenti normativi interni innovativi e provvedimenti normativi interni meramente recettivi⁴.

Quando il rinvio alla legge esterna, effettuato mediante atti normativi promananti dall'Ufficio di Presidenza ed espressione dei principi di autonomia e indipendenza dell'organo, non si limita al suo mero recepimento, ma comporta l'instaurazione di un regime ispirato a quello comune, che se ne differenzia, però, per alcune peculiarità – così che si può affermare che esso è propriamente frutto delle scelte autonome dell'organo ed è distinto sotto il profilo della disciplina da quello comune⁵ – non sarebbe possibile rimettere una questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte che abbia ad oggetto gli atti normativi interni di attuazione di un regime “simile” a quello esterno. L'atto interno rientrerebbe tra quelli attraverso i quali si manifesta l'autonomia dell'organo: pertanto, solo il giudice domestico sarebbe competente ad applicarlo e controllarlo, mentre l'intervento del Giudice delle leggi si trasformerebbe in una illegittima compromissione dell'autonomia⁶.

³ E. GRIGLIO, *Le assemblee parlamentari, giudici in causa propria, ma non a titolo esclusivo? I seguiti della sent. n. 120/2014 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2015, 4.

⁴ Va precisato, al riguardo, che in questa sede si fa riferimento esclusivamente agli atti normativi interni, rispetto ai quali i giudici domestici potrebbero procedere, secondo la loro prassi, alla disapplicazione. Non si approfondisce il problema della distinzione tra atti normativi ed atti di amministrazione, passibili invece di annullamento, sul quale si rinvia a G. MALINCONICO, *Attività e prassi degli organi giurisdizionali dell'autodichia della Camera dei Deputati*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2011, 264.

⁵ Si veda, ad esempio, la questione affrontata da Comm. giur. Camera, 29 luglio 2015, n. 7, par. 4.2. del Diritto; e Collegio App. Camera, 22 dicembre 2015, n. 3, par. 3. del Diritto. Il caso concerneva la determinazione della disciplina dei tetti retributivi per il personale dipendente che, pur essendo ispirata a quanto previsto dall'art. 13 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66 e dall'art. 23-ter del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, se ne differenziava sotto diversi profili. Gli atti richiamati, essendo fonti vigenti nell'ordinamento esterno, non potevano trovare applicazione diretta nell'ambito parlamentare, pertanto la delibera dell'Ufficio di Presidenza, 24 luglio 2014, n. 98, non sanciva «il mero recepimento della disciplina esterna contenuta nel decreto n. 66 del 2014», ciò che proponeva di fare era «un intervento in piena autonomia, nell'ambito del potere normativo che i Regolamenti di Camera e Senato attribuiscono ai rispettivi organi di Presidenza».

⁶ Al fine di evitare che, in ragione dell'affermata autonomia, si venisse a creare un “vuoto” nel sistema delle garanzie costituzionali, gli organi di giustizia domestica della Camera hanno progressivamente dato luogo alla prassi di un controllo diffuso di costituzionalità, con conseguente disapplicazione della normativa camerale interna contrastante. In tal senso si vedano, in particolare, Collegio App. Camera, 24 febbraio 2014, n. 2; conformemente a Cons. giurisdizione Camera, 25 giugno 2009, nn. 2-16. Si tratta di un approdo piuttosto recente, non accolto dalla più risalente giurisprudenza interna (si veda, Cons. garanzia Senato, 12 giugno 1990, n. 6), che si evidenzia in tutta la sua peculiarità se rapportato al principio di unicità della giurisdizione costituzionale, generalmente accolto nel nostro sistema, assimilandosi piuttosto alla disapplicazione che il giudice nazionale è tenuto a porre in essere in caso di contrasto della legge con il diritto dell'Unione europea. Sul punto sia consentito rinviare diffusamente al mio *Il principio di unicità della giurisdizione costituzionale e la giustizia domestica delle Camere*, in *Federalismi.it*, 10/2014, 14 maggio 2014.

Nel caso di atti normativi interni che si limitano a richiamare le fonti primarie vigenti nell'ordinamento esterno, invece, gli organi costituzionali non darebbero luogo ad una disciplina autonoma e distinta da quella comune, ma si limiterebbero a recepire quest'ultima, per cui, qualora si dovesse dubitare della legittimità costituzionale della disciplina applicabile, il dubbio andrebbe riferito alla fonte esterna e non all'atto normativo interno di mero recepimento. Di fronte a tale eventualità – e per la prima volta nella nostra esperienza costituzionale – gli organi di giurisdizione domestica della Camera dei Deputati⁷ hanno ritenuto necessario sollevare questione di legittimità in via incidentale innanzi alla Corte costituzionale⁸, non potendo trovare applicazione il consueto meccanismo del sindacato interno e della disapplicazione che, in ipotesi, sarebbe stata lesiva delle prerogative della Corte costituzionale, oltre che invasiva di un ambito normativo separato da quello interno alle Camere e rispetto al quale solo si deve riconoscere l'estensione dell'autodichia.

Nel dare soluzione alle questioni di legittimità prospettate, la Corte costituzionale, nella recente sentenza, offre alcuni spunti di riflessione interessanti, anche in una prospettiva più generale sull'autodichia.

Per quanto concerne il controllo di legittimità degli atti normativi interni, la Corte definisce il giudizio con una pronuncia di infondatezza della questione prospettata, ma le argomentazioni addotte investono direttamente il profilo dei controlli in sede di autodichia. Le ragioni dell'infondatezza non sono riposte nella dimostrazione di coerenza tra la disciplina impugnata e i parametri costituzionali invocati (gli artt. 3, 53 e il principio del “giudicato costituzionale” di cui all'art. 136 Cost.), piuttosto in un errore interpretativo in cui sarebbe incorso il giudice domestico nel sollevare la questione.

Infatti, la disciplina del contributo di solidarietà di cui all'art. 1, comma 486, della l. 27 dicembre 2013, n. 147, non sarebbe immediatamente applicabile agli organi costituzionali, essendo questi vincolati solo dal successivo art. 1, comma 487, nei limiti dei “principi” desumibili dal comma precedente. Detto con le parole della Corte «tra le due esaminate disposizioni non sussiste un legame di consequenzialità necessaria, tale che il comma 487 comporti indefettibile applicazione del comma 486, poiché l'applicazione dei soli “principi” da esso desumibili, e non delle regole ivi dettate, è rimessa ad autonoma decisione del soggetto destinatario». L'amministrazione della Camera, quindi, non doveva ritenersi “vincolata” a recepire anche la disciplina di dettaglio (ovvero, la “regola”) dettata dal comma 486; ragion per cui, avendo proceduto in tal senso, «non è ravvisabile affatto quella “coincidenza” contenutistica tra le norme denunciate e la deliberazione dell'Ufficio di Presidenza della Camera impugnata nei procedimenti *a quibus*, come assunta dalla Commissione giurisdizionale rimettente».

Riconducendo tali assunti alle categorie precedentemente esposte, la delibera dell'Ufficio di Presidenza della Camera n. 87 del 2014 non avrebbe contenuto identico a quello della legge, perché, nel recepire entrambi i commi (486 e 487), avrebbe dato luogo ad una disciplina in parte diversa rispetto a quella legale, nella parte in cui ha ritenuto di dare piena attuazione anche alla prima delle due disposizioni. Si tratterebbe, quindi, di un atto normativo interno innovativo, nella misura in cui l'estensione della “regola” del comma 486 è frutto di un'autonoma scelta della Camera e, pertanto, implicitamente sottratta al giudizio della Corte.

⁷ Si vedano Comm. giur. Camera, 10 dicembre 2014, n. 7, e Comm. giur. Camera, 3 marzo 2015, n. 1. La vicenda è occasionata dal ricorso presentato, in sede di autodichia, da alcuni ex dipendenti della Camera che chiedevano l'annullamento della delibera dell'Ufficio di Presidenza, 4 gennaio 2014, n. 87, con cui la Camera aveva recepito i commi 486 e 487, dell'art. 1, della l. 27 dicembre 2013, n. 147, non potendo questi trovare applicazione diretta nell'ambito parlamentare perché atti dell'ordinamento “esterno”. Il regime comune al quale la Camera intendeva rinviare era quello secondo cui «A decorrere dal 1° gennaio 2014 e per un periodo di tre anni, sugli importi dei trattamenti pensionistici corrisposti da enti gestori di forme di previdenza obbligatorie complessivamente superiori a quattordici volte il trattamento minimo INPS, è dovuto un contributo di solidarietà a favore delle gestioni previdenziali obbligatorie, pari al 6 per cento della parte eccedente il predetto importo lordo annuo fino all'importo lordo annuo di venti volte il trattamento minimo INPS, nonché pari al 12 per cento per la parte eccedente l'importo lordo annuo di venti volte il trattamento minimo INPS e al 18 per cento per la parte eccedente l'importo lordo annuo di trenta volte il trattamento minimo INPS».

⁸ Si sarebbe trattato, ad opinione di G.A. FERRO, *Autodichia parlamentare e camouflage dei conflitti interorganici (all'ombra della CEDU)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, 23, di un tentativo – del tutto insufficiente – degli organi di autodichia di «inserirsi a pieno titolo nel novero degli organi costituzionali».

Nulla è possibile dedurre dalla decisione circa l'eventualità che una siffatta disciplina possa comunque essere sottoposta al consueto controllo diffuso interno agli organi di giustizia domestica, lasciando impregiudicata la prassi attuale. Allo stesso modo, non è possibile ricavare elementi prognostici su un giudizio della Corte costituzionale in ipotesi di assoluta coincidenza dei contenuti normativi.

3. *Organi di autodichia come giudici a quibus pur in carenza di una loro natura giurisdizionale (speciale)*

L'unico dato certo che si può ricavare dalla decisione attiene alla legittimazione della Commissione giurisdizionale a sollevare questione di legittimità costituzionale quale giudice *a quo*, trattandosi di «organo di autodichia, chiamato a svolgere, in posizione *super partes*, funzioni giurisdizionali per la decisione di controversie [...] per l'obiettiva applicazione della legge». Statuizione destinata ad avere implicazioni di carattere generale anche sulla successiva decisione della Corte in materia di autodichia.

La questione della natura giurisdizionale o meno degli organi di autodichia (come giudici speciali) è sempre stata dibattuta, così come controversa era la loro legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale⁹. Nella decisione in esame la Corte ha compiuto un ragionamento analogo a quello compiuto in passato per riconoscere la medesima legittimazione agli arbitri in sede di arbitrato rituale¹⁰, ma la stessa conclusione poteva trovare per gli organi di autodichia un ostacolo nella giurisprudenza costituzionale elaborata in materia di controllo sulle leggi elettorali¹¹, dalla quale pareva dedursi una sostanziale carenza di legittimazione a sollevare questioni incidentali da parte delle Giunte per le elezioni.

Nel caso in esame, tuttavia, la Corte ha compiuto una valutazione di ordine sostanziale, sì, ma senza tenere nel dovuto conto le implicazioni concernenti la terzietà-indipendenza dell'organo giudicante domestico¹²; e se è pur vero che non sono mancati casi in passato nei quali la Corte ha riconosciuto natura giurisdizionale a determinati organi "ai limitati fini" della prospettazione di questioni di legittimità costituzionale, ossia senza indagare a fondo la sussistenza di tutti gli elementi tipici caratterizzanti una giurisdizione¹³, le ricadute in prospettiva di tale riconoscimento potrebbero essere determinanti.

⁹ Osservava, però, R. IBRIDO, *Gli organi di autodichia delle Camere quali "giudici a quo"? A proposito di una recente ordinanza di remissione*, in *Quad. cost.*, 2015, 170, che la Corte costituzionale difficilmente avrebbe potuto negare la legittimazione degli organi di autodichia a sollevare questioni di legittimità costituzionale dopo che la Corte EDU aveva riconosciuto espressamente la natura giurisdizionale di questi organi nella nota sentenza *Savino*; tesi della natura giurisdizionale speciale degli organi di autodichia sostenuta anche dalla risalente giurisprudenza della Corte di cassazione. Va, ad ogni modo, rilevato che "naturale corollario" della natura giurisdizionale di un organo sarebbe la ricorribilità per violazione di legge avverso le proprie decisioni in Cassazione. Cfr. S.P. PANUNZIO, *Sindacabilità dei regolamenti parlamentari, tutela giurisdizionale degli impiegati della Camera e giustizia della politica nello Stato costituzionale di diritto*, in *Giur. cost.*, 1978, 283 s.; P. DI MUCCIO, *L'autodichia parlamentare sugli impiegati delle camere*, in *Dir. soc.*, 1990, 138 s.; F.G. COCA, *Autodichia e Stato di diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 25 ss.

¹⁰ Si veda, in particolare, [Corte cost., sent. 28 novembre 2001, n. 376](#).

¹¹ Si vedano, in combinato tra loro, [Corte cost., sent. 13 gennaio 2014, n. 1](#), e [Corte cost., sent. 15 giugno 2015, n. 110](#). Nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale della legge elettorale europea, la Corte ha ritenuto che in questo caso avrebbe piena ed espressa operatività il sistema di tutela giurisdizionale comune contro gli atti elettorali. Non sarebbe così, invece, per le elezioni parlamentari perché in quella sede, come già riconosciuto con la [sentenza n. 1 del 2014](#), opererebbe la riserva dell'art. 66 Cost. che sottrae il controllo dei risultati elettorali al giudice comune per affidarlo alle Camere di appartenenza degli eletti.

¹² Con riferimento agli organi di autodichia la Corte avrebbe potuto orientare la propria valutazione dando prevalenza a due distinti canoni di giudizio: quello della posizione terza dell'organo (rispetto alla quale la legittimazione poteva essere dubbia); ovvero quello del carattere "para-giurisdizionale" della funzione svolta (rispetto al quale si sarebbe potuta ammettere la legittimazione, criterio risultato poi prevalente).

¹³ Per un approfondimento sui casi in cui la Corte ha operato un riconoscimento della natura giurisdizionale di determinati procedimenti, "ai limitati fini" di sollevare una questione di legittimità costituzionale, si vedano E. MALFATTI,

D'altra parte, la legittimazione "ai limitati fini", nella sua essenza concreta, avrebbe proprio lo scopo di superare le "strettezze" della natura giurisdizionale dell'organo al fine di sollevare questioni di legittimità costituzionale, quasi escludendo tale natura e prendendo a fondamento la posizione *super partes* e di soggezione dell'organo alla legge. Ciò vale a dire che il profilo concernente la natura di giurisdizione speciale dell'autodichia e la legittimazione degli organi di giustizia domestica a sollevare questioni di legittimità costituzionale non procedono in parallelo, ma seguono due percorsi distinti, come la più recente sentenza 13 dicembre 2017, n. 262¹⁴ sembra confermare.

L'attenzione deve essere, infatti, posta a questa recente pronuncia con cui la Corte costituzionale ha risolto i conflitti di attribuzione sollevati dalla Corte di cassazione contro Senato e Presidenza della Repubblica, proprio in merito alla legittimità dei rispettivi organi di giustizia domestica.

In questa più recente occasione la Consulta ha avuto modo di precisare che la possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale da parte degli organi di autodichia sarebbe espressiva del carattere "oggettivamente giurisdizionale" della loro attività, per le medesime ragioni che aveva anticipato nella [sentenza n. 213](#) di poco precedente. Ciò non contrasterebbe con l'assunto secondo il quale – come si osserva nella medesima decisione – gli organi di autodichia non potrebbero essere qualificati quali organi giurisdizionali speciali in quanto estranei all'organizzazione della giurisdizione, da cui la sottrazione delle rispettive decisioni al sindacato di legittimità della Cassazione e la coerenza rispetto al divieto di introdurre nuovi giudici speciali di cui all'art. 102 Cost.¹⁵.

In conclusione, pur negandosi la loro natura di giurisdizioni speciali¹⁶, ciò non va ad incidere sulla loro legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale, non dipendendo questa, ad opinione della Corte, da un aspetto puramente soggettivo (anche se la Corte, in modo all'apparenza contraddittorio, utilizza per essi la qualifica di "giudici").

4. I "segnali" sulla legittimità della giustizia domestica e dell'autocrazia all'esito dei conflitti d'attribuzione

Seppur con riferimento ad un aspetto incidentale, l'*obiter* sulla legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale da parte degli organi di autodichia aveva offerto numerosi spunti per riflettere sui possibili esiti dei conflitti successivamente decisi con [sentenza n. 262 del 2017](#).

Tra le alternative prospettabili, oltre a quella di "spettanza" agli organi coinvolti, potevano annoverarsi una radicale illegittimità della giustizia domestica, ovvero, in via "minimale", la sola illegittimità per la non ricorribilità in Cassazione avverso le decisioni degli organi di autodichia.

La [sentenza n. 213 del 2017](#) pare dare per presupposta l'idoneità degli organi di autodichia a decidere le controversie domestiche in posizione di indipendenza e con obiettiva applicazione del

S. PANIZZA e R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, 89 s.; e A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 203 s.

¹⁴ Sulla quale si vedano R. DICKMANN, *La Corte costituzionale consolida l'autodichia degli organi costituzionali*, in [Federalismi.it](#), n. 24/2017, 20 dicembre 2017; N. LUPO, *Sull'autodichia la Corte Costituzionale, dopo lunga attesa, opta per la continuità (nota a Corte Cost. n. 262 del 2017)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), n. 12/2017, 21 dicembre 2017.

¹⁵ [Corte cost., sent. 13 dicembre 2017, n. 262](#), stabilisce che «La tutela dei dipendenti è quindi assicurata non già attraverso un giudice speciale ex art. 102 Cost., ma mediante organi interni non appartenenti all'organizzazione giudiziaria, in tanto giustificati in quanto finalizzati alla migliore garanzia dell'autonomia dell'organo costituzionale».

¹⁶ Ponendosi, in tal senso, nel segno della discontinuità rispetto al prevalente orientamento della Corte di cassazione, la quale, salvo rare eccezioni, ha sempre sostenuto la natura giurisdizionale speciale degli organi di autodichia. In particolare si vedano, Cass. civ., S.U., 28 novembre 1985, n. 6943; Cass. civ., S.U., 10 aprile 1986, n. 2546; Cass. civ., S.U., 23 aprile 1986, n. 2861; Cass. civ., 18 novembre 1988, n. 6241.

diritto, soluzione che, al più, poteva essere compatibile con un accoglimento “minimale” della Corte, ma che, di fatto, era un segno fortemente indicativo nel senso della compatibilità dell’autodichia ai principi costituzionali.

Difatti così è stato, ovvero la Corte, nel risolvere il conflitto a favore della spettanza a Senato e Presidenza nel prevedere organi di giustizia domestica, ha posto l’accento proprio sulla loro “oggettiva” idoneità a garantire, allo stesso tempo, un indipendente esercizio delle funzioni ed una effettiva tutela dei diritti individuali, ma solo quando la loro composizione avvenga secondo modalità in grado di garantire indipendenza ed imparzialità. Aspetto che resta, ad ogni modo, controverso, anche dopo la recente decisione.

A ciò va aggiunto che la Corte si è trovata di fronte ad un altro problema di difficile soluzione. Le vicende dell’autodichia, che apparentemente sembrano essere svincolate da ragioni di ordine sostanziale, trattandosi in ogni caso di un giudizio che verte solo ed esclusivamente sulla legittimità della giustizia domestica, in realtà si legano strettamente al profilo sostanziale concernente l’autocrazia. E di questo la Corte ha avuto perfetta cognizione nella [sentenza n. 262 del 2017](#). Non si sarebbe potuto, in sostanza, pensare ad un superamento dell’autodichia e al mantenimento dell’autocrazia. Il primo e più immediato problema a porsi sarebbe stato quello sull’applicazione del diritto da parte del giudice: ovvero, un giudice comune che non avrebbe dovuto dare attuazione al “diritto comune”, ma a quello recepito con proprie delibere dalle amministrazioni degli organi costituzionali, con verosimile pregiudizio del principio costituzionale di “esclusiva soggezione alla legge” (art. 101 Cost.).

Problema che sarebbe rimasto immutato anche nell’ipotesi in cui si fosse giunti ad ammettere il ricorso in Cassazione avverso le decisioni rese in autodichia per violazione di legge – così come adombrato anche dal giudice relatore, Giuliano Amato, all’udienza del 26 settembre 2017. La Corte di cassazione, chiamata ad assolvere la funzione nomofilattica quale garante dell’uniforme interpretazione del diritto, si sarebbe trovata di fronte alla difficoltà di accertare la violazione di legge (*ex art. 111 Cost.*) proprio in riferimento ad atti che tali non sono, perché riconducibili al diritto, per così dire, autoprodotta da ciascun organo.

La soluzione auspicabile sarebbe stata, ovviamente, quella del superamento congiunto del sistema di autocrazia-autodichia, in modo da adeguare il sistema delle garanzie proprie degli organi costituzionali a quelle dello stato di diritto¹⁷, anche in ragione del senso spiegato dal “nesso funzionale” cui pare riferirsi la sentenza della [Corte costituzionale n. 120 del 2014](#)¹⁸.

La soluzione adottata dalla Consulta è stata, però, di segno completamente opposto. Vista l’inscindibile connessione tra aspetti “sostanziali” dell’autocrazia e aspetti “processuali” dell’autodichia, la Corte ha posto la seconda come diretta derivazione della prima nel senso che la potestà di dettare le norme relative al rapporto di lavoro con i dipendenti, fondata sull’autonomia dell’organo di modo che «il buon esercizio delle alte funzioni costituzionali attribuite agli organi in questione dipende [...] dalle modalità con le quali è selezionato, normativamente disciplinato, organizzato e gestito il personale», non potrebbe prescindere dagli organi di giustizia domestica che assicurano «che l’interpretazione e l’applicazione della specifica normativa approvata in materia dagli organi costituzionali sia sottratta ad ingerenze esterne».

In questo modo verrebbero superate in un solo colpo le questioni relative all’applicazione del diritto “domestico” ad opera dei giudici comuni, al prezzo però di dar luogo ad una contraddizione difficilmente sanabile: l’aver affermato la stretta funzionalità dell’autodichia rispetto all’autonomia dell’organo, negando allo stesso tempo la sua natura giurisdizionale, in sostanza ha consentito che

¹⁷ Ovvero, come osservato dal giudice Giuliano Amato sempre nella medesima udienza, “si riconducono le disposizioni interne ai principi dell’ordinamento dello Stato”.

¹⁸ In ragione della quale, bisogna ricordarlo, «le vicende e i rapporti che ineriscono alle funzioni primarie delle Camere sicuramente ricadono nella competenza dei regolamenti e l’interpretazione delle relative norme regolamentari e sub-regolamentari non può che essere affidata in via esclusiva alle Camere stesse [...]. Se altrettanto valga per i rapporti di lavoro dei dipendenti e per i rapporti con i terzi, è questione controversa». Circa il nesso che deve sempre legare una “prerogativa” alla “funzione” si veda G. BUONOMO, *L’autodichia parlamentare di nuovo in Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2013, 936.

per determinate situazioni, ancora una volta, non possa valere quella “grande regola dello Stato di diritto” di romaniana memoria¹⁹.

Le ampie argomentazioni espresse dalla Corte nel tentativo di fornire un quadro dell'autodichia conforme, sotto l'aspetto funzionale e della composizione, ai principi costituzionali non riescono a superare un dato di ordine sistematico: ci sono determinate vicende sottratte alla giurisdizione ed affidate al controllo di organi che “soggettivamente” non appartengono ad essa, e ciò sulla base di un bilanciamento non del tutto simmetrico, dove a prevalere sarebbe il principio dell'autonomia dell'organo (sul quale l'autodichia si fonderebbe) rispetto al diritto alla tutela giurisdizionale, annoverato dalla Corte «tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio»²⁰.

Tornando, in conclusione, alle questioni inizialmente poste, la [sentenza n. 213 del 2017](#) non chiudeva definitivamente il discorso sull'illegittimità dell'autodichia (trattandosi all'evidenza di questioni diverse), ma sicuramente lasciava presagire sviluppi difficilmente orientati nel segno del superamento dell'autodichia e della connessa autocrinia.

“Ambigue” apparivano anche le statuizioni della Corte in merito alla natura degli organi di giurisdizione domestica. La lettura congiunta delle due sentenze sopra citate, seppur nel segno della continuità rispetto alla precedente giurisprudenza sulla legittimazione “ai limitati fini”, attribuisce e nega la qualifica di “giudice” a seconda del profilo analizzato: gli organi di autodichia sono “giudici” quando devono sollevare questioni di legittimità costituzionale (ma solo su atti normativi meramente recettivi) e per la tutela che offrono ai singoli, ma non sono giudici al fine di sottoporre le loro decisioni al controllo della Corte di cassazione, né sarebbero giudici speciali per non incorrere nella violazione dell'art. 102 Cost.²¹. Probabilmente sarebbe stato preferibile anteporre alla decisione sulla questione di costituzionalità sollevata dagli organi di autodichia una decisione della Corte che, una volta statuito sulla legittimità o meno dell'autodichia in sede di conflitto, avesse optato per una presa di posizione più netta sulla sua natura o meno giurisdizionale²².

¹⁹ S. ROMANO, *Gli atti di un ramo del parlamento e la loro pretesa impugnabilità dinanzi alla IV sezione del Consiglio di stato*, in *Il circolo giuridico*, 1899, 77 s.

²⁰ [Corte cost., sent. 22 gennaio 1982, n. 18](#). In particolare desta perplessità il passaggio in cui la Corte afferma che la preclusione nell'accesso al giudice comune non si traduce in un'assenza di tutela. Infatti, la limitazione sarebbe «compensata dall'esistenza di rimedi *interni* affidati ad organi che, *pur inseriti nell'ambito delle amministrazioni in causa*, garantiscono, quanto a modalità di nomina e competenze, che la decisione delle controversie in parola sia assunta nel rispetto del principio d'imparzialità» (Corsivo dell'autore). Il semplice inserimento di un organo giudicante nell'ambito dell'amministrazione in causa sarebbe sufficiente a far dubitare dell'adeguatezza di ogni misura che fosse diretta a garantirne l'indipendenza.

²¹ Circa le “ambiguità” della Corte sulla natura degli organi di autodichia v. N. LUPO, *Sull'autodichia la Corte Costituzionale, dopo lunga attesa, opta per la continuità*, cit., 4.

²² Il senso concreto di questa affermazione si può comprendere attraverso il raffronto con l'altra ipotesi peculiare di riconoscimento della legittimazione a sollevare questioni per soggetti che difettavano della qualifica formale di “giudice”, vale a dire per gli arbitri in arbitrato rituale. In quest'ultimo caso, infatti, la natura “giurisdizionale oggettiva” assume pieno valore nella misura in cui la devoluzione della controversia ad arbitri non preclude un effettivo controllo giudiziale in sede di impugnazione del lodo, accesso alla giurisdizione che sarebbe, invece, del tutto precluso nell'ipotesi dell'autodichia la quale, ove fosse “giurisdizione in senso oggettivo”, lo sarebbe in modo imperfetto.

Luca Grimaldi* – Cosimo Pietro Guarini**

**Su alcuni conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato sollevati a seguito della
«situazione venutasi a creare» con le ultime leggi elettorali
(a margine delle [ordinanze nn. 277 e 280 del 2017](#))*****

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *Sui profili soggettivi dei conflitti nell’[ordinanza n. 277 del 2017](#) ... – 2.1. (Segue) ... e nell’[ordinanza n. 280 del 2017](#)*. – 3. *Questione di fiducia e presunta «coartazione» del dibattito parlamentare» nei casi di specie*. – 3.1. (Segue) *I rischi di menomazione del potere di emendamento del parlamentare derivanti dal voto sottoposto a fiducia*.

1. *Premessa*

Con le [ordinanze nn. 277 e 280](#) del 12 dicembre 2017 (depositate in cancelleria, rispettivamente, il 20 e il 21 dicembre 2017), la Corte costituzionale ha dichiarato l’inammissibilità di quattro ricorsi per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (iscritti ai nn. 4, 5, 6 e 7 del relativo registro) promossi, il primo, nei confronti del Governo e, gli altri tre – poi riuniti nel giudizio costituzionale «presentando argomentazioni in larga parte sovrapponibili» ([ord. n. 280](#)) – «nei confronti della Camera dei deputati e, ove occorra, del Governo» (ricorsi nn. 5 e 6) nonché «nei confronti delle due Camere che compongono il Parlamento nazionale e, ove occorra, del Governo» (ricorso n. 7) a seguito della «situazione venutasi a creare» con la legge 6 maggio 2015, n. 52, recante «*Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati*», meglio nota come *Italicum*, e con l’approvazione degli atti parlamentari di Camera e Senato, poi divenuti la legge 3 novembre 2017, n. 165, recante «*Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali*», meglio nota come *Rosatellum-bis*.

Innanzitutto, non si può fare a meno di notare come dalle due decisioni emerga un certo “disagio” della Corte costituzionale nell’affrontare la vicenda in esame, caratterizzata da ricorsi strutturati in modo alquanto discutibile¹ con riferimento alla qualificazione dei soggetti che li hanno proposti, alla inequivoca individuazione dei poteri contro cui sono stati sollevati, al *petitum* e all’uso non proprio residuale dello strumento processuale *de quo*. Seppur con enfasi differente fra le due ordinanze, in misura direttamente proporzionale al tasso di approssimazione dell’incedere argomentativo dei rispettivi ricorsi, il “rimprovero” della Consulta ha riguardato le modalità di esperimento degli stessi, le ridondanze non necessarie, le contraddizioni logiche e le forzature ermeneutiche ivi contenute. Tutte assieme considerate, esse hanno concorso allo scadimento dell’imprescindibile «tono costituzionale»² che dovrebbe contraddistinguere l’accesso al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato dando l’impressione che, in questa occasione, i ricorrenti abbiano (più o meno consapevolmente) travalicato i confini della normale dialettica costituzionale per

* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

*** Il presente contributo, pur essendo il frutto di riflessioni condivise, è direttamente riferibile, quanto ai §§ 1, 2 e 2.1, a Cosimo Pietro Guarini e, quanto ai §§ 3 e 3.1, a Luca Grimaldi.

¹ Decisamente severo è il giudizio sui contenuti dei ricorsi *de quibus* di S. CECCANTI, *Leggi elettorali: i rischi di “benaltrismo costituzionale” nei ricorsi*, in [Nomos. Le attualità nel diritto](#), 2017, n. 3, 17 ss., 17, secondo il quale un conto è allargare le maglie dell’ammissibilità dei conflitti tra poteri «(come teorizzato nella [sentenza 1/2014](#)) per evitare “zone grigie” del sindacato di costituzionalità e un altro è ritrovarsi costantemente esposti a ogni sorta di ricorso sempre più fantasioso nelle procedure e nei contenuti».

² Secondo la nota espressione di C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di «potere» e di «conflitto» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 110 ss., 113.

trascendere in quelli della propaganda³, con il potenziale effetto di “trascinare” l’alto ufficio del Giudice dei conflitti nell’agone politico⁴.

Ciò è stigmatizzato, senza sconto alcuno, soprattutto nell’[ordinanza n. 280](#) in cui è dato leggere che «le carenze degli atti introduttivi dei conflitti *non mettono la Corte costituzionale in condizione di deliberare sul merito dei conflitti stessi* perché nessuno dei tre ricorsi individua in modo chiaro e univoco i poteri ricorrenti, le competenze costituzionali menomate e l’oggetto della pretesa» (*corsivo n.d.r.*).

Ad ogni modo, tra i profili che appaiono, *prima facie*, meritevoli di approfondimento vi sono quelli relativi alla questione della legittimazione processuale di soggetti parlamentari e di cittadini-elettori, *uti singuli* o riuniti in (e rappresentati da) associazioni private, al conflitto tra poteri e quelli relativi al presunto abuso, nel caso concreto, dell’utilizzo della questione di fiducia e della conseguente incidenza di tale abuso sulla tutela del «corpo elettorale» quale espressione della sovranità popolare, sulla libertà di voto dei parlamentari e sull’esercizio del loro libero mandato nonché, più in generale, sulla forma di governo parlamentare; in definitiva, sull’intera dinamica della rappresentanza politica nazionale.

2. Sui profili soggettivi dei conflitti nell’[ordinanza n. 277 del 2017](#) ...

Quanto ai profili soggettivi, gli spunti più interessanti emergono senz’altro dall’[ordinanza n. 277](#), che decide dell’(in)ammissibilità del conflitto sollevato nei confronti del Governo «in relazione alla delibera del Consiglio dei ministri del 10 ottobre 2017, con la quale è stato dato l’assenso a porre la questione di fiducia sull’approvazione, senza emendamenti né articoli aggiuntivi, degli artt. 1, 2 e 3 del testo unificato delle proposte di legge n. 2352 e abbinata, recante “*Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali*”, e all’atto con il quale, nella medesima giornata, il Governo, tramite il Ministro per i rapporti con il Parlamento, ha posto, alla Camera dei deputati, la questione di fiducia sui menzionati articoli».

Il ricorso è stato promosso congiuntamente da un singolo parlamentare, da un singolo elettore e da un’associazione privata che ha tra le sue finalità statutarie «la tutela dei diritti dei cittadini» (il CODACONS). I ricorrenti hanno assunto di essere legittimati in quanto, rispettivamente, il primo, «in rappresentanza del Senato», «vedrebbe “vanificato il proprio mandato elettivo” e le prerogative costituzionali garantitegli, quale parlamentare, dagli artt. 58, 67, 70 e 72 della Costituzione»; il

³ Non diversamente si ritiene di poter qualificare alcuni passaggi del ricorso pubblicato in [Nomos. Le attualità nel diritto](#), 2017, n. 3, *Allegato 2*, quali: «varie proposte parlamentari (...) sono state accantonate – con la forza del veto di questa o quella forza politica di grandi dimensioni – nel vistoso tentativo di conseguire vantaggi di parte, tenendo in ostaggio la legge elettorale» (32); oppure «parlamentari in carica – che si trovano nella *nebulosa condizione di non poter pienamente apportare il proprio contributo alla vita pubblica nazionale*, per il banale motivo che le regole del gioco elettorale sono rimesse ad un accordo delle forze politiche principali, imposte “all’ultimo minuto” con una vistosa forzatura procedurale» (33); o, ancora, «l’effetto di totale costrizione fu ottenuto, in sede di esame dell’*Italicum*, respingendo le molteplici proposte emendative di una legge elettorale unitaria per le due Camere: *reiezione conseguita adoperando congiuntamente il ricatto politico delle elezioni anticipate* (usurpando con ciò le prerogative del Presidente della Repubblica, e *calpestando il senso costituzionale della forma di governo parlamentare*), la questione di fiducia, nonché altre varie forzature regolamentari» (29-30) (*corsivo n.d.r.*). Anche S. CECCANTI, *Legge elettorale: i rischi di “benaltrismo costituzionale” nei ricorsi*, cit., 19, ammonisce sulla necessità di tornare «a distinguere bene gli argomenti costituzionali da quelli politici: ne guadagneranno entrambe le sfere di discussione».

⁴ È, peraltro, noto come la dottrina si interroghi da lungo tempo sulla natura anfibia della Corte costituzionale che oscilla tra quella “giurisdizionale” e quella “politica”. Si ritiene, però, che un conto sia la natura politica in senso lato delle decisioni della Corte – e non pare essere in dubbio che quelle su leggi elettorali possano avere tale caratteristica – altra cosa sia “utilizzare” la Consulta (e il contenzioso costituzionale) come strumento di azione politica o come ulteriore propaggine in cui far valere posizioni politiche che possano dare visibilità elettorale. Sulla tematica v. il recente contributo di R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorosso ad un anno dalla scomparsa, in [Rivista AIC](#), 2017, n. 3, e ivi i riferimenti alla migliore dottrina costituzionalistica.

secondo, in ragione di una più generica «qualità di elettore e rappresentante del corpo elettorale»; la terza perché agirebbe a tutela dei cittadini «nella loro qualità di elettori» e, dunque, anch'essa «quale rappresentante del corpo elettorale».

La scelta di voler accedere al Giudice dei conflitti congiuntamente, però, piuttosto che dare “forza” al ricorso lo ha indebolito significativamente nella misura in cui «la prospettazione dei ricorrenti è resa incerta dal carattere cumulativo e congiunto del ricorso e dalla circostanza che le censure in esso contenute sono presentate senza considerazione della diversità delle rispettive qualificazioni». Quand'anche, però, i ricorrenti non avessero optato per una siffatta strategia di accesso alla Corte, è innanzitutto dall'esame distinto della loro posizione che sarebbero (e sono), comunque, emersi problemi di legittimazione al conflitto⁵. I giudici della Consulta, infatti, si sono limitati a suggellare gli arresti cui erano già giunti in passato con riferimento alle tre categorie di soggetti promotori del ricorso, senza ulteriori aperture, certamente non agevolate dall'articolazione confusa dei profili della controversia costituzionale instaurata.

Con riferimento alla legittimazione soggettiva del singolo cittadino, seppur nella «qualità di elettore», la Corte è stata, all'uopo, più *tranchant* di quanto non lo fosse stata nell'[ordinanza n. 256 del 2016](#). In quell'occasione il tenore ostativo era apparso meno aspro di quello che aveva caratterizzato precedenti pronunce nelle quali la perentoria affermazione secondo la quale «*in nessun caso il singolo cittadino può ritenersi investito di una funzione costituzionalmente rilevante tale da legittimarlo a sollevare conflitto di attribuzione*»⁶ aveva ceduto il passo ad una affermazione *ad excludendum* più contestualizzata a tenore della quale la «qualità di cittadino elettore non comporta che esso sia “investito” di una funzione costituzionalmente rilevante tale da legittimarlo a sollevare conflitto di attribuzione». Nella decisione in esame, invece, funestando le timide aperture espresse in merito da una parte della dottrina⁷, è tornata la netta chiusura a tale ipotesi dal momento che in nessun caso «il singolo cittadino, seppure vanti la qualità di elettore, è investito di funzioni tali da legittimarlo a sollevare conflitto di attribuzione, *non essendogli conferita, in quanto singolo, alcuna attribuzione costituzionalmente rilevante*» (*corsivo n.d.r.*). La Corte costituzionale, in proposito, ha persino evitato di edulcorare tale sua posizione, come invece fatto in precedenti occasioni, con la precisazione di non volere che, per il tramite dell'ammissione al conflitto di un cittadino, si possa innescare un improprio accesso in via diretta alla giustizia costituzionale⁸.

Quanto alla legittimazione soggettiva del CODACONS, v'è da rimarcare che tale associazione privata, improvvidamente, non ha mutato in nulla la prospettazione con la quale aveva già adito il Giudice costituzionale nel 2016 ritenendosi, ora come allora, legittimata a sollevare il conflitto «quale espressione del corpo elettorale, che può essere annoverato tra i poteri dello Stato, chiamato ad esprimere il diritto di cui all'art. 48 della Costituzione». Rifacendosi giustappunto all'[ordinanza](#)

⁵ Già prima delle decisioni in esame, G. BUONOMO, *La zona franca e la legge elettorale: perché il conflitto endorganico chiude il cerchio*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2017, n. 3, 11 ss., riteneva poco perspicuo che i ricorsi fossero stati sollevati anche da cittadini elettori e dal Codacons. Secondo l'A., invece, «più che fare capo ad un organo esponenziale del “popolo sovrano” – che sarebbe costituito dal “Corpo elettorale”, costituito da tutti i cittadini ai quali è riconosciuta la capacità elettorale – sarebbe allora più congruo ricercare, nella menomazione delineata, un altro possibile soggetto esponenziale di un interesse qualificato, in rapporto al procedimento legislativo: un soggetto che, soccombente al vizio *in procedendo* inferto, esca dall'indistinto “Corpo elettorale” e possa autonomamente qualificarsi come potere dello Stato, ai fini dei “conflitti di attribuzione”, di cui all'art. 37 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 87» (13).

⁶ Cfr. in tal senso le ordinanze 6 luglio 1988, s. n.; [14 luglio 2006, n. 296](#); [11 aprile 2008, n. 99](#); [30 maggio 2008, n. 189](#); [16 luglio 2008, n. 284](#); [23 dicembre 2008, n. 434](#); [20 marzo 2009, n. 85](#); [7 aprile 2011, n. 121](#); [28 novembre 2016, n. 256](#), ad eccezione dell'ordinanza 6 luglio 1988, s. n., in *Giur. cost.*, 1988, I, 4797 ss.

⁷ Cfr. R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, 150, il quale ne fa questione rispetto alla «posizione che il singolo viene a ricoprire rispetto a certi meccanismi decisionali», quindi sia quando, smesse le vesti di privato, assuma una «determinata funzione», sia quando, assunta la «veste di elettore», quest'ultima «si accompagni all'esercizio di un'attribuzione specifica».

⁸ Elemento la cui presenza aveva spinto, invece, F. FABRIZZI, *Gli “esclusi” dai conflitti tra poteri dello Stato*, in *Federalismi.it*, 21 settembre 2011, 6, a non escludere «in via del tutto astratta (...) il riconoscimento al singolo cittadino della legittimazione a sollevare conflitto in difesa di diritti» e, in particolare, a tutela di quei diritti la cui violazione discenda da atti dei pubblici poteri diversi da quelli che assumono forma legislativa.

[n. 256 del 2016](#)⁹, la Consulta, anche in questa occasione, ha seccamente affermato che essa non è titolare di funzioni costituzionalmente rilevanti, bensì delle sole situazioni soggettive spettanti alle «organizzazioni proprie della società civile» e non può in alcun modo considerarsi «potere dello Stato» ai sensi dell'art. 134 Cost.

Maggiori aspettative potevano, invece, riporsi a proposito della legittimazione del singolo parlamentare¹⁰. Non mancano, difatti, spunti per ritenere che siano maturi i tempi per documentare un conflitto tra poteri di cui sia parte sostanziale un rappresentante della Nazione¹¹. Anche sotto tale profilo, però, la Corte costituzionale non ha “sorpreso” gli osservatori e non è andata oltre la riproposizione dell'affermazione secondo cui rimane «impregiudicata (...) la configurabilità di attribuzioni individuali di potere costituzionale per la cui tutela il singolo parlamentare sia legittimato a promuovere un conflitto fra poteri». Tale asserzione, definita tempo addietro dalla dottrina come una vera e propria «clausola di sicurezza»¹², parrebbe, invece, oggi assumere le vesti più prosaiche di una mera “clausola di stile” considerato il numero di volte in cui è ritornata nelle decisioni della Consulta senza che vi sia mai stata concreta legittimazione del singolo parlamentare¹³.

Certo, il caso di specie era, forse, il meno indicato per aspettarsi qualcosa di più. È davvero singolare, difatti, che il conflitto sia stato sollevato da un senatore della Repubblica per lamentare una violazione del procedimento parlamentare svoltosi presso la Camera dei deputati, rendendo facile al Giudice costituzionale sostenere che, «non riguardando tale procedimento alcuna competenza o prerogativa di un senatore», la doglianza si configura come «*meramente ipotetica*» e il conflitto come «*preventivo*».

Tale erronea prospettazione, associata alla inammissibile pretesa del parlamentare di voler “rappresentare” nel conflitto contro il Governo «l'intero organo cui appartiene»¹⁴, ha, pertanto, “consentito”, per così dire, alla Consulta di non soffermarsi sul profilo oggettivo, che purtuttavia ammette sussistere in astratto, della idoneità della questione di fiducia posta dal Governo nell'occasione concreta (quindi, su legge elettorale) di incidere, menomandole, «sulle attribuzioni costituzionali dei membri del Parlamento, che rappresentano la Nazione senza vincolo di mandato (art. 67 Cost.)». Profilo che non consente, però, di accomunare, come invece adombrato dai ricorrenti, la posizione del parlamentare a quelle del singolo cittadino e del CODACONS «giacché gli atti che si innestano nel procedimento legislativo sono inidonei a ledere la sfera di soggetti estranei alle Camere».

Risalta, pertanto, fra le righe della pronuncia in esame l'inconsistenza delle argomentazioni contenute nei ricorsi in ordine al rapporto tra l'*iter legis* derivato (e così come derivato)

⁹ In tale ordinanza, tra l'altro, la Corte costituzionale, ad ulteriore implicito riscontro della temerarietà della tesi della ricorrente, ricordava di non aver ammesso al conflitto tra poteri nemmeno i partiti politici (cfr., da ultima, l'[ordinanza n. 120 del 2009](#), commentata da M. MEZZANOTTE, *Partiti politici e legittimazione al conflitto: una chiusura ancora giustificata?*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 11 settembre 2009).

¹⁰ Cfr., in tal senso, le osservazioni di G. SERGES, *Notazioni minime a margine del conflitto tra parlamentari e Camera*, in [Nomos. Le attualità nel diritto](#), 2017, n. 3, 33 ss.

¹¹ Sulla questione, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a C.P. GUARINI, *Spunti ricostruttivi sulla (problematica) legittimazione del singolo parlamentare al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in [Rivista AIC](#), 2017, n. 4.

¹² Così la definisce N. ZANON, *La rappresentanza della nazione e il libero mandato parlamentare*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 17, Il Parlamento*, Torino, 2001, 683 ss., 692; ID., «*Sfere relazionali*» riservate a Parlamento e Magistratura e attribuzioni individuali del singolo parlamentare: una distinzione foriera di futuri sviluppi?, in *Giur. cost.*, 1998, 1481 ss.

¹³ V. le [ordinanze 20 maggio 1998, n. 177](#); [14 aprile 2000, n. 101](#); [17 luglio 2009, n. 222](#); [16 giugno 2016, n. 149](#).

¹⁴ In tal senso, la Corte costituzionale ha rigettato, una volta di più, la tesi, pure adombrata in dottrina, di «concorrenza potenziale tra la legittimazione tanto del singolo parlamentare quanto della camera di appartenenza», escludendo «la tesi dell'assorbimento dell'interesse del singolo parlamentare nell'organo assembleare, stante non solo l'autonoma rilevanza di esso, ma anche l'attualità dell'interesse» (cfr. A. MORRONE, *Note sul ricorso del singolo parlamentare per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), «*Il caso Previti*». *Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, Torino, 2000, 121 ss., 134).

dall'apposizione della questione di fiducia e le (presunte) lesioni delle prerogative dell'elettore ("proteiformemente" individuato ora come soggetto rappresentato dal CODACONS, ora come cittadino, ora come parlamentare) che da ciò conseguirebbero. Difatti, anche a voler astrattamente prescindere dalla sua legittimazione quale parte attiva in un conflitto tra poteri, il summenzionato rapporto, se inquadrato correttamente (ovvero in termini di "separazione" e sostanziale "chiusura" degli *interna corporis* parlamentari rispetto all'esercizio delle prerogative ed alle rivendicazioni dell'elettore richiamate nei ricorsi), non consente in alcun modo di configurare effetti costituzionalmente rilevanti sulla sfera di attribuzioni di un singolo elettore poiché non vi sarebbe in capo a questi, così come sottolineato dalla Corte costituzionale, una «pubblica funzione costituzionalmente rilevante e garantita» menomabile in forma concreta ed attuale. In sostanza, al di là della aleatoria presunzione del CODACONS di poter andare, in questa specifica sede, oltre la rappresentanza di mere situazioni soggettive di «organizzazioni proprie della società civile», ci si può limitare a rilevare che è la stessa sfera di attribuzioni del singolo elettore, così come invocata dai ricorrenti, ad essere carente, prima ancora di quella del soggetto che pretende di rappresentarne le istanze. Nel caso *de quo*, infatti, mancherebbero, a differenza di altri casi (sia pure di diversa natura e in alcun modo assimilabili a quello in questione) in cui l'elettore agisce unitamente ed in concorso con altri elettori – quale frazione del corpo elettorale a cui è riconosciuto, tra l'altro, il potere di richiedere un referendum e la possibilità di essere rappresentata a tale fine da un comitato promotore – le specifiche attribuzioni costituzionalmente tutelate. L'elettore, in altri termini, oltre a non poter essere un soggetto attivo nel conflitto in esame, non può, in ultima analisi, subire la menomazione di un potere che, nei termini visti, non ha e che giammai può derivargli *tour court* dall'art. 1 Cost.

2.1. (Segue) ... e nell'[ordinanza n. 280 del 2017](#)

Nei ricorsi che hanno condotto all'[ordinanza n. 280 del 2017](#) i profili soggettivi risultano, se mai possibile, persino più problematici.

Per un verso, i proponenti optano per una qualificazione soggettiva complessa: ciascuno di essi, in particolare, ricorre non solo in qualità di singolo parlamentare ma anche con «la plurima variante» di elettore e soggetto politico. Per altro verso, gli stessi soggetti che agiscono asseritamente *uti singuli* confondono, poi, la loro soggettività nel (e con quella del) gruppo parlamentare di cui fanno parte o perché (come nel caso del ricorso n. 7) alcuni di loro sono Presidente e Vicepresidente vicario di un gruppo parlamentare (MoVimento 5 Stelle) o perché, molto più semplicemente, «i relativi componenti coincidono con una parte dei firmatari del ricorso», non senza omettere qualche "incursione" anche nella variante loro data dall'appartenenza alla «minoranza parlamentare».

Il valore aggiunto che, nell'intendere dei ricorrenti, avrebbe dovuto essere costituito dalla sovrapposizione di più qualità in capo ad un unico soggetto e, quindi, di più situazioni costituzionalmente rilevanti da offrire sul piatto della giustizia costituzionale, e per le quali chiedere tutela, non ha, però, sortito gli effetti auspicati e non solo a cagione della sostanziale impalpabilità delle argomentazioni poste a supporto della scelta di utilizzare canali plurimi, sovrapposti e congiunti di legittimazione al conflitto.

In altri termini, rispetto a quanto emerge dal ricorso n. 4, va evidenziato che nei ricorsi nn. 5, 6 e 7 non c'è confusione solo *fra* i ricorrenti ma, di più, anche sull'esatta qualificazione da attribuire a *ciascun singolo* ricorrente, presupposto indispensabile per procedere ad affrontare con cognizione di causa il profilo delle menomazioni in concreto subite.

Alla luce di questi sintetici *framework* ricostruttivi, la Corte costituzionale, quanto alla questione della plurima variante facente capo a ciascun singolo soggetto, ha (forse persino troppo) seccamente rilevato che «non è dato comprendere in quale veste si presentino le persone fisiche ricorrenti: se come singoli parlamentari o come rappresentanti del proprio gruppo parlamentare, come cittadini

elettori oppure ancora, più genericamente, come soggetti politici». Quanto, invece, alla scelta dei ricorrenti *uti singuli* di rifluire, *ad abundantiam*, anche in altre figure soggettive collegiali la cui legittimazione al conflitto è lungi dall'essere stata riconosciuta, la Corte ha sostenuto «che la mancata scelta e la conseguente incertezza da parte dei ricorrenti su come qualificarsi dal punto di vista soggettivo si riflette in una altrettanto indefinita enunciazione delle sfere di attribuzioni costituzionali a difesa delle quali questa Corte sarebbe chiamata a intervenire». Con riferimento, infine, all'aspirazione di invocare una legittimazione fondata sull'appartenenza qualificata (Presidente e Vice presidente vicario) di alcuni ricorrenti a un certo gruppo parlamentare – considerato «dalla giurisprudenza costituzionale come uno dei modi, se non il principale, di organizzazione delle forze politiche in seno al Parlamento (...) riflesso istituzionale del pluralismo politico, che del sistema rappresentativo costituiscono struttura portante»¹⁵ – l'indeterminatezza del profilo soggettivo è apparsa alla Consulta «aggravata dalla circostanza che tale pretesa, pur essendo più volte ripetuta, non è supportata dalla necessaria indicazione delle modalità con le quali il gruppo parlamentare avrebbe deliberato di proporre conflitto»¹⁶.

Tutto ciò rende plasticamente conto anche di quanto lontani siano stati i ricorrenti dalla cura «di motivare la ridondanza delle asserite lesioni sulla propria sfera di attribuzioni costituzionali». Tale obiettivo, rimarca il Giudice dei conflitti, non si raggiunge invocando «la lesione di plurimi parametri costituzionali da parte degli atti impugnati» ma dimostrando i danni in concreto prodottisi; cosa difficilmente praticabile ove non venga prima chiaramente delimitata la sfera giuridica dei soggetti titolari di quelle attribuzioni che si ritengono violate.

Sotto tale punto di vista, gli argomenti spesi dai ricorrenti per essere legittimati al conflitto variano tra quelli di una generica difesa del «diritto dei singoli parlamentari (nonché dei gruppi parlamentari) di svolgere il proprio mandato entro una cornice rispettosa dei principi, dei valori e delle regole (anche di procedura) fissate dalla Costituzione» e quelli della riedizione della teoria del potere legislativo come potere diffuso, al pari del potere giudiziario¹⁷. Come già notato in dottrina, però, «ricostruire la posizione del parlamentare come titolare *pro quota* della sovranità nazionale attribuita al popolo dall'art. 1 Cost. o del potere di determinare la politica nazionale (richiamando dunque l'art. 49 Cost. in relazione ai partiti politici) o sulla base della sua funzione di rappresentante della nazione (art. 67 Cost.) non pare affatto decisivo al fine di individuare una sfera

¹⁵ Il passo riportato nel testo è tratto dal ricorso citato *infra* nt. 4, ove si richiama al riguardo la [decisione della Corte costituzionale n. 49 del 1998](#) (14). Rileva, peraltro, M. VILLONE, *La legge elettorale dal conflitto politico al conflitto tra poteri*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2017, n. 3, 25 ss., 26, che «sembra di dover porre attenzione al singolo parlamentare, piuttosto che al gruppo. È infatti ovvio che il gruppo è struttura essenziale nell'organizzazione della camera. Ma nel formarsi della legge rileva il parlamentare, titolare di "diritti" non suscettibili di vincoli insuperabili da parte del gruppo, rispetto al quale il dissenso è sempre possibile».

¹⁶ Osservazione che i ricorrenti avrebbero potuto facilmente evitare ponendo mente al rilievo molto simile che la Corte costituzionale aveva fatto nell'[ordinanza 17 luglio 2009, n. 222](#), relativa al c.d. "caso Villari". In quella occasione, peraltro, la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi si era pur riunita per deliberare (e aveva deliberato all'unanimità) la proposizione del conflitto tra poteri, ma con la partecipazione di soli tre componenti su quaranta – Presidente (sen. Villari) incluso – dal momento che gli altri trentasette avevano rassegnato le dimissioni al fine di sbloccare una situazione di stallo dovuta, in definitiva, al rifiuto del sen. Villari di dimettersi dal ruolo di Presidente della stessa. La delibera fu, pertanto, considerata dal Giudice dei conflitti *tamquam non esset* in quanto il mancato raggiungimento del necessario *quorum* strutturale previsto dal regolamento interno della Commissione di vigilanza («per la validità delle deliberazioni e delle decisioni della Commissione occorre la presenza della metà più uno dei suoi componenti») ostava a ritenere che essa fosse «ascrivibile ad una volontà ritualmente e validamente espressa dalla Commissione nella sua configurazione collegiale». Sulla vicenda cfr. S. CECCANTI, *Osservazioni sul caso Villari*, in [Astrid](#), 2009, n. 85; P. MAZZINA, *Quis custodiet custodes? Spunti di riflessione sul 'caso Villari'*, in [Costituzionalismo.it](#), 2009, fasc. 1; D. PICCIONE, *La Commissione di vigilanza RAI all'inizio della XIV legislatura. Tra anomalie di composizione, poteri di revoca e scioglimento degli organismi bicamerali (Cronaca di un'elezione infelice sfociata in conflitto di attribuzione)*, in *Giur. cost.*, 2009, 3581 ss.; A. GHIRIBELLI, *La Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi dopo il caso Villari alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 69/2009*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 20 maggio 2009.

¹⁷ La tesi è ascrivibile a N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, 1991, spec. 312 ss. ma *passim*.

costituzionalmente assegnata al parlamentare e lesa dall'approvazione di una legge elettorale illegittima»¹⁸.

Neppure perspicuo sembra prospettare una possibile estensione della sfera di legittimazione al conflitto «sino a ritenerla comprensiva di un asserito diritto alla regolarità delle procedure parlamentari»¹⁹. A tal proposito, seppure più volte citata dai ricorrenti, si deve rilevare che essi non abbiano fatto pienamente tesoro né dei «suggerimenti» che potevano essere colti nella recente ordinanza della [Corte costituzionale n. 149 del 2016](#) in ordine alla possibile ammissibilità di conflitti tra poteri sollevati da soggetti camerali mai ritenuti legittimati a farlo²⁰ e neppure di quelli offerti dalla dottrina²¹ in ordine alle strettoie di un tale conflitto, specie se intra-potere.

Al di là, dunque, delle diverse opinioni che è dato cogliere sia in ordine all'astratta individuazione di attribuzioni costituzionali del singolo parlamentare la cui lesione potrebbe attivare il giudizio per conflitto tra poteri²², sia in ordine alle concrete modalità di menomazione delle stesse che condurrebbero all'ammissibilità di un siffatto contenzioso costituzionale²³, il dato che emerge indisputabile anche dalle ordinanze in commento è che tale strumento non può essere utilmente intrapreso né lamentando violazioni regolamentari che indugino sull'elevazione a parametro interposto di *interna corporis acta* senza indicare validamente la loro idoneità a integrare i parametri costituzionali invocati, né dilungandosi su argomenti attinenti alla incostituzionalità nel

¹⁸ Così L. SPADACINI, *Sull'ammissibilità dei recenti conflitti di attribuzione sollevati con riguardo alla legislazione elettorale*, in [Nomos. Le attualità nel diritto](#), 2017, n. 3, 20 ss., 22.

¹⁹ Lo rileva S. ROSSI, *Tra politica e procedura. Il conflitto (in)utile sul d.d.l. Cirinnà*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 2016, fasc. 3, 10, a commento del conflitto tra poteri dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale con l'[ordinanza n. 149 del 2016](#).

²⁰ Cfr. G. SERGES, *Notazioni minime a margine del conflitto tra parlamentari e Camera*, cit., 35 s., il quale rimarca come l'[ordinanza n. 149 del 2016](#) abbia contribuito a definire «il rigido e rigoroso recinto» che il Giudice delle leggi oppone all'ammissibilità di un conflitto sollevato da singoli parlamentari o da minoranze nei confronti della Camera di appartenenza per violazione dell'*iter legis*.

²¹ Cfr. M. MANETTI, *La tessera mancante: il conflitto di attribuzione promosso dalle minoranze parlamentari in materia di procedimento legislativo*, in *Giur. cost.*, 2016, 1107 ss.; S. CURRERI, *Sul conflitto di attribuzioni del singolo parlamentare a tutela del «giusto procedimento legislativo»: tanto tuonò che piovve?*, in *Quad. cost.*, 2016, 369 ss.; ID., *In memoriam dell'art. 72, comma 1, Cost. (ordinanza n. 149/2016)*, in *Quad. cost.*, 2017, 384 ss.; L. ARDIZZONE, R. DI MARIA, *L'ordinanza 149 del 2016 della Corte costituzionale: un'occasione (mancata) per ripensare la struttura processuale – ed indi, la funzione – del giudizio per conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato?*, in questa *Rivista, Studi 2017/I*, 22 ss.

²² Sotto tale profilo, uno degli sforzi più analitici si può attribuire, tra i primi, a N. ZANON, *I diritti del deputato «senza gruppo parlamentare» in una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 1147 ss.

²³ Come già evidenziato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza 2 novembre 1996, n. 379 (con commento, tra gli altri, di M. MANETTI, *Non sparate sui pianisti. La delega del voto in Parlamento e la rinascita degli interna corporis*, in *Giur. cost.*, 1996, 3460 ss., e F. PETRANGELI, *Il deputato che vota sostituendosi a un collega assente: una delicata questione tra sindacabilità giurisdizionale ed esercizio delle funzioni parlamentari*, *ivi*, 3475 ss.), la possibile enucleazione di «diritti» del singolo parlamentare non deve condurre automaticamente a considerare tali diritti quali attribuzioni rilevanti ai sensi dell'art. 37, l. n. 87 del 1953 e, quindi, alla prospettiva del suo (ammissibile) accesso alla sede del conflitto tra poteri. Anche nell'[ordinanza n. 149 del 2016](#) la Consulta ha riconosciuto che dalle disposizioni costituzionali deriva «la titolarità, in capo a ciascun parlamentare, del potere di iniziativa legislativa, che si estrinseca non solo con la presentazione di proposte di legge, ma altresì con la formalizzazione di emendamenti ai progetti di legge in discussione e con la partecipazione ai lavori delle Commissioni parlamentari, anche se di esse non si faccia parte»; essa, però, ha anche chiaramente affermato che «le eventuali violazioni di mere norme regolamentari e della prassi parlamentare lamentate dai ricorrenti debbono trovare all'interno delle stesse Camere gli strumenti intesi a garantire il corretto svolgimento dei lavori, nonché il rispetto del diritto parlamentare, dei diritti delle minoranze e dei singoli componenti». In questa prospettiva, cfr. quanto sostenuto da M. VILLONE, *La legge elettorale dal conflitto politico al conflitto tra poteri*, cit., 26, ad avviso del quale alla domanda se esista un diritto del parlamentare a partecipare alla formazione della volontà collettiva, «la risposta è che tale diritto esiste, ma nei limiti e modi stabiliti dal regolamento. Non esiste, invece, come diritto assoluto e intangibile, in forme predeterminate (...) Non c'è dubbio, ad esempio, che al parlamentare sia consentito presentare emendamenti a un testo in discussione. Ma è altrettanto certo che l'emendamento può essere precluso, senza che si giunga al voto, ad es. per l'approvazione di altri emendamenti o per limiti alla emendabilità di determinati testi (legge finanziaria, di stabilità, leggi di bilancio). Può presentare proposte di legge o mozioni, ma senza alcuna pretesa che siano sottoposte al voto in commissione o aula. Ha diritto a prendere la parola, che però gli può essere concessa, negata, tolta».

merito di testi legislativi che, spesso, «non sono di per sé rilevanti ai fini del conflitto»²⁴ e, talvolta, come nel caso di specie, dissimulano «uno stratagemma per mascherare la presentazione di quelle che altro non sono che questioni di legittimità costituzionale»²⁵. Stratagemma, peraltro, in ogni caso male architettato, se, come sottolinea la Consulta nell'ordinanza in oggetto, «le censure di illegittimità costituzionale della legge n. 165 del 2017 non si limitano a quelle relative alla procedura parlamentare, ma si appuntano, numerose, anche sul suo contenuto, mancando tuttavia ancora una volta la necessaria dimostrazione della ridondanza di tali vizi sulle attribuzioni costituzionali dei ricorrenti».

3. *Questione di fiducia e presunta «coartazione» del dibattito parlamentare» nei casi di specie*

Per una opportuna contestualizzazione degli specifici profili oggettivi dei conflitti in esame va, preliminarmente, rimarcato come le vicende che hanno segnato l'approvazione del c.d. "*Italicum*", prima, e del c.d. "*Rosatellum-bis*", poi, con cui sono stati modificati i meccanismi di elezione dei parlamentari in seguito alle [sentenze della Corte costituzionale n. 1 del 2014](#) e [n. 35 del 2017](#), abbiano senz'altro messo fortemente «sotto stress»²⁶ le procedure parlamentari, anche su presupposti e con implicazioni, per certi versi, inediti. Questi ultimi, in particolare, hanno finito col segnare in profondità l'intero processo di approvazione della legge elettorale facendo emergere profili di dubbia legittimità, oltre che perplessità di varia natura, nonostante si fosse palesata la convinzione da parte del Governo secondo cui l'apposizione della questione di fiducia potesse essere considerata, magari politicamente poco opportuna²⁷, ma comunque compatibile con la natura (per così dire, "democraticamente vincolata" in misura maggiore rispetto ad altre discipline, quale fondamentale legge "di sistema") e con la peculiare funzione (costituzionalmente necessaria) che contraddistinguono la materia elettorale, nonché, più specificamente, con le garanzie che la Costituzione pone, direttamente, a tutela di siffatta materia (in particolare con la c.d. "riserva di Assemblea") e delle prerogative dei singoli parlamentari e delle Camere nel loro complesso.

In ogni caso, ad essere inediti sono le "*premesse fattuali*" (basti pensare alla tormentata evoluzione della legislazione elettorale approvata, negli ultimi anni, dalle maggioranze del momento, per poi diventare oggetto delle censure della Corte costituzionale); il "*contesto*" (segnato da una rappresentanza parlamentare che, secondo non pochi, è risultata "politicamente", ancorché non formalmente, delegittimata dalle pronunce di parziale incostituzionalità della legge che ne ha determinato la formazione ed il concreto assetto) e, soprattutto, le "*condizioni*" (rivenienti da un dibattito politico e da "passaggi" parlamentari contraddistinti da una sostanziale compressione e svalutazione dei momenti e degli spazi di confronto e di partecipazione in ordine all'approvazione delle ultime leggi elettorali, e culminati nel "passaggio" al Senato senza alcuna possibilità di emendare il testo) rinvenibili "a monte" e "sullo sfondo" dei ricorsi avanzati.

Le scelte adottate ed i conseguenti effetti sui lavori parlamentari, le relative motivazioni di fondo ed i contrasti che hanno caratterizzato le vicende *de quibus*, inoltre, nonostante le (tutt'altro che

²⁴ Cfr. ancora M. VILLONE, *La legge elettorale dal conflitto politico al conflitto tra poteri*, cit., 25.

²⁵ Così L. SPADACINI, *Sull'ammissibilità dei recenti conflitti di attribuzione sollevati con riguardo alla legislazione elettorale*, cit., 21.

²⁶ La locuzione utilizzata, alludendo sinteticamente alla multiforme problematicità dell'*iter* di approvazione delle leggi elettorali, richiama il titolo del recente volume di N. LUPO, G. PICCIRILLI (a cura di), *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari «sotto stress»*, Bologna, 2016, nel quale l'intera prima parte è dedicata, per l'appunto, all'*iter* di approvazione della legge n. 52 del 2015 ed ai profili di problematicità che su di esso sono stati sollevati.

²⁷ Lo stesso Governo, infatti, subito dopo il suo insediamento aveva espressamente escluso la possibilità di intromettersi nel dibattito sulla legge elettorale e, più in particolare, nel processo di approvazione della stessa, rimarcando indirettamente, in tal modo, l'onere e la responsabilità propriamente parlamentari di giungere ad una mediazione politica, con la massima condivisione possibile, in ordine all'approvazione della predetta legge. Il fatto che poi tali premesse siano state disattese non desta particolare stupore, né incide sul merito giuridico della questione.

pacifiche) convinzioni del Governo cui si è fatto riferimento, non sembrano, nel complesso, pienamente ascrivibili all'ordinaria dialettica politico-istituzionale ed alla normale fisiologia dei rapporti tra "maggioranza" (ed il Governo che di questa è espressione), da una parte, ed "opposizione", dall'altra²⁸. Ciò non solo per la delicatezza insita nell'approvazione di leggi costituzionalmente necessarie, tendenzialmente svincolate dall'indirizzo politico di maggioranza, quali per l'appunto le leggi elettorali, ma anche per il fatto che sembravano mancare, in corso di approvazione, taluni presupposti²⁹ che normalmente caratterizzano l'utilizzo di strumenti o, talvolta, di vere e proprie "forzature" politiche e procedurali, ai quali il Governo ricorre – *rectius*: è fondamentalmente legittimato anche sotto il profilo della correttezza istituzionale e del rispetto dei necessari equilibri tra potere legislativo ed esecutivo – per giungere "indenne" all'approvazione del provvedimento da licenziare.

Se, poi, le dinamiche cui si è appena fatto sommariamente cenno ridondino non solo su di un piano propriamente politico (o, se si vuole, di mera "deontologia politico-istituzionale"), ma anche, specificamente, su quello della legalità costituzionale (latamente intesa), è ben altra questione.

Tale precisazione appare tutt'altro che scontata ove si consideri l'impianto complessivamente «carente», quando non proprio palesemente «erroneo», «insussistente» o contraddittorio, delle argomentazioni avanzate negli atti introduttivi del conflitto in esame, tanto sotto i profili soggettivi, così come si è già avuto modo fin qui di mettere in luce, quanto sotto quelli oggettivi.

Non a caso, la dottrina non ha mancato di evidenziare, già prima che la Consulta giungesse alle decisioni in commento, i molteplici aspetti problematici che rendevano, *ab origine*, siffatte vicende del tutto peculiari³⁰ e riconducibili, come già accennato, all'utilizzo (non privo di una sua intrinseca problematicità) della questione di fiducia con cui l'esecutivo ha voluto rendere, per così dire, più "sicuro" l'*iter* di approvazione dei summenzionati interventi legislativi, blindandone sostanzialmente il testo.

In questa circostanza specifica, infatti, è agevole rilevare che il Governo, nel sottoporre i progetti di legge elettorale alla questione di fiducia, tra le varie finalità che questo istituto può in concreto perseguire (quali, ad esempio, quella di vanificare pratiche ostruzionistiche legate alla presentazione degli emendamenti, responsabilizzare la maggioranza nel perseguimento dell'indirizzo su cui quest'ultima ha accordato la fiducia all'esecutivo, ricompattare la coalizione di governo, etc.)³¹,

²⁸ I termini "maggioranza" ed "opposizione" sono utilizzati in una accezione generica ed in chiave meramente descrittiva, ovvero senza voler attribuire loro un significato giuridico in senso stretto che in ultima analisi non sembrano poter assumere, così come posto in rilievo in dottrina (v. a riguardo A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia*, Milano, 1973, spec. 219 ss.).

²⁹ A cominciare dalle pratiche ostruzionistiche o dalla frammentazione e/o indebolimento della coalizione che sostiene il governo.

³⁰ "A valle" della sconfinata letteratura sulla legge elettorale e sulla sua evoluzione anche in relazione agli interventi della Corte costituzionale degli ultimi anni, v., in particolare, i recenti contributi in tema di "*Legge elettorale e conflitto di attribuzione tra i poteri dello stato*", declinati facendo specifico riferimento alle leggi in questione, di F. LANCHESTER, P. MADDALENA, G. BUONOMO, S. CECCANTI, L. SPADACINI, M. VILLONE, G. SERGES, contenuti nel già citato fascicolo n. 3 del 2017 di *Nomos. Le attualità del diritto*.

³¹ E' noto come l'intervento del «Governo in Parlamento» (l'espressione fa riferimento, innanzitutto, alla prospettiva offerta, sia pure in un contesto risalente, dal saggio di A. MANZELLA, *Il Governo in Parlamento*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *L'istituzione governo: analisi e prospettive*, Milano, 1977, 87 ss.) sia rivolto a superare, normalmente, possibili problemi ed ostacoli di natura politica (interni alla maggioranza) o procedurale (derivanti innanzitutto da pratiche ostruzionistiche) con strumenti di vario ordine e natura al fine di evitare la bocciatura o, come nel caso di specie, lo stravolgimento di un determinato provvedimento legislativo. La legittimità dell'applicazione della questione di fiducia, in particolare, viene individuata, in linea generale, sulla base della coerente declinazione del funzionamento del circuito (ad un tempo) decisionale e fiduciario così come prevista dal dettato costituzionale (e, "in seconda battuta", disciplinata soprattutto dai regolamenti parlamentari) nel quadro della nostra forma di governo. Per un più puntuale ed articolato inquadramento del tema, v., almeno, A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2003, e, più recentemente, tra gli altri, G. RIVOCCHI, voce *Fiducia parlamentare*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 2008, 377 ss.; ID., *Governo, maggioranza e opposizione a quarant'anni dai regolamenti parlamentari del 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 2; V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2013; R. DICKMANN, *Il Parlamento italiano*, Napoli, 2015.

sembra aver soddisfatto soprattutto quella di sottrarre il testo alle proposte emendative per le quali si sarebbe potuto richiedere il voto segreto (pure su alcune – peraltro, davvero poche – già richiesto) dal momento che, per un verso, entrambi i provvedimenti in approvazione non erano espressione di proposte governative, né erano riconducibili, sia pure in senso lato, all’attuazione dell’indirizzo politico di maggioranza, e, per l’altro, non era stato presentato un numero di emendamenti tale (circa cento) da prospettare “insuperabili” pratiche ostruzionistiche. Da ciò consegue, dunque, che l’obiettivo (ed il principale effetto) della scelta governativa *de qua* consistesse essenzialmente nel non consentire, nella sostanza, l’emendabilità del testo in approvazione dopo l’esame svolto in Commissione (presso la Camera dei Deputati), con la conseguenza ulteriore di sottoporre successivamente al Senato un testo da approvare, per così dire, “a scatola chiusa”, ovvero senza una discussione sui suoi vari contenuti e con una votazione che avrebbe assunto quasi il valore di una mera “ratifica” delle scelte operate presso l’altro ramo del Parlamento.

E’ evidente, quindi, come nei casi qui esaminati vi fossero elementi ed implicazioni, di natura sia procedurale che sostanziale, che sarebbero potuti risultare quantomeno controversi (se non proprio di dubbia legittimità) e che sarebbero riconducibili, complessivamente, alla dibattuta questione se, ed eventualmente entro quali limiti, l’approvazione di una legge elettorale, che è bene ricordare essere, tra l’altro, vincolata (con quelle relative ad altre materie) alla riserva d’Assemblea di cui all’art. 72, c. 4, Cost., e soggetta alla possibilità di essere votata a scrutinio segreto, ma solo se richiesto, *ex artt.* 49 e 51 R.C.³², possa essere sottoposta ad una votazione sulla quale il Governo abbia posto la questione di fiducia³³. Ed infatti, è proprio la decisione³⁴ di porre quest’ultima su ciascuno dei primi tre articoli del progetto di legge recante “*Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali*”³⁵, nel testo licenziato dalla Commissione Affari costituzionali in sede referente³⁶, poi ritenuta compatibile con le norme regolamentari e con la

³² Facendo specifico riferimento ai problemi sollevati dall’utilizzo del voto segreto per l’approvazione della legge elettorale v., da ultimo, E. LATTUCA, *L’approvazione della legge elettorale tra questione di fiducia e voto segreto*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 23 dicembre 2017.

³³ Per il momento, non potendo dar conto in questa sede dell’articolato dibattito dottrinario su di un tema così ampio e complesso (per un’agile disamina generale dei possibili profili di illegittimità costituzionale riconducibili, in linea generale, alla questione di fiducia, v. M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano, 1996, spec. 159 ss.), ci si limita a sottolineare come la dottrina prevalente, pur rimarcando la non opportunità di vincolare ad una votazione fiduciaria la legge chiamata a disciplinare uno snodo nevralgico delle “regole del gioco”, tende a riconoscere, in linea teorica, la possibilità per il Governo di ricorrere a siffatto strumento, sia pure nella consapevolezza che ciò finisce col determinare, inevitabilmente, delle forzature sul piano delle procedure parlamentari, nonché il rischio di snaturare la funzione di queste ultime. Tale orientamento, tra l’altro, sembra essere stato rafforzato dalle decisioni della Corte costituzionale sia in occasione della [sentenza n. 391 del 1995](#) nella quale ha ritenuto legittima, in relazione alle previsioni di cui all’art. 72, c. 4, Cost., la posizione della questione di fiducia sull’articolo unico di una legge di conversione del d.l. n. 333 del 1992 in quanto riconducibile ai «procedimenti speciali non contemplati dalla costituzione, ma previsti e disciplinati in sede regolamentare», sia della sentenza n. 273 del 2013 nella quale, sempre in ordine alla possibilità di porre legittimamente la questione di fiducia, è apparsa dirimente l’assegnazione alla Commissione in sede referente (§ 9.5 del *Considerato in diritto*).

³⁴ La decisione è quella formalizzata dal Governo il 10 ottobre 2017 dopo la seduta del Consiglio dei Ministri dello stesso giorno in cui è stata autorizzata ai sensi dell’art. 2, c. 2, della legge n. 400 del 1988, della quale è stato chiesto l’annullamento dal ricorso n. 4 fra quelli qui esaminati.

³⁵ Il progetto di legge derivante dalle proposte n. 2352 e abbinata, nel testo licenziato dalla Commissione Affari costituzionali, oltre ai tre articoli sottoposti a voto fiduciario, ne prevedeva poi un quarto, avente ad oggetto una delega al Governo «per la determinazione dei collegi plurinominali», il quale non era stato ricompreso nella votazione fiduciaria perché già approvato da entrambe le Camere senza modifiche.

³⁶ E’ opportuno rimarcare, anche ai fini del presente esame delle problematiche complessivamente sottese alle decisioni qui considerate, come l’art. 72, c. 4, Cost. disponga la procedura *normale* di esame e di approvazione delle proposte legislative in materia elettorale, oltre che per i disegni di legge di rango costituzionale, di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi. Siffatta procedura impone, come noto, l’esame della proposta legislativa da parte della Commissione in sede referente, riservandone, poi, la votazione all’Assemblea. In specifica relazione all’«obiettiva rilevanza istituzionale» della *materia* elettorale, evidenzia, tra l’altro, l’esigenza di interpretarne estensivamente ambiti e contenuto ai fini di una corretta

prassi da parte della Presidenza³⁷ e, quindi, sottoposta all'approvazione del *plenum* della Camera dei deputati, a costituire il principale presupposto da cui trae origine il conflitto sollevato dal ricorso n. 4. Nondimeno, sono le «manifestazioni di volontà del Parlamento che produssero la legge n. 52 del 2015 «*coartate*» dal Governo... con la votazione fiduciaria» (*corsivo n.d.r.*), oltre che «col ricatto politico delle elezioni anticipate» e con altre varie (non meglio precisate) «forzature regolamentari»³⁸, ad originare i ricorsi nn. 5, 6 e 7.

In generale, va ricordato che la questione di fiducia (su iniziativa del Governo), pur non essendo prevista esplicitamente dalla nostra Costituzione (ma affermata nella prassi – per taluni aspetti assai risalente – salvo poi assumere vera e propria natura consuetudinaria³⁹), è considerata, secondo un orientamento pressoché unanime⁴⁰, implicitamente consentita dall'ordinamento costituzionale sulla base di una interpretazione “in negativo” delle previsioni contenute nell'art. 94 Cost. (in particolare, nel suo quarto comma)⁴¹, sia pure con modulazioni e con accenti differenti⁴², nonché di quelle di cui all'art. 95 Cost. e, complessivamente, in diretta connessione con la natura “bilaterale” del rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo e con i conseguenti profili di responsabilità politica (passiva di quest'ultimo ed attiva del primo)⁴³ che ne derivano.

Essa, infatti, è ormai generalmente considerata, anche sulla base di quanto previsto dalle norme regolamentari (a partire dalle riforme del 1971 del regolamento della Camera e del 1988 di quello del Senato), oltre che da prassi parlamentari ininterrotte, ancorché maturate, in parte, in forme e su presupposti affatto differenti⁴⁴, non solo un istituto “immanente” al sistema costituzionale⁴⁵, ma

individuazione dell'oggetto coperto dalla c.d. “riserva di Assemblea”, A.A. CERVATI, *Art. 72*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, Bologna-Roma, 1985, 163.

³⁷ Al di là della problematica più generale relativa all'interpretazione ed all'applicazione dei regolamenti parlamentari, appare degna di rilievo, a tale riguardo, la lettera pubblicata dalla Presidente Boldrini su *Il Manifesto* del 13 ottobre 2017 in cui, appellandosi a prassi e norme regolamentari, afferma (non senza repliche, tra cui v. quella di F. Besostri sullo stesso quotidiano del giorno dopo) di «*non aver potuto impedire*» la sottoposizione dell'approvazione della legge elettorale alla questione di fiducia posta dal Governo in quanto conforme alle norme regolamentari ed ai precedenti rinvenibili nella prassi.

³⁸ Si tratta di espressioni utilizzate dai ricorrenti e richiamate dalla Corte costituzionale nell'[ordinanza n. 280 del 2017](#).

³⁹ Che la possibilità per il Governo di porre la questione di fiducia costituisca, ormai, una vera e propria consuetudine costituzionale, fatta propria dai regolamenti parlamentari e razionalizzata (sia pure parzialmente) dalla legge n. 400 del 1988, sembra confermato, in linea generale, dal costante e consolidato rispetto della sua applicazione, ancorché non sempre nello stesso modo individuata e delimitata. A tale proposito cfr., tra gli altri, G. BOCCACCINI, *La questione di fiducia*, Milano, 1974, 28 ss., G.F. CIAURRO, *Fiducia parlamentare*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, 6 ss.; A. RAZZA, *Note sulla “normalizzazione” della questione di fiducia*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 3, spec. 3 ss.

⁴⁰ Solo nel dibattito dottrinario più risalente è possibile trovare orientamenti volti a rilevare l'assoluta incompatibilità della questione di fiducia con l'assetto costituzionale repubblicano (all'epoca, peraltro, non implementato dalla riforma dei regolamenti parlamentari del 1971), come, ad esempio, in A. DE VALLES, *Limiti che pone la questione di fiducia da parte del Governo*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1954, 6146 ss. la cui ricostruzione è, peraltro, decisamente confutata da F. MOHROFF, *Rapporti fra Parlamento e Governo nella Costituzione italiana*, Milano, 1953, spec. 88-92.

⁴¹ Secondo la lettura “in negativo”, l'art. 94, c. 4, Cost., nel prevedere il non obbligo per il Governo alle dimissioni in seguito al «voto contrario di una o di entrambe le Camere» su una sua proposta, nello stesso tempo non impedisce al Governo, in linea generale, di condizionare e di legare il prosieguo della sua azione all'approvazione di un determinato provvedimento. Sul punto v., tra gli altri, L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2013, 183.

⁴² Per un'ampia ricostruzione degli orientamenti dottrinari che giungono a ritenere, sia pure con modulazioni differenti, la questione di fiducia conforme a Costituzione in quanto implicitamente fondata, in particolare, sull'art. 94, c. 4, Cost. (ma, sotto certi aspetti, anche sull'art. 95 Cost.), v. M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, cit., 163 ss. Svincola, invece, il fondamento costituzionale della questione di fiducia dall'art. 94 Cost., pur riconoscendo la legittimità costituzionale dell'istituto, A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia*, cit., 325 ss.

⁴³ Sul punto v., per tutti, G.U. RESCIGNO, voce *Responsabilità (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1341 ss.

⁴⁴ Sugli elementi di continuità tra l'esperienza parlamentare statutaria e quella repubblicana, ancorché rilevati in riferimento ad assetti e contesti ordinamentali radicalmente diversi dell'istituzione parlamentare, v., per un'ampia ricostruzione del problema e del relativo dibattito dottrinario, N. LUPO, *I regolamenti parlamentari nella I legislatura repubblicana (1948-1953)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2008, fasc. 2, spec. 20 ss.

anche una delle implicazioni proprie del rapporto di fiducia così come costituzionalizzato nel nostro ordinamento, il quale consente non solo al Parlamento di sostenere o sfiduciare il Governo, ma anche a quest'ultimo di poter condizionare (e prospettare) la prosecuzione del suo mandato sulla base dell'esito di una votazione a cui esso stesso abbia espressamente attribuito una peculiare valenza o significato.

Alla luce di tutto ciò, la questione di fiducia sembra poter costituire, in linea generale, un utile, se non proprio prezioso strumento volto a garantire la funzionalità del Parlamento, da un lato, e l'efficacia dell'azione di governo, dall'altro, la cui multiforme funzione e l'intrinseca politicità difficilmente potrebbero consentire di relegare *a priori* l'istituto *de quo* nelle zone grigie o buie della "non conformità" a Costituzione.

Detto ciò, va considerato, tuttavia, come la sua applicazione concreta, che è ciò che rileva in sede di giudizio sui conflitti, possa anche risultare più o meno non coerente o non priva di possibili profili in grado di incidere, menomandola, sulla sfera di attribuzioni dei poteri direttamente coinvolti o esposti agli effetti derivati da siffatta applicazione. Basti pensare a tutte le volte in cui l'utilizzo della questione di fiducia, per le sue ricadute particolarmente "forti", suscita l'impressione di incorrere, o di poter incorrere, in storture o in veri e propri abusi, come nel caso della sua apposizione sui cc.dd. "maxiemendamenti"⁴⁶, o, come qui rileva, nel caso in cui essa venga posta su leggi non strettamente riconducibili all'indirizzo politico di maggioranza, quali quelle elettorali.

Nelle fattispecie in oggetto, non avrebbe potuto non destare perplessità, alla luce di quanto sin qui rilevato, il fatto che proprio una legge che dovrebbe sempre essere massimamente partecipata e condivisa, quale quella elettorale, in quanto alla base del funzionamento del circuito rappresentativo, della formazione in concreto del Parlamento e dell'assetto in esso delle forze politiche, abbia finito per essere approvata da una maggioranza che se, da una parte, è stata in qualche modo allargata rispetto alle forze che sostenevano il Governo, dall'altra non ha consentito un adeguato e puntuale dibattito sul merito delle scelte che ne erano alla base così indebolendo, se non proprio immiserendo la stessa "ratio" del bicameralismo.

3.1. (Segue) *I rischi di menomazione del potere di emendamento del parlamentare derivanti dal voto sottoposto a fiducia*

All'uopo, qualche motivo di più specifico interesse sembrerebbe offrirlo, *prima facie*, il "tema" della "coerenza costituzionale" del procedimento di approvazione delle leggi nn. 52 del 2015 e 165 del 2017 da cui sarebbero derivate le lamentate menomazioni, in particolare, del potere di emendamento del parlamentare. Tale approccio alle questioni sollevate, al di là del "tono" generale di certo non proprio indiscutibile dei ricorsi stessi, appare giustificato dal fatto che (in riferimento al procedimento derivante dall'apposizione della questione di fiducia) risulti, per taluni aspetti, corretto il rilievo evidenziato in dottrina⁴⁷ secondo cui il peculiare *iter legis* che avrebbe determinato la lamentata lesione di attribuzioni costituzionalmente tutelate sarebbe avvenuto nel rispetto della lettera dell'art. 72, c. 4, Cost., laddove dispone la riserva d'Assemblea per

⁴⁵ Si fa riferimento all'espressione utilizzata in G. AMATO, *Intervento*, in AA.VV., *L'indirizzo politico nel nuovo Regolamento della Camera dei Deputati*, Atti del Seminario di Cagliari, 1-2 aprile 1971, Milano, 1973, 84.

⁴⁶ Per una più ampia disamina del tema e delle molteplici criticità sottostanti v., *ex multis*, E. SPAGNA MUSSO, voce *Emendamento*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 828 ss.; A. PISANESCHI, *Fondamento costituzionale del potere di emendamento, limiti di coerenza e questione di fiducia*, in *Dir. soc.*, 1988, 203 ss.; E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del Governo in Parlamento*, in *Quad. cost.*, 2005, 807 ss.; G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2008, 259 ss.; G. DE CESARE, *Maxi-emendamenti e forma di governo*, in N. LUPO (a cura di), *Maxiemendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo. Atti del seminario svoltosi presso la LUISS Guido Carli il 1° ottobre 2009*, Padova, 2010, 58 ss.; N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, 41 ss.

⁴⁷ V., in tal senso, M. VILLONE, *La legge elettorale dal conflitto politico al conflitto tra poteri*, cit., spec. 27 ss.

l'approvazione delle leggi elettorali. E' agevole riscontrare, infatti, come nel procedimento di formazione sia della legge n. 52 del 2015 che della legge n. 165 del 2017, la Commissione affari costituzionali abbia svolto una funzione esclusivamente "referente" e sia stato formalmente rispettato il passaggio in Aula, articolo per articolo e testo finale, per la votazione⁴⁸.

Ciò, tuttavia, risponde ad una visione "angusta" e riduttiva della procedura «normale» di approvazione di cui all'art. 72, c. 4, Cost., dal momento che il dibattito parlamentare sui contenuti della legge elettorale posta in votazione è stato non solo fortemente limitato (e, sostanzialmente, azzerato al Senato già nella fase istruttoria)⁴⁹, ma anche snaturato nei suoi contenuti e nella sua funzione. La discussione ed il confronto in Aula, infatti, si è inevitabilmente spostato dai contenuti, dalle scelte di fondo, dalle tecnicità e dalle specifiche criticità concernenti la legge elettorale in corso di approvazione, alla mera scelta di accettare o rifiutare *in toto* il testo "blindato" dall'esecutivo, nella consapevolezza che una sua eventuale bocciatura avrebbe determinato una crisi di governo (la quale ha finito, quindi, col diventare il vero oggetto della votazione).

Nelle circostanze richiamate dai ricorrenti, dunque, la questione di fiducia ha certamente inciso significativamente sullo svolgimento dei lavori parlamentari⁵⁰, sia pure sulla base di quanto previsto dai regolamenti di Camera e Senato (così come interpretati ed applicati in concreto dalla Giunta per il regolamento e, soprattutto, dalla Presidenza), giustificando, in generale, perplessità di vario ordine e natura⁵¹. Ciononostante, ove si faccia specifico riferimento all'oggetto del giudizio in senso stretto, appare, in primo luogo, giustificata la precisazione della Corte, da considerare, tra l'altro, in sostanziale continuità con gli orientamenti espressi in precedenza su questioni affini⁵², secondo cui «gli atti che si innestano nel procedimento legislativo sono inadeguati a ledere la sfera di soggetti estranei alle Camere» ([ord. n. 277](#)), con la conseguenza di dover spostare necessariamente l'attenzione solo sugli aspetti endorganici del conflitto.

D'altro canto, proprio nella prospettiva dei rapporti interni al Parlamento, la Corte stessa, forse, avrebbe potuto far sì che il suo esame non lasciasse automaticamente sullo sfondo gli aspetti di maggiore problematicità relativi ai rilevanti effetti della questione di fiducia sulle modalità e, più in generale, sulla "qualità" dell'approvazione dei provvedimenti in questione, pur nella consapevolezza di trovarsi dinanzi ad un giudizio, per così dire "concreto ed attuale", concernente l'ammissibilità o meno di un conflitto tra poteri, e nonostante le premesse da cui muoveva il giudizio stesso non fossero di certo incoraggianti in tal senso, soprattutto alla luce del contenuto (approssimativo e confuso) dei ricorsi e della natura (estremamente delicata e "politicamente sensibile") della questione⁵³.

E' lo stesso Giudice dei conflitti, infatti, che (nell'inquadrare i rapporti in esame, in relazione alle presunte lesioni della sfera di attribuzioni sia del singolo parlamentare, sia, più

⁴⁸ In tale prospettiva la disposizione *de qua* si limiterebbe, in estrema sintesi, a non consentire l'esercizio di funzioni "redigenti" o "deliberanti" da parte della Commissione.

⁴⁹ A questo riguardo, se si allarga la prospettiva di analisi dal piano più strettamente giuridico a quello più ampio (e, comunque, tutt'altro che estraneo o ininfluenza rispetto alle concrete dinamiche ordinamentali) relativo alle vicende politico-istituzionali in senso lato, sembra essere non priva di significato la dichiarazione resa dal Presidente del Senato, Pietro Grasso, secondo la quale costituirebbe una «sorta di violenza» il fatto «che il Presidente del Senato veda passare una legge elettorale redatta in altra Camera senza poter discutere, senza poter cambiare nemmeno una virgola» (così nella conferenza stampa del 27 ottobre 2017 poi riportata da tutti i principali quotidiani nazionali).

⁵⁰ Per un più ampio inquadramento generale dell'incidenza della questione di fiducia sull'*iter* legislativo v., tra gli altri, A. MANZELLA, *Note sulla questione di fiducia. Ancora sui rapporti fra maggioranza e opposizione*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 1969, 39 ss. e, più recentemente, G. RIVOSECCI, voce *Fiducia parlamentare*, cit., spec. 396 ss.; V. LIPPOLIS, *Le procedure parlamentari del rapporto fiduciario*, in AA.VV., *Diritto parlamentare*, Milano, 2011, 231 ss.; A. RAZZA, *Note sulla "normalizzazione" della questione di fiducia*, cit., 8 ss.

⁵¹ Per un'agile disamina dei principali profili problematici in ordine alla possibilità di porre, in generale, la questione di fiducia su una legge elettorale, v. S. CURRERI, *Questione di fiducia e legge elettorale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 11 maggio 2015.

⁵² V. le [ordinanze nn. 45 del 1983](#), [172 del 1997](#), [120 del 2009](#), [121 del 2011](#) richiamate dalla stessa Corte.

⁵³ All'uopo, come sostenuto da G. BUONOMO, *La zona franca e la legge elettorale: perché il conflitto endorganico chiude il cerchio*, cit., 14, il quale sottolinea che, in occasione dell'[ord. n. 277 del 2017](#), la Corte avrebbe anche potuto decidere l'autorimessione della questione di legittimità costituzionale sulla legge dinanzi a sé stessa.

problematicamente, dei Gruppi o delle forze parlamentari “di minoranza”), pur non riscontrando, anche sotto questo specifico profilo, chiari e decisivi elementi in grado di sostanziare l’emersione di una diretta e concreta consequenzialità tra le modalità e le decisioni adottate *in itinere* per approvare la legge elettorale ed i suddetti profili di menomazione (così come prefigurati dai ricorrenti), ha dovuto riconoscere che resta impregiudicata «la configurabilità di attribuzioni individuali di potere costituzionale per la cui tutela il singolo parlamentare sia legittimato a promuovere un conflitto fra poteri» e che la questione di fiducia è, comunque, «idonea, in astratto, a incidere sulle attribuzioni costituzionali dei membri del Parlamento, che rappresentano la Nazione senza vincolo di mandato (art. 67 Cost.)» ([ord. n. 277](#)).

A questo specifico proposito, ove la prospettazione stessa fosse stata correttamente impostata, qualche “attesa” avrebbe potuto essere riposta, in particolare, sulla possibile menomazione del potere di emendare il testo, forse, “irragionevolmente” sacrificato dalle procedure *de quibus*. All’uopo, va rilevato che la questione di fiducia, non a caso, è stata posta su ciascuno dei singoli articoli del provvedimento da approvare, ma non senza sollevare qualche dubbio in ordine ai possibili esiti, per certi versi paradossali, a cui si sarebbe potuto giungere (anche a prescindere dalle intrinseche criticità ed aporie rinvenibili, in linea generale, nell’istituto in esame)⁵⁴. Basti pensare al fatto che essa risponde, in generale, all’esigenza di consentire l’approvazione di un provvedimento *complessivamente* ritenuto essenziale per la prosecuzione dell’azione di governo, anche quando si tratti di mere esigenze procedurali volte, essenzialmente, a rendere rapida ed agevole l’approvazione *de qua* (la c.d. “fiducia tecnica”).

In questo caso, ponendo tre distinte questioni di fiducia su tre articoli *dello stesso provvedimento*, ci si è trovati di fronte al fatto che l’approvazione del “voto fiduciario” di un articolo condizionasse gli altri due, giacché ne avrebbe potuto pregiudicare la funzione in concreto e l’esito finale ove la votazione che precede le altre avesse conseguito un esito negativo. Ciò sembra porsi in contrasto, sotto certi aspetti, con la natura e con i presupposti propri della questione di fiducia, soprattutto in ordine alla “consustanziale” indivisibilità dell’oggetto ad essa sottoposto.

Anche il richiamo ai regolamenti parlamentari per rinvenirvi un eventuale punto di riferimento ed un possibile supporto (pur risultando ciò, in ogni caso, molto improbabile, considerato il consolidato orientamento della Corte da sempre restia a sottoporre i regolamenti stessi al sindacato costituzionale) per affrontare la questione della regolarità (o, se si vuole, della “coerenza costituzionale”) delle procedure in questione in connessione con la loro eventuale illegittima incidenza sull’esercizio dei poteri dei parlamentari, è stato poco perspicuo sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale. Sono, infatti, gli stessi regolamenti delle Camere che non solo prevedono l’utilizzo della questione di fiducia, ma che intervengono anche per limitare il potere di emendamento sotto molteplici profili, a cominciare, per esempio, dai procedimenti legislativi speciali e/o abbreviati. Il potere di emendamento, inoltre, ove inteso nell’accezione fatta propria dai ricorrenti assume, peraltro, dei tratti ancora più problematici nel momento in cui sembra configurarsi non tanto come potere proprio di ciascun deputato o senatore, ma come potere di una anodina “minoranza” parlamentare di rendere il testo conforme al dettato costituzionale ed alle indicazioni rivenienti dalla giurisprudenza della Consulta. Ora, al di là della bizzarria insita nella pretesa di una forza parlamentare di ritenersi depositaria *ex se* del potere “salvifico” di mondare una legge dai profili di incostituzionalità con le proprie proposte emendative (si badi, considerate sotto il profilo sostanziale e non strettamente procedurale)⁵⁵, va considerato che il potere di emendamento, così come evidenziato in dottrina⁵⁶, non va confuso con un inesistente obbligo a

⁵⁴ V., *amplius*, G. PICCIRILLI, *I paradossi della questione di fiducia ai tempi del maggioritario*, in *Quad. cost.* 2008, n. 4, 789 ss.

⁵⁵ Si fa riferimento al ricorso n. 6 in cui si afferma che gli emendamenti presentati, «*se esaminati e approvati, avrebbero ricondotto la legge nei parametri costituzionali*, come sarebbe stato diritto dei cittadini elettori rappresentati dai ricorrenti, secondo quanto stabilito dalla sentenza della Corte di Cassazione, sezione prima, 16 aprile 2014, n. 8878, e dalle [sentenze n. 1 del 2014](#) e [n. 35 del 2017](#) della Corte costituzionale» (*corsivo n.d.r.*).

⁵⁶ V., di recente, M. VILLONE, *La legge elettorale dal conflitto politico al conflitto tra poteri*, cit., 26.

porre in votazione gli emendamenti stessi, pur dovendosi riconoscere che tale potere non può essere compresso al punto da inficiare la corretta formazione della volontà collettiva da cui trae origine l'atto legislativo, o da prescindere del tutto da una qualche loro "considerazione".

Ed è anche in relazione a quest'ultimo profilo problematico che appare possibile effettuare qualche breve riflessione in ordine al fatto che i ricorrenti abbiano scelto la via del conflitto tra poteri senza trarne fino in fondo tutte le conseguenze, ovvero senza considerare adeguatamente la natura e la logica di fondo che ne sostengono il relativo giudizio. Nelle richieste di questi ultimi, infatti, sono stati anche (incongruamente) richiamati, a (presunto) sostegno delle censure mosse alcuni profili di illegittimità costituzionale delle leggi elettorali (peraltro, una abrogata, almeno implicitamente, e l'altra non ancora entrata in vigore) ingenerando una sostanziale confusione di fondo in ordine al fatto che il giudizio promosso non era, né poteva in alcun modo essere, un giudizio di legittimità costituzionale attivato, peraltro, in via preventiva e diretta.

Ad un improbabile giudizio di siffatta natura sembrano alludere, infatti, i ricorsi nn. 5, 6 e 7, laddove fanno riferimento essenzialmente a profili di contrasto tra la legge (in corso di approvazione) e la Costituzione, che la Corte avrebbe dovuto considerare e censurare (anche sulla base di richieste per lo più aleatorie)⁵⁷ nonostante risultassero estranei o svincolati rispetto a possibili ricadute sull'esercizio di attribuzioni costituzionalmente protette.

A tale proposito, *a latere* delle questioni che appaiono maggiormente idonee a connotare ed inquadrare l'oggetto del giudizio della Corte, va rilevato, in estrema sintesi, come l'argomento proposto dai ricorrenti (ma che, in verità, tocca solo impropriamente l'oggetto dei ricorsi in commento) secondo cui la scelta di sollevare un conflitto di attribuzioni sarebbe giustificata e sorretta dalla scarsa "agibilità" del giudizio in via incidentale e dall'impossibilità di agire tempestivamente per tale via così consolidando "effetti irreversibili". In questa sede ci si può limitare a rilevare, per un verso, come la stessa Corte, già in occasione della [sentenza n. 1 del 2014](#), avesse di fatto ritenuto non pertinente l'argomento dei summenzionati "effetti irreversibili" (i quali risulterebbero svincolati – e non condizionati – dal giudizio di legittimità), e, per l'altro, come appaia del tutto privo di rilievo l'argomento "pragmatico" dei ricorrenti secondo cui le «strettezze dell'incidentalità» impedirebbero di "giustiziare" tempestivamente i (presunti) possibili profili di illegittimità costituzionale della legge elettorale.

Semmai, in occasione della delibazione circa l'ammissibilità del conflitto, sarebbe potuto risultare degno di un qualche rilievo il fatto che gli effetti prodotti dall'applicazione di un istituto certamente non vietato dalla Costituzione, ma, in fondo, espressamente disciplinato "solo" dai Regolamenti parlamentari e dalla legge ordinaria che ne ha razionalizzato (sia pure molto parzialmente) l'utilizzo⁵⁸ ha finito col limitare il potere di emendamento dei singoli parlamentari direttamente tutelato dalla Carta costituzionale⁵⁹ e, per certi versi, "rafforzato" proprio nei casi in cui è prevista la riserva d'Assemblea.

All'uopo, appare opportuno evidenziare che se è vero ciò che afferma la dottrina quando rileva che le materie sottoposte a riserva di Assemblea, ai sensi dell'art. 72, c. 4, Cost. sono «elencate alla pari, senza alcuna distinzione o specificazione», e che «i precedenti di questioni di fiducia per quanto riguarda leggi di delegazione e leggi finanziarie o di stabilità sono numerosi»⁶⁰, senza che sia stata, di fatto, evitata, impedita o censurata, peraltro, la prassi della fiducia sui "maxi-emendamenti", è altresì vero che la materia elettorale presenta talune specifiche peculiarità che

⁵⁷ Nel ricorso n. 7 si richiede, in particolare, di «riportare la situazione parlamentare a prima del 10 ottobre 2017, data in cui il Governo ha posto per la prima volta la questione di fiducia sulla legge n. 165 del 2017, determinando la decadenza di tutti gli emendamenti proposti dai loro e da altri gruppi parlamentari».

⁵⁸ Si fa riferimento alla legge n. 400 del 1988 che, all'art. 2, c. 2, da un lato, attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere (che questi può esercitare «direttamente o a mezzo di un Ministro espressamente delegato») di porre la questione di fiducia dinanzi alle Camere, dall'altro limita tale potere a livello endorganico, vincolandolo all'assenso del Consiglio dei Ministri.

⁵⁹ Sul punto v., in particolare, G. SERGES, *Notazioni minime a margine del conflitto tra parlamentari e Camera*, cit., spec. 36 ss.

⁶⁰ Così M. VILLONE, *La legge elettorale dal conflitto politico al conflitto tra poteri*, cit., 28.

sollevano qualche dubbio sulla predetta omogeneità e sulla assimilabilità di fattispecie che, forse, andrebbero distinte, al di là del tenore formale del quarto comma dell'art. 72 Cost. Ciò al fine di valutare la compatibilità fra le garanzie, la natura e la “specialità”⁶¹ che connotano, in particolare, la legge elettorale, da un lato, e la possibilità di porre la questione di fiducia sulla sua approvazione, dall'altro. È possibile rilevare, infatti, che nell'elenco di cui all'art. 74, c. 4, Cost., pare emergere una differenza “a monte” tra la materia elettorale (in endiadi con quella costituzionale) e le altre tipologie ivi richiamate consistente nella tendenziale estraneità delle scelte compiute in ordine a siffatta materia dalla elaborazione ed attuazione dell'indirizzo politico del Governo, nella prospettiva precipua di consentire una più ampia condivisione che guardi non solo al breve periodo e che punti al buon funzionamento della democrazia.

A fronte di tutto ciò, va, tuttavia, sottolineato anche come i ripetuti interventi del legislatore sulla disciplina elettorale (e la conseguente sensazione che le contingenti maggioranze del momento potessero deciderne le sorti), uniti alle reiterate (e, per molti versi, problematiche)⁶² pronunce di incostituzionalità sulla stessa, nelle quali la Corte non ha potuto esimersi, peraltro, dall'allargare le maglie del suo giudizio (soprattutto attraverso il sindacato sulla ragionevolezza) al fine di impedire che vi fossero «zone franche» sottratte al giudizio di costituzionalità ed entro cui avrebbero rischiato di trovare riparo anche delle leggi elettorali assai stridenti con l'assetto costituzionale complessivo, hanno finito con lo spingere, per certi versi, la legge elettorale nell'orbita dell'indirizzo politico governativo (verosimilmente senza che vi fosse una specifica volontà in tal senso, soprattutto da parte del Giudice delle leggi). La materia elettorale stessa, infatti, è diventata un terreno di scontro, più che di mediazione, tra le forze parlamentari, tant'è che negli stessi ricorsi in commento, tra gli argomenti adottati, vi è anche l'accusa secondo cui, in corso di approvazione della legge n. 165 del 2017, si è registrata «la propensione della maggioranza parlamentare (...) a “disattendere l'invito” formulato dalla sentenza della [Corte costituzionale n. 35 del 2017](#), par. 15, ad armonizzare i procedimenti elettorali delle due Camere» ([ord. n. 280](#)).

Sembra, pertanto, potersi dire che tutti gli elementi, per così dire, tanto “di dettaglio”, quanto “di contesto”, sin qui evidenziati ed entro cui si iscrivono le decisioni esaminate, se, da un lato, appaiono comunque poco idonei a far ritenere che il Giudice dei conflitti avrebbe potuto far “venir meno” la legge elettorale (con tutte le implicazioni politiche ed istituzionali che ciò avrebbe comportato) per la menomazione di un potere che i ricorrenti stessi non hanno saputo adeguatamente proporre, dall'altro, pongono in rilievo come non mancassero criticità e aspetti di dubbia legittimità concernenti soprattutto la compatibilità (tutt'altro che scontata)⁶³ della questione di fiducia con le tutele ed i vincoli posti dalla Costituzione sul procedimento legislativo in materia elettorale (in stretta connessione con la sfera di attribuzione del singolo parlamentare).

Resta evidente, in ogni caso, che, se sul piano giurisdizionale le questioni affrontate possano aver trovato una “quadratura” (più o meno soddisfacente), su quello costituzionale e, più in generale, su quello politico-parlamentare continuano a permanere dubbi e potenziali criticità che difficilmente potranno non ripercuotersi, *medio tempore*, sulle dinamiche istituzionali e sulla qualità complessiva della democrazia rappresentativa del nostro Paese.

⁶¹ Il termine “specialità” è utilizzato in senso descrittivo nella consapevolezza di non poter pretendere di affrontare adeguatamente, in questa sede, la questione se ed in quali termini la procedura normale di esame e di approvazione prevista dall'art. 72, c. 4 Cost., si trasformi in un vero e proprio procedimento “speciale” nel momento in cui venga posta la questione di fiducia secondo la prospettiva offerta, *in primis*, dal c.d. “Lodo Iotti” del 1980 (citato anche dai ricorrenti anche se in maniera, per certi versi, inappropriata).

⁶² V., in proposito, *ex multis*, le considerazioni *ante litteram* rispetto alla pronuncia del 2014 di E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di “supplenza” alla Corte costituzionale di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in [Rivista AIC](#), 2013, n. 4.

⁶³ Appare emblematico che un Vicepresidente (P. Maddalena) ed un Presidente (C. Mirabelli) emeriti della Corte costituzionale evidenzino o adombrino, sia pure con accenti ed argomenti diversi (più espliciti e diretti, il primo, più velati ed indiretti, il secondo), potenziali profili di contrasto con la Costituzione da parte di talune possibili applicazioni della questione di fiducia. V., in proposito, P. MADDALENA, *Sovranità popolare e legge elettorale “rosatellum”*, cit.; C. MIRABELLI, *Riflessioni di merito sul Rosatellum (al netto dalle polemiche politiche)*, in [Federalismi.it](#), 2017, n. 20.

Ugo Adamo*

«Senza distinzione ... di religione».

Libertà di manifestazione del pensiero e tutela del sentimento religioso

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *Origini storiche della tutela del sentimento religioso, tra Codice Rocco e Carta costituzionale*. – 3. *Il percorso giurisprudenziale. Un bilanciamento “diseguale”*. – 4. *Criticità non risolte e procurate in un contesto di riforme legislative*. – 5. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. – 6. *Il vilipendio religioso in alcuni recenti casi: fra disapplicazione di fatto dei tradizionali strumenti punitivi in tema di religione e “reintroduzione” del reato di vilipendio diretto alla religione*. – 7. *Conclusioni*.

1. *Premessa*

L'irrisione, non solo se greve, di ciò che è considerato sacro è per molti, credenti e non, da censurare non solo in quanto il dilleggio si esprime spesso con cattivo gusto, se non proprio in modo sconveniente, ma anche perché la derisione della religione mette a serio rischio quella coesione che, specie in una società sempre più multiculturale, è necessario mantenere e custodire.

La religione è non solo una “ideologia”¹, che come tutte le altre può essere sottoposta a critica e persino a dilleggio, ma è anche una delle due grandi “sovrastutture” che “attanagliano” il nostro tempo²: l'economia (tecno-crazia) e, per l'appunto, la fede religiosa (clero-crazia). Tale “tenaglia” è subentrata al tramonto delle ideologie politiche, anche in ragione dell'intensificarsi di flussi migratori qualitativamente differenti da quelli del passato (le persone migranti spesso appartengono ad una fede diversa da quella giudaico-cattolica), all'intensificarsi del terrorismo internazionale in un contesto di crisi finanziaria con conseguente reazione di protezione anche culturale³.

In questo scenario, nuovo e difficilmente governabile – e tralasciando la questione se l'ampia materia della blasfemia sia (ora) figlia di una “paura” del radicalismo religioso in un contesto di globalizzazione⁴ –, la nostra attenzione si vuole concentrare sulla ragionevolezza del divieto di esprimere idee blasfeme (in Italia il linguaggio codicistico impiega il lemma bestemmia)⁵ e se esso, il divieto, sia *necessario* nel “contesto” democratico costituzionale italiano. Partendo dalla normativa sulla bestemmia ci si concentrerà, quindi, sulla codicistica in tema di tutela delle religioni. Il contrasto tra libertà di esprimere il proprio pensiero e libertà religiosa si è posto da ultimo (ed in tutta la sua durezza) il 7 gennaio del 2015, quando, a Parigi, un gruppo di terroristi nel nome della “propria fede” ha tolto la vita a dieci lavoratori (componenti di redazione, vignettisti, collaboratori) del giornale

* Assegnista di ricerca in *Diritto costituzionale* presso l'Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

¹ Essendo anche: un «fenomeno» che appartiene alla «evoluzione sociale» e allo «sviluppo psichico dell'essere umano»; una «risposta culturale a bisogni derivanti dalle condizioni di esistenza degli individui e delle collettività umane»; la maggiore «istituzione regolatrice della condotta umana»; un «fenomeno dell'esistenza umana»; la «radice ultima di ogni elemento astratto della cultura»; una «forma di verità assoluta». Tutte queste concezioni della religione si trovano in L. GALLINO, *Religione (sociologia della)*, in *Dizionario di sociologia*, Novara, 2006, 287 ss.

² Il riferimento, come è subito apprezzabile, va a N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma - Bari, 2008. Si v., altresì, A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma - Bari, 2002.

³ V. VALENTI, *Il diritto di satira e la tutela del sentimento religioso. Storia di un bilanciamento*, in Federalismi.it, 19/20016, 3.

⁴ Per cui un evento, verificatosi in un luogo qualunque, produce anche altrove effetti di elevatissimo rilievo sociale e dalle imprevedibili, ed anche pericolose, conseguenze politiche: queste sempre più spesso diventano oggetto di legislazione con conseguente discapito della libertà di espressione. Questa stretta relazione tra globalizzazione e libertà d'espressione, in un contesto storico-politico di scontro tra civiltà dopo gli attentati dell'11 settembre 2011, produce, fra l'altro, una sorta di “effetto farfalla”.

⁵ G. FATTORI, *La secolarizzazione dei reati contro il sacro*, in AA.VV., *Blasfemia, diritti e libertà. Una discussione dopo le stragi di Parigi*, a cura di A. Melloni - F. Cadeddu - F. Meloni, Bologna, 2015, 227.

satirico⁶ *Charlie Hebdo*⁷ perché “accusati” di blasfemia⁸. Tale vicenda ha riportato all’attenzione dei giuristi, per come dicevamo, non solo la contrapposizione tra due beni quali la libertà di espressione (finanche di blasfemia) e la libertà religiosa, ma anche – evidentemente e soprattutto – la *quaestio* dei limiti⁹ che legittimamente possono imporsi a tali libertà nell’opera di bilanciamento che spetta al legislatore, prima, e al giudice, poi, quando si norma e si giudica *in subiecta materia*.

Scopo della nostra riflessione è quello di indagare lo spazio riconosciuto nell’ordinamento costituzionale italiano al diritto di espressione (nel quale rientra anche quello di satira)¹⁰ quando l’oggetto del discorrere riguarda la fede religiosa; di sondare, inoltre, il persistente spazio di tutela offerto al sentimento religioso che si configura come limite di natura penale all’esercizio, per l’appunto, della libertà di espressione; di procedere, infine, per tale analisi alla luce del materiale normativo e giurisprudenziale finora prodotto. Lo studio vuole muoversi nell’odierno scenario ordinamentale sempre più aperto ad una tutela interstatuale e quindi anche a valle di alcune rilevanti pronunce depositate negli ultimi decenni dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (d’ora in avanti Corte EDU).

Avendo a mente l’evento drammaticamente accaduto nella capitale francese¹¹, ma allo stesso tempo estraendoci dal caso concreto, ci possiamo retoricamente porre delle domande: si è sempre dinanzi alla incompressibile libertà di espressione del pensiero? Esiste un limite superato il quale si può dire che si è oltrepassata l’asticella del dicibile? Esiste il diritto a *non sentirsi* offesi nel proprio credo religioso? Quali sono le discipline costituzionali e normative che delimitano l’esercizio di tale libertà? Nelle pagine che seguono si cercherà di formulare delle risposte a tali questioni e alle inquietudini che le muovono.

Per iniziare, occorre stabilire quale sia, in un contesto caratterizzato da una società sempre più multiculturale, il rapporto che può intercorrere tra libertà di espressione e tutela dei diritti *degli altri* e quale sia il fondamento della protezione del sentimento religioso di un fedele, che vanta un diritto, quello di non sentirsi offeso, e che chiede tutela nella sua sensibilità di credente.

⁶ Che nella sua storia si è occupato di anticlericalismo, ma lo ha fatto in una percentuale (quantitativamente parlando) minima; in riferimento M. LEVANT, *Il mito dell’islamofobia. Uno sguardo storico sulla caricatura religiosa in Charlie Hebdo*, in AA.VV., *Blasfemia, diritti e libertà*, cit., 149.

⁷ E a due poliziotti che cercavano di tutelarne l’incolumità da attacchi di tal sorta, viste le ripetute minacce che i componenti della rivista satirica ricevevano ormai da anni da parte di fazioni islamico-integraliste.

⁸ Le accuse erano quelle di aver ridicolizzato il profeta Maometto, ma soprattutto di averlo raffigurato.

⁹ Ampiamente in tema A. CARDONE, *L’incidenza della libertà d’espressione garantita dall’art. 10 c.e.d.u. nell’ordinamento costituzionale italiano*, in *Osservatorio delle fonti*, 3/2012, 1 ss.

¹⁰ Anche se non solo in questo diritto a dottrina di N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà religiosa*, in AA.VV., *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, a cura di N. Fiorita - D. Loprieno, Firenze, 2009, 23 - 48.

¹¹ Tutto ebbe inizio il 17 settembre del 2005, vale a dire il giorno in cui il giornale danese *Politiken* rese nota la difficoltà di commissionare a un disegnatore l’illustrazione di un libro per bambini sulla storia del profeta Maometto. L’impossibilità di trovare qualcuno in grado di tradurre in disegno la figura del profeta – a causa delle probabili ritorsioni che tale opera avrebbe procurato, essendo la raffigurazione di Maometto considerata atto blasfemo per la religione musulmana – ebbe un’eco tale che il maggior giornale danese (*Jyllands Posten*) decise di dar voce a questa “paura” di esercitare la libertà di espressione in forma grafica. La rivista, quindi, decise di pubblicare (il successivo 30 settembre) dodici vignette raffiguranti Maometto, fra le quali quella (forse) più nota traeva il fondatore dell’Islam con in testa una bomba a mo’ di turbante. Le accuse di blasfemia furono repentine e giunsero da quasi l’intero globo; insieme ad esse, però, arrivarono anche gesti di solidarietà accumulati dalla volontà di “protezione” del principio della libertà di manifestazione del pensiero. Fra i tanti gesti di solidarietà a cui si è appena accennato rientra la decisione da parte del giornale settimanale satirico *Charlie Hebdo* di pubblicare (l’8 febbraio del 2006) un numero monografico sulla vicenda, con le dodici vignette divenute ormai famose. Un’ampia ricostruzione della vicenda è offerta da J. FERREIRO GALGUERA, *Los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: a propósito de las caricaturas sobre Mahoma*, in A.VV., *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*, a cura di Id., Madrid, 2008, 693 - 701. V. anche L. CHRISTOFFERSEN, *The Danish Cartoons Crisis Revisited*, in AA.VV., *Islam and political-cultural Europe*, a cura di W.C. Durham - D.M. Kirkham - T. Lindholm, Oxford, 2012, 217 - 227; E. DERIEUX, *Respect des croyances et la liberté d’expression, droit français et européen, actualité jurisprudentielle*, in *Annuaire de Droit et Religions*, 6/2013, 801 s.; si v. anche il numero monografico di *MicroMega* intitolato *Je suis Charlie? Je suis Charlie!*, 5/2015; M. LEVANT, *Op. cit.*, 161 ss.

I casi più problematici che possono presentarsi quando ci si interroga intorno al corretto bilanciamento tra diritti non sono tanto quelli inerenti all'espressione di posizione favorevole ad una determinata religione (chiaramente ammissibili) o quelli che riguardano l'esercizio della libertà di espressione quando si ha il fine di incitare alla violenza contro i credenti in una determinata fede con argomenti di odio discriminatorio (chiaramente illeciti), quanto piuttosto tutti quei casi che costituiscono la cosiddetta zona "grigia"¹²: «[s]i tratta di quei casi nei quali affermazioni, commenti o opinioni espresse in materia religiosa si oppongono direttamente a convinzioni, sentimenti, credenze o istituzioni di tale tipo, molte volte in termini offensivi, ma senza superare un livello che permetta di qualificarli come discorso dell'odio^{13»¹⁴; si sta discorrendo, dunque, di blasfemia (espressioni contro Dio e contro i simboli religiosi)¹⁵ e di ingiuria (espressioni contro credenze e fedi religiose)¹⁶.}

2. Origini storiche della tutela del sentimento religioso, tra Codice Rocco e Carta costituzionale

Pronunciare bestemmia, nel nostro ordinamento e per lungo tempo¹⁷, ha costituito un reato penale punito con l'ammenda. Le ragioni di questa previsione – che è parsa particolarmente rigorosa solo diversi anni dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale – sono da rintracciarsi nella storia e quindi nel periodo in cui fu elaborato il codice penale (c.d. "codice Rocco"). Negli anni '30 del secolo ormai alle spalle, il mondo (del diritto) non era globalizzato e non erano ancora presumibili gli sviluppi tecnologici che avrebbero interessato la nostra società che oggi si definisce multiculturale (e quindi multireligiosa) e che si sviluppa in un contesto "sempre più interessato! da una spinta di

¹² Così da L. LÓPEZ GUERRA, *Libertad de expresión y libertad de religión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: blasfemia e insulto a la religión*, in *Revista de Derecho Europeo*, 46/2013, 82.

¹³ Per la definizione di "discorso di odio" si riporta il punto 33 del Rapporto sulle *Relazioni tra libertà d'espressione e libertà di religione: regolamentazione e repressione della blasfemia, dell'ingiuria a carattere religioso e dell'incitazione all'odio religioso* adottato dalla Commissione di Venezia (17 - 18 ottobre 2008): «[n]on esiste una definizione unanimemente riconosciuta di "incitazione all'odio" né di "discorso di odio". Nella sua Raccomandazione (97)20, il Comitato dei Ministri ha stabilito la seguente definizione: il termine "discorso di odio" deve essere inteso come riguardante tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, compresa quella che si esprime sotto forma di nazionalismo aggressivo e di etnocentrismo, di discriminazione e di ostilità nei confronti delle minoranze, degli immigrati e discendenti da immigrati. La Corte europea dei diritti dell'uomo fa riferimento a «tutte le forme di espressione che diffondono, incitano a, promuovono o giustificano l'odio fondato sull'intolleranza (compresa quella religiosa)» (*Gunduz c. Turquie*, causa del 4 dicembre 2003, § 40). È opportuno distinguere il discorso di odio dal crimine di odio. I crimini di odio sono sempre costituiti da due elementi: 1) un reato; 2) un pregiudizio che lo motiva. Se non è motivato da un pregiudizio, un discorso non può costituire reato [...]. Tuttavia, l'incitazione diretta a commettere dei reati è vietata in tutti gli Stati membri. Nei paesi dove ciò che è punito non è l'istigazione all'odio in quanto tale, ma l'istigazione a commettere atti di violenza [...], questo può essere qualificato come crimine di odio».

¹⁴ L. LÓPEZ GUERRA, *Op. cit.*, 82.

¹⁵ Per la definizione di blasfemia si riporta il punto 24 del Rapporto della Commissione di Venezia che così recita: «non esiste un'unica definizione di blasfemia. Il dizionario Merriam Webster definisce la blasfemia nel modo seguente: 1 – l'insulto, il disprezzo o la mancanza di rispetto verso un dio; 2 – l'atto di rivendicare gli attributi della divinità; 3 – la mancanza di rispetto verso ciò che è considerato come sacro o inviolabile. Secondo il Rapporto della Commissione per la cultura, la scienza e l'educazione intitolato "Blasfemia, insulti religiosi e incitazione all'odio contro le persone a causa della loro religione", la blasfemia può essere definita come il reato che costituisce l'insulto, il disprezzo o la mancanza di rispetto verso un dio e, per estensione, verso tutto ciò che è considerato sacro. La Commissione irlandese per le riforme legislative ha suggerito di formulare come segue la definizione ufficiale di blasfemia: "qualsiasi atto o parola che risulta oltraggioso per un numero considerevole di fedeli per il fatto di prendere di mira una o più questioni considerate sacre dalla loro religione"».

¹⁶ Per la definizione di ingiuria si riporta il punto 28 della Rapporto della Commissione di Venezia, che così recita: «[n]on esiste una definizione generale di ingiuria religiosa, ma le disposizioni pertinenti delle legislazioni europee si riferiscono (spesso senza distinguerle) a due diverse nozioni di insulto, quella per appartenere ad una particolare religione e quella di insulto ai sentimenti religiosi».

¹⁷ Di recente N. COLAIANNI, *Op. cit.*, 23, ha ricordato che prima di essere un adagio popolare «scherza coi fanti, ma lascia stare i santi» era una massima per l'appunto giuridica.

secolarizzazione¹⁸. Il legislatore di allora si muoveva all'interno di un sistema (giuridico) totalmente differente da quello di oggi; allora (e di fatto) si (ri)conosceva e tutelava una sola religione, quella cattolica, ed erano previste fattispecie criminose considerate reati *contro la società*. È in quella società culturale che venne alla luce il nuovo codice penale che, abrogando il previgente codice Zanardelli¹⁹, consacrava quanto disposto dall'art. 1 dello Statuto albertino²⁰ e dall'art. 1 dei Patti Lateranensi del 1929 tra la Santa Sede e l'Italia²¹, ovverosia che la religione cattolica era la religione dello Stato italiano.

Il codice penale – per quanto qui interessa – nel testo originario prevedeva in modo particolare due norme a tutela degli appartenenti alla religione cattolica: l'art. 724 cod. pen. *Bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti* per cui «[c]hiunque pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità o Simboli o le Persone venerate nella religione dello Stato è punito con l'ammenda da lire ventimila a seicentomila»; l'art. 402 cod. pen. *Vilipendio della religione dello Stato* per il quale «[c]hiunque pubblicamente vilipende la religione dello Stato è punito con la reclusione fino a un anno».

Non era, comunque, assicurata la sola tutela per il culto cattolico, ma anche quella per i culti diversi da quest'ultimo, che però, seppur ammessi, ricevevano una protezione inferiore a norma dell'allora vigente art. 406 cod. pen. *Delitti contro i culti ammessi nello Stato*: «[c]hiunque commette uno dei fatti preveduti dagli articoli 403²², 404²³, e 405²⁴ contro un culto ammesso nello Stato, è punito ai termini dei predetti articoli, ma la pena è *diminuita*».

La previsione del reato di bestemmia trovava la sua *ratio* nel periodo chiaramente confessionista in cui il legislatore penale di allora operava. Periodo storico – quello della prima parte del secolo scorso – in cui la sola religione dello Stato, così come recitava l'articolo in esame, era la religione cattolica, apostolica e romana, secondo quanto disposto dall'art. 1 del Trattato fra la Santa Sede e l'Italia, reso esecutivo con la l. 27 maggio 1929, n. 810.

La previsione della tutela penale del sentimento religioso (della religione cattolica), in quel periodo storico, era ragionevole in quanto ad essa si apprestava una tutela comparabile a quella degli altri

¹⁸ A. SERENI, *Sulla tutela penale della libertà religiosa*, in *Cass. pen.*, 11/2009, 4449.

¹⁹ La fattispecie del reato di bestemmia era assente nel codice Zanardelli, ma presente nelle codificazioni preunitarie. Nel codice del 1889 erano contemplati solo i delitti contro il sentimento religioso nel titolo relativo ai delitti contro la libertà (artt. 140 - 144 cod. pen.). Inoltre non si tutelava la religione (come si farà nel codice Rocco), ma l'oggetto di tutela penale era l'individuale libertà religiosa del credente. Ed infatti, dalla querela di parte si è passati alla procedibilità d'ufficio, trattandosi di un "bene di civiltà" – P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, Milano, 1983, 90 ss. – che apprestava la tutela non già al sentimento religioso individuale quanto piuttosto a quello collettivo. La qual cosa rimane tuttora: P. SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstite tutela penale del fattore religioso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2009, 626. Una ampia analisi è in A.G. CANNEVALE - C. LAZZARI, *La tutela delle religioni e il codice penale. Egesi di alcuni delitti sopravvissuti al ripensamento normativo dei reati di opinione*, in AA.VV., *Diritto penale della libertà religiosa*, a cura di D. Brunelli, Torino, 2010, 60 ss.

²⁰ «La Religione Cattolica, Apostolica e Romana è la sola Religione dello Stato. Gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi».

²¹ «L'Italia riconosce e riafferma il principio consacrato nell'articolo 1° dello Statuto del Regno 4 marzo 1848, pel quale la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato».

²² *Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di persone*: «Chiunque pubblicamente offende la religione dello Stato, mediante vilipendio di chi la professa, è punito con la reclusione fino a due anni. Si applica la reclusione da uno a tre anni a chi offende la religione dello Stato, mediante vilipendio di un ministro del culto cattolico».

²³ *Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose*: «[c]hiunque, in un luogo destinato al culto, o in un luogo pubblico o aperto al pubblico, offende la religione dello Stato, mediante vilipendio di cose che formino oggetto di culto, o siano consacrate al culto, o siano destinate necessariamente all'esercizio del culto, è punito con la reclusione da uno a tre anni. La stessa pena si applica a chi commette il fatto in occasione di funzioni religiose, compiute in luogo privato da un ministro del culto cattolico».

²⁴ *Turbamento di funzioni religiose del culto cattolico*: «[c]hiunque impedisce o turba l'esercizio di funzioni, cerimonie o pratiche religiose del culto cattolico, le quali si compiano con l'assistenza di un ministro del culto medesimo o in un luogo destinato al culto, o in un luogo pubblico o aperto al pubblico, è punito con la reclusione fino a due anni. Se concorrono fatti di violenza alle persone o di minaccia, si applica la reclusione fino a tre anni». In dottrina almeno S. BONFIGLIO, *Art. 405 c.p.: il delitto di «turbatio sacrorum» nel nuovo scenario della tutela penale, come novellato dalla l. n. 85/2006*, in AA.VV., *Diritto penale della libertà religiosa*, cit., 13.

“simboli” della Nazione, e se ne tutelava la funzione pubblica ad essa spettante in quanto religione dello Stato, reggendosi (anche) su di essa l’autorità morale e la credibilità del potere²⁵.

La normativa di allora era il precipitato consequenziale della positivizzazione di un principio confessionista, messo a dura prova solo con la fine del fascismo e quindi con l’entrata in vigore della Carta costituzionale che, superandolo in modo certo, non fa più riferimento alcuno alla religione cattolica come religione di Stato.

A seguito dell’entrata in vigore del testo costituzionale, e per diversi decenni, l’interpretazione avallata dalle giurisdizioni tendeva a far combaciare, però, la locuzione «religione di Stato» con quella di «religione cattolica», con la conseguenza che per un tempo lungo e continuato la normativa penale del 1930 fu ritenuta conforme al nuovo testo costituzionale anche dalla giurisprudenza costituzionale²⁶ che riteneva infondati i dubbi via via sollevati dai giudici *a quibus*.

È la stessa Corte costituzionale che poi iniziò a sottolineare il vuoto di tutela che interessava anche sotto questo aspetto le religioni diverse da quella cristiana e, solo a seguito di una sua abbondante giurisprudenza ablativa, il legislatore si è fatto carico di “aggiornare” il testo legale e di conformarlo alla giurisprudenza costituzionale, senza mai, però, spingersi oltre.

Per cogliere questo *iter*²⁷ è quanto meno opportuno partire dal diritto positivo. Prima di procedere con l’analisi delle disposizioni contenute nel codice penale, dovendoci occupare di limiti ai diritti fondamentali, la fonte del diritto da cui prendere le mosse non può che essere il testo costituzionale. La disposizione a cui bisogna fare riferimento, essendo la libertà di espressione limitata dalla presenza di una simile codicistica, è l’art. 21 Cost. e, più precisamente, i suoi primo²⁸ e sesto comma²⁹. Il citato articolo costituzionale riconosce la libertà di espressione in tutte le sue forme e, al sesto comma, contiene una riserva di legge rinforzata con il limite del buon costume. Quindi, la Carta costituzionale riconosce e tutela il diritto di esprimere e diffondere liberamente il pensiero, le idee e le opinioni, prevedendo come loro limite la clausola generale del buon costume. Ma fermarsi solo a questo mero richiamo letterale del disposto costituzionale non ci aiuta nella configurazione dei limiti alla libertà della manifestazione del pensiero³⁰, in quanto altri diritti, tutti comunque riconducibili ad interessi costituzionalmente protetti (onore e reputazione³¹, riservatezza³², regolare funzionamento della giustizia³³, sicurezza dello Stato³⁴, ...), si pongono con essa in “naturale” bilanciamento al fine di evitarne la tirannia.

La Corte ha pronunciato diverse decisioni in merito; con riguardo alla portata del limite esplicito, da una parte, ha ridotto il contenuto del buon costume alla violazione del pudore sessuale dei più giovani³⁵, dall’altra, ha specificato che la sua tutela non ha altro fine se non quello di tutelare il «bene

²⁵ R. BOTTA, *Tutela del sentimento religioso*, in *Il Diritto. Enc. giur.*, Bergamo, 2008, 332; M.C. IVALDI, *La tutela penale in materia religiosa nella giurisprudenza*, Milano, 2004, 65 ss.

²⁶ *Ex pluribus* Corte cost., [sentt. nn. 79/1958, 15/1973, 188/1975, 925/1988, ordd. nn. 52 e 54/1989](#).

²⁷ R. BOTTA, *La tutela penale del sentimento religioso nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di Id., Napoli, 2006, 29 - 38; F. SGUBBI, *Religione e diritto penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale (articoli 8 e 19 Cost.)* in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli Napoli, 2006, 203 ss.

²⁸ «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione».

²⁹ «Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

³⁰ M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, 2014.

³¹ Protetti dai delitti dell’ingiuria, diffamazione e oltraggio.

³² Si pensi anche alla protezione dei dati personali.

³³ Tutelata dal divieto di pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale e di indebita pubblicazione di notizie concernenti un procedimento penale.

³⁴ Nella misura in cui si punisce il segreto di stato.

³⁵ «Il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell’ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume, al mal costume e, come è stato anche detto, può comportare la perversione dei

fondamentale della dignità umana», in quanto ad esso è riconducibile la garanzia della «pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea»³⁶.

Con riguardo, invece, ai limiti impliciti, la Corte ha avuto modo di affermare che essi possono essere rinvenuti unicamente nel testo della Costituzione e sono «dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, che siano *parimenti garantiti* dalla Costituzione [, con la conseguenza che] l'indagine va rivolta all'individuazione del bene protetto dalla norma impugnata ed all'accertamento se esso sia o meno considerato dalla Costituzione in grado tale da giustificare una disciplina che in qualche misura possa apparire limitativa della fondamentale libertà in argomento»³⁷.

Vedremo fra poco (considerando il bene protetto) come sia arduo rintracciare nel principio di libertà religiosa un limite alla libertà di manifestazione del pensiero ai fini della tutela del sentimento religioso, nella consapevolezza che i limiti impliciti ai diritti fondamentali devono essere di tipo eccezionale³⁸.

Come in tutte le carte costituzionali contemporanee, anche in quella italiana si riconosce e si tutela la libertà religiosa, pur precisando che nessuna confessione avrà il carattere di religione di Stato. Il riferimento – oltre che al principio di non discriminazione per ragioni di religione *ex art. 3 Cost.* – va all'art. 19 Cost., con il quale si sancisce che «[t]utti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume».

Siamo, quindi, dinanzi a due libertà – di espressione da una parte e religiosa dall'altra –, entrambe fondamentali e che rientrano nel nucleo essenziale della Costituzione per costituire, la prima, «un diritto [...] coesistente al regime di libertà garantito dalla Costituzione»³⁹ e per assicurare, la seconda, il diritto di esercitare e professare (o meno) liberamente una fede religiosa⁴⁰.

Attraverso la dimensione c.d. “interna” della libertà religiosa, si garantisce la libertà piena di credere nella religione scelta; con la dimensione c.d. “esterna”, invece, si assicura che le proprie condotte possano essere adeguate agli imperativi discendenti dalle proprie convinzioni e che esse siano tutelate dalla legge.

Il bilanciamento tra diritti è operato attraverso la giurisprudenza (ordinaria, di legittimità e costituzionale), dopo l'intervento, in maniera astratta e generale, del legislatore che lo ha definito attraverso il codice penale e, più precisamente, attraverso la predisposizione di un Titolo rubricato, per l'appunto, *Dei delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, nel quale si norma su quel particolare rapporto che intercorre tra libertà di espressione e sentimento religioso, che si è reputato di dover tutelare attraverso una specifica normativa penale.

3. Il percorso giurisprudenziale. Un bilanciamento “diseguale”

costumi, il prevalere, cioè, di regole e di comportamenti contrari ed opposti», così Corte cost., [sent. n. 9 del 1965](#), punto 5 *cons. in dir.*

³⁶ Corte cost., [sent. n. 293/2000](#), punto 3 *cons. in dir.*

³⁷ Corte cost., [sent. n. 20 del 1974](#), punto 5 *cons. in dir.*, corsivi nostri.

³⁸ Limitazioni sostanziali della libertà di manifestazione del pensiero «non possono essere poste se non per legge (riserva assoluta di legge) e devono trovare fondamento in precetti e principi costituzionali, si rinvengano essi esplicitamente enunciati nella Carta costituzionale» (Corte cost., [sent. 9/1965](#), punto 3 *cons. in dir.*); siamo dinanzi ad un diritto – quello consacrato nell'art. 21 – che è «inconciliabile con qualsiasi disciplina che direttamente o indirettamente apra la via a pericolosi attentati e di fronte al quale non vi è pubblico interesse che possa giustificare limitazioni che non siano consentite dalla stessa carta costituzionale» (Corte cost., [sent. 11/1968](#), punto 3 *cons. in dir.*); «la libertà di manifestazione del pensiero non può trovare limitazioni se non nelle disposizioni legislative dirette alla tutela di altri beni ed interessi fatti oggetto di protezione costituzionale, tra i quali il sesto comma ha espressamente indicato il buon costume a causa della sua particolare rilevanza» (Corte cost., [sent. n. 120/1968](#), punto unico *cons. in dir.*).

³⁹ Corte cost., [sent. n. 11/1968](#), punto 3 *cons. in dir.*

⁴⁰ Nella libertà religiosa garantita dall'art. 19 Cost. rientrano i diritti di manifestare la propria appartenenza religiosa, esercitare pubblicamente il proprio culto, compiere attività di proselitismo, di aprire edifici religiosi, così come di non professare alcuna religione e non rivelare le proprie convinzioni religiose.

Il codice penale, fin dalla sua entrata in vigore, si è interessato alla tutela del fenomeno religioso in diverse sue disposizioni, anche a seguito dell'approvazione della Carta costituzionale del 1947. L'ampia tutela della libertà di espressione e del principio di eguaglianza assicurata dal testo costituzionale ha determinato (seppur con tempi non celeri e in minima parte per la prima, in misura sicuramente maggiore per il secondo) l'adeguamento del codice, anche nella parte in cui si tipizza il delitto di bestemmia, ovverosia l'art. 724 cod. pen.

A seguito della giurisprudenza costituzionale che negli anni ha prodotto un numero considerevole di pronunce, il Legislatore è intervenuto con due atti normativi, il d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, *Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205* (più precisamente con l'art. 57⁴¹) e la legge 24 febbraio 2006, n. 85, *Modifiche al Codice penale in materia di reati d'opinione*. Con questi interventi riformatori, il Legislatore ha adeguato (benché non in modo pieno, per la tesi che si espliciterà nel prosieguo del lavoro) la tutela penale del sentimento religioso ad alcuni dei principi introdotti con la Costituzione repubblicana: la libertà religiosa e il pluralismo confessionale.

Per come avremo modo di analizzare, il nuovo modello di tutela penale del sentimento religioso, se da una parte ha prodotto una trasformazione del reato contravvenzionale di bestemmia in illecito amministrativo, dall'altra non ha abbandonato le precedenti disposizioni penali del 1930, avendo avuto – tanto la giurisprudenza costituzionale quanto il legislatore – come unico scopo teleologico quello di realizzare un livellamento egualitario tra tutte le confessioni religiose intervenendo sul profilo sanzionatorio.

La Corte costituzionale viene investita delle questioni inerenti alla tutela penale del sentimento religioso all'indomani della sua stessa costituzione⁴².

Diversi giudici, infatti, hanno sollevato q.l.c., ad esempio, sull'art. 404 cod. pen. nella misura in cui si tutelavano le offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose, ma solo per la religione cattolica. Un giudice *a quo* – pur non impiegando l'art. 3 della Costituzione, ma facendo riferimento ai soli artt. 7 e 8 Cost. – correttamente aveva rilevato le conseguenze ordinamentali derivanti dall'entrata in vigore della Costituzione circa il venir meno del riferimento statutario della religione cattolica come «religione dello Stato» e il riconoscimento, quindi, di una eguale libertà religiosa che avrebbe dovuto determinare una eguale protezione penale⁴³. La Corte – rigettando la questione nel merito – non prendeva in “seria” considerazione la novella costituzionale⁴⁴, limitandosi a riconoscere «la rilevanza che ha avuto ed ha la religione cattolica in ragione della *antica ininterrotta tradizione* del popolo italiano, la *quasi totalità* del quale ad essa sempre appartiene»⁴⁵. L'adesione della «quasi totalità» del popolo italiano ad una confessione (quella cattolica) ha permesso, quindi, che la discriminazione tra la tutela penale offerta alle diverse confessioni e ai cittadini che hanno una data credenza sia da ritenersi pienamente legittima.

È dell'anno successivo il deposito della [sentenza n. 79 del 1958](#) avente ad oggetto la normativa sulla bestemmia. Ancora una volta, la non manifesta infondatezza della questione è stata argomentata intorno al solo parametro costituito dagli artt. 7 e 8 della Costituzione. La Corte ha ribadito che il

⁴¹ *Modifica dell'articolo 724 del codice penale, in tema di bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti*, a norma del quale «[l']articolo 724 del codice penale è così modificato: a) nel primo comma le parole «è punito con l'ammenda da lire ventimila a seicentomila» sono sostituite dalle seguenti: «è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire centomila a seicentomila»; b) nel secondo comma le parole «Alla stessa pena soggiace chi» sono sostituite dalle seguenti: «La stessa sanzione si applica a chi».

⁴² Corte cost., [sentt. nn. 125/1957](#) (ad oggetto l'art. 404 cod. pen.), [79/1958](#) (sull'art. 724 cod. pen.).

⁴³ M. CROCE, *La libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, 2/2006, 395.

⁴⁴ Basti richiamare le parole di V. CRISAFULLI, *Art. 7 della Costituzione e «Vilipendio della religione dello Stato»*, in *Arch. pen.*, 1950, 491: «nessuna disposizione della Costituzione stabilisce, direttamente o indirettamente, una qualsiasi posizione di *ufficialità* della religione cattolica né una qualsiasi situazione legale di preminenza o privilegio di essa nei confronti di ogni altra». Cfr., altresì, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., Padova, 1969, 999; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 218.

⁴⁵ Corsivi nostri. La decisione è commentata tra gli altri da P. GISMONDI, *La posizione della Chiesa cattolica e delle altre confessioni nel diritto costituzionale ai fini della tutela penale*, in *Giur. cost.*, 1957, 1209 ss.

surplus di tutela (penale) apprestato alla religione cattolica era scaturente dal suo essere non già religione di Stato, ma religione a cui aderiva da tempo la quasi totalità del popolo italiano.

Il ricorso al criterio maggioritario per salvare la normativa è ora chiarissimo e viene impiegato dalla Corte senza “timore” alcuno: «[I]a norma dell’art. 724 Cod. pen. [...] si riferisce alla “religione dello Stato” dando rilevanza non già a una qualificazione formale della religione cattolica, bensì alla circostanza che questa è professata nello Stato italiano dalla quasi totalità dei suoi cittadini, e come tale è meritevole di particolare tutela penale, per la maggiore ampiezza e intensità delle reazioni sociali naturalmente suscitate dalle offese ad essa dirette»⁴⁶.

I giudici che continuano in seguito a sollevare la questione allargano il *thema decidendum* ed iniziano a richiamare l’art. 3, co. 1, Cost. Si pensi alla [sentenza n. 39 del 1965](#)⁴⁷, con la quale però, la Corte esclude la violazione del principio di non discriminazione⁴⁸, perché «[I]a norma dell’art. 402 non protegge la religione cattolica come bene individuale di coloro che vi appartengono, né attribuisce ad essi alcun personale vantaggio, giuridicamente tutelabile; il titolare dell’interesse protetto non è, pertanto, il singolo appartenente alla religione cattolica»⁴⁹.

Dopo questa prima giurisprudenza⁵⁰, la Corte – a partire dai primi anni ’70 – iniziò a sottolineare il vuoto di tutela presente per le religioni diverse da quella cristiana. Tale giurisprudenza⁵¹ consegna all’interprete un’argomentazione rilevante, vale a dire che per la Corte il sentimento religioso è espressione di una libertà individuale⁵².

«È da premettere che il sentimento religioso, quale vive nell’intimo della coscienza individuale e si estende anche a gruppi più o meno numerosi di persone legate tra loro dal vincolo della professione di una fede comune, è da considerare tra i beni costituzionalmente rilevanti, come risulta coordinando gli artt. 2, 8 e 19 Cost., ed è indirettamente confermato anche dal primo comma dell’art. 3 e dall’art. 20. Perciò il vilipendio di una religione, tanto più se posto in essere attraverso il vilipendio di coloro che la professano o di un ministro del culto rispettivo, come nell’ipotesi dell’art. 403 cod. pen., che qui interessa, legittimamente può limitare l’ambito di operatività dell’art. 21: sempre che, beninteso, la figura della condotta vilipendiosa sia circoscritta entro i giusti confini, segnati, per un verso, dallo stesso significato etimologico della parola (che vuol dire “tenere a vile”⁵³, e quindi

⁴⁶ Corte cost., [sent. n. 79/1958](#), punto unico *cons. in dir.* Decisione commentata, tra gli altri, da C. ESPOSITO, *La bestemmia nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 1958, 990 ss. l’autorevole A. critica l’impostazione della Corte, che legittima la maggiore tutela per il solo «fatto» della sua diffusione.

⁴⁷ Corte cost., [sent. n. 39/1965](#), annotata da P. GISMONDI, *Vilipendio della religione cattolica e disciplina costituzionale delle confessioni*, in *Giur. cost.*, 1965, 609 ss.; E.G. VITALI, *Disuguaglianza nell’uguaglianza? (ancora in tema di vilipendio della religione dello Stato)*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1289 ss.

⁴⁸ «Con questa fondamentale norma costituzionale non contrasta l’art. 402 del Codice penale, il cui precetto indistintamente si riferisce a tutti i destinatari della norma penale, qualunque sia la loro religione. È ovvia considerazione che il reato di vilipendio previsto da quell’articolo può essere compiuto da chi appartiene a religione diversa dalla cattolica come da chi appartiene a quest’ultima, o a nessuna religione, non avendo alcuna rilevanza, nella identificazione del soggetto attivo del reato, la fede religiosa dell’agente. Né può dirsi che l’art. 402 violi l’eguaglianza giuridica dei cittadini in relazione al soggetto passivo del reato, in quanto crei una condizione di favore per coloro che professano la religione cattolica», punto 1 *cons. in dir.*

⁴⁹ Così, ancora, nel punto 1 *cons. in dir.*

⁵⁰ Avallata dalla Corte di Cassazione, in riferimento, ampiamente L. LACROCE, *La tutela penale del sentimento religioso nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Il diritto ecclesiastico*, 3 - 4/2012, 664.

⁵¹ Corte cost., [sent. n. 14/1973](#) (commentata, tra gli altri, da A. BALDASSARRE, *È costituzionale l’incriminazione della bestemmia?*, in *Giur. cost.*, 1/1973, 70 ss.; L. MUSSELLI, *Il reato di bestemmia in una recente decisione della Corte costituzionale*, in *L’ind. pen.*, 1973, 354 ss.) [n. 188/1975](#) (annotata, tra gli altri, da F. ONIDA, *Vilipendio della religione e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giur. cost.*, 1975, 3160; P. SIRACUSANO, *Art. 403 c.p. e tutela penale del sentimento religioso*, in *Il dir. eccl.*, 1975, II, 292 ss.).

⁵² «La Costituzione, col riconoscere i diritti inviolabili dell’uomo (art. 2) e, tra essi, la libertà di religione (artt. 8 e 19), tutela il sentimento religioso e giustifica la sanzione penale delle offese ad esso recate», così Corte cost., [sent. n. 14/1973](#), punto 3 *cons. in dir.*

⁵³ La decisione non è stata accolta senza critica dalla dottrina che ne ha rimarcato l’elevato tasso di indeterminazione (della fattispecie) anche perché «non basta infatti affermare che se il prestigio viene conferito dalla Costituzione a certe istituzioni, è coerente dedurne la legittimità della incriminazione della lesione; e neppure può dirsi che il vilipendio in sé (tenere a vile) esorbita dalla manifestazione del pensiero e quindi dalla garanzia costituzionale, perché nel concetto di

additare al pubblico disprezzo o dileggio), e per altro verso, dalla esigenza [...] di rendere compatibile la tutela penale accordata al bene protetto dalla norma in questione con la più ampia libertà di manifestazione del proprio pensiero in materia religiosa, con specifico riferimento alla quale non a caso l'art. 19 anticipa, in termini quanto mai espliciti, il più generale principio dell'art. 21. È evidente, ad esempio, a tacer d'altro, che non sussisterebbe quella libertà di far "propaganda" per una religione, come espressamente prevede e consente l'art. 19, se chi di tale diritto si avvale non potesse altrettanto liberamente dimostrarne la superiorità nei confronti di altre, di queste ultime criticando i presupposti o i dogmi»⁵⁴. Costituiscono vilipendio⁵⁵, e pertanto sono esclusi dalla garanzia degli artt. 21 e 19 Cost., «la contumelia, lo scherno, l'offesa, per dir così, fine a sé stessa, che costituisce ad un tempo ingiuria al credente (e perciò lesione della sua personalità) e oltraggio ai valori etici di cui si sostanzia ed alimenta il fenomeno religioso, oggettivamente riguardato»⁵⁶.

La giurisprudenza appena richiamata è ribadita nella successiva [sentenza n. 925 del 1988](#), che – prima di richiamare il parziale vuoto di tutela utilizzando un argomento di tipo sociologico – ha "traslato" a malcostume le espressioni di bestemmia riconducendole ad un bilanciamento che trova «un qualche fondamento nella constatazione che il comportamento vietato concerne un fenomeno di *malcostume* divenuto da tempo cattiva abitudine per molti». Se questa la *ratio decidendi* con la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, la Corte non ha mancato (per come aveva già fatto nel 1973) di inviare un monito (neanche troppo velato) al legislatore sul quale incombe (*rectius* avrebbe dovuto incombere) l'obbligo di dare «piena attuazione del principio costituzionale della libertà di religione [...] nel senso di estendere la tutela penale contro le offese del sentimento religioso di individui appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica»⁵⁷ e di «addivenire ad una revisione della fattispecie, così da ovviare alla disparità di disciplina con le altre religioni»⁵⁸. La Corte ha, comunque, legittimato la misura *ex art. 724 cod. pen.* come legittimo limite *ex art. 21 Cost.*

Con la decisione del 1988, la Corte è chiara nel determinarsi – con un vero e proprio *overruling* – a superare i propri precedenti che vengono richiamati esplicitamente per essere formalmente superati: «[d]’altro canto, “la limitazione della previsione legislativa alle offese contro la religione cattolica” non può continuare a giustificarsi con l’appartenenza ad essa della “quasi totalità” dei cittadini italiani (v. la [sentenza n. 79 del 1958](#)) e nemmeno con l’esigenza di tutelare il sentimento religioso della “maggior parte della popolazione italiana” (v. la [sentenza n. 14 del 1973](#)): non tanto vi si oppongono ragioni di ordine statistico (comunque sia, la religione cattolica resta la più seguita in Italia), quanto ragioni di ordine normativo. Il superamento della contrapposizione fra la religione cattolica, “sola religione dello Stato”, e gli altri culti “ammessi”, sancito dal punto 1 del Protocollo del 1984, renderebbe, infatti, ormai inaccettabile ogni tipo di discriminazione che si basasse soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose»⁵⁹.

vilipendio possono tranquillamente comprendersi anche manifestazioni di minore gravità; e d'altronde, in caso di offese, la protezione è già contenuta nei reati di ingiuria e diffamazione», così P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 476.

⁵⁴ Corte cost., [sent. n. 188/1975](#), punto 4 *cons. in dir.*

⁵⁵ «Il vilipendio, dunque, non si confonde né con la discussione su temi religiosi, così a livello scientifico come a livello divulgativo, né con la critica e la confutazione pur se vivacemente polemica; né con l'espressione di radicale dissenso da ogni concezione richiamantesi a valori religiosi trascendenti, in nome di ideologie immanentistiche o positivistiche od altre che siano», così sempre Corte cost., [sent. n. 188/1975](#), punto 4 *cons. in dir.*

⁵⁶ Corte cost., [sent. n. 188/1975](#), punto 4 *cons. in dir.*

⁵⁷ Corte cost., [sent. n. 14/1973](#), punto 3 *cons. in dir.*

⁵⁸ Corte cost., [sent. n. 925/1988](#), punto 9 *cons. in dir.* La decisione, che fu subito appellata come “storica”, è stata ampiamente commentata; si v., almeno, P.G. GRASSO, *Laicismo di Stato e punizione del reato di bestemmia*, G. MARINI, *Ancora sulla legittimità costituzionale dell'art. 724 comma 1 c.p.*, S. LARICCIA, *Tutela penale dell'“ex religione dello Stato” e principi costituzionali*, tutti in *Giur. cost.*, 7/1988, I, 4304 ss.; L. BARBIERI, *Ancora sui limiti della legittimità costituzionale dell'art. 724 c.p.*, in *Il dir. eccl.*, 2/1989, II, 303 ss.; M. D'AMBROSIO, *La religione cattolica ancora religione dello Stato*, in *Cass. pen.*, 7/1989, 1158 ss.; T. ARNONE, *Considerazioni sull'incriminazione della bestemmia*, in *Il dir. fam. per.*, 2/1990, I, 347 ss.

⁵⁹ Corte cost., [sent. n. 925/1988](#), punto 9 *cons. in dir.*

La decisione del 1988 giunge a quattro anni di distanza dalla modifica del Concordato del 1929 e dall'abbandono (legale) del principio confessionista grazie all'entrata in vigore degli Accordi di Villa Madama del 1984 tramite la l. n. 121 del 1985⁶⁰. La Corte (già con la [sent. n. 171 del 1979](#)), pur determinandosi per un netto cambio giurisprudenziale, continua a "salvare" la limitazione insita nel dettato dell'art. 724, co. 1, cod. pen., in quanto fondata sulla constatazione – sociologicamente rilevante – che il tipo di comportamento vietato dalla norma impugnata concerne un fenomeno di malcostume divenuto da gran tempo cattiva abitudine per molti.

Come si diceva, la decisione si chiude con un monito al legislatore. L'impiego del monito di certo non è dovuto alla constatazione che una sua decisione di accoglimento avrebbe determinato delle conseguenze ancor più incostituzionali della disposizione per il momento "salvata" e ciò perché non si è dinanzi ad una legge costituzionalmente necessaria e/o obbligatoria; le ragioni dell'invio del monito paiono risiedere nella volontà di seguire (in un processo di "legittimazione nel sistema") l'«evoluzione sociale»⁶¹.

Dopo la storica [sentenza n. 203 del 1989](#)⁶² e la "consacrazione", con essa, del principio «supremo» di laicità⁶³ che determina una posizione di equidistanza e imparzialità da parte dello Stato (principio di eguaglianza, dunque), la Corte non potendo più appellarsi ad argomenti di ordine quantitativo⁶⁴ per fondare una sorta di sovrapposizione interpretativa tra «religione dello Stato» e religione cattolica⁶⁵, arrivò – seppur solo nel 1995 – ad estendere a tutte le confessioni religiose la tutela penalistica prima accordata alla sola confessione cattolica⁶⁶.

⁶⁰ Ratifica ed esecuzione dell'Accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede.

⁶¹ F. SGUBBI, *Religione e diritto penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 203.

⁶² Ma si v. anche Corte cost., [sent. n. 259/1990](#).

⁶³ Per tutti Si rinvia a D. LOPRIENO, *La libertà religiosa*, Milano, 2009.

⁶⁴ «La limitazione della previsione legislativa alle offese contro la religione cattolica corrisponde alla valutazione fatta dal legislatore dell'ampiezza delle reazioni sociali determinate dalle offese contro il sentimento religioso della maggior parte della popolazione italiana. La norma impugnata, che è compresa nel titolo delle "contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi", non può quindi essere considerata irrazionale e illegittima, indipendentemente dalla posizione attribuita alla Chiesa cattolica negli artt. 7 e 8 Cost.; né il giudizio della Corte può estendersi a sindacare, in base a rilievi quantitativi e statistici o a considerazioni di fatto, l'esattezza di quella valutazione», ancora una volta il riferimento va a Corte cost., [sent. n. 14/1973](#), punto 3 *cons. in dir.* Ancor prima, la Corte aveva sostenuto che la norma dell'art. 724 Cod. pen., in cui è prevista l'ipotesi contravvenzionale della bestemmia in pubblico, nel riferirsi alla «religione dello Stato», dà rilevanza non già a una qualificazione formale della religione cattolica, bensì alla circostanza che questa è professata nello Stato italiano, dalla quasi totalità dei suoi cittadini, e come tale è meritevole di particolare tutela penale, cfr. Corte cost., [sent. n. 79/1958](#), con questa decisione, *id est*, la religione cattolica è configurata non più come la religione dello Stato in quanto *organizzazione politica*, ma dello Stato in quanto *società*. Ed ancor prima si ricordi (cfr. *retro* nt. 38) Corte cost., [sent. n. 125/1957](#), punto unico *cons. in dir.*

⁶⁵ Si rinvia a C. CIANITTO, *Quando la parola ferisce. Blasfemia e incitamento all'odio religioso nella società contemporanea*, Torino, 2016, 193.

⁶⁶ Corte cost., [sent. n. 440/1995](#), punto 3.3. *cons. in dir.* Anche questa decisione è stata ampiamente annotata: L. BARBIERI, *Nullum crimen sine iniuria: principio di laicità e tutela penale dei culti*, in *Il dir. fam. per.*, 4/1996, 1292 ss.; M. CANONICO, *L'incriminazione della bestemmia e l'insospettata interpretazione escogitata dalla Corte costituzionale*, in *Il dir. fam. per.*, 4/1996, 1310 ss.; N. COLAIANNI, *La bestemmia ridotta e il diritto penale laico*, in *Il For. It.*, 1/1996, I, 30 ss.; F. RAMACCI, *La bestemmia contro la divinità: una contravvenzione delittuosa?*, M. D'AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la divinità*, entrambi in *Giur. cost.*, 5/1995, 3484 ss.; G. DI COSIMO, *Sulla discussa tutela penale del sentimento religioso*, in *Giur. cost.*, 6/1995, 4522 ss.; O. DI GIOVINE, *La bestemmia al vaglio della Cort. cost.: sui difficili rapporti tra Consulta e legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1996, 824 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Perché imporre l'incriminazione della bestemmia? (Diritto penale religioso e incompetenza dello Stato in spiritualibus)*, in *Giur. cost.*, 6/1995, 4531 ss.; P. LILLO, *Corte costituzionale e art. 724 c.p.: cronaca di una incostituzionalità annunciata e dichiarata*, in *Giur. cost.*, 6/1995, 4542 ss.; P. MONETA, *Il reato di bestemmia "depurato" dalla Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1996, pag. 297; F.C. PALAZZO, *La tutela della religione tra eguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia)*, in *Cass. pen.*, 1/1996, 47 ss.; L. PASQUALE, *Corte costituzionale e art. 724 c.p.: cronaca di una incostituzionalità annunciata e dichiarata*, in *Giur. cost.*, 6/1995, 4542 ss.; P. PITTARO, *La parziale incostituzionalità del reato di bestemmia*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 455 ss.; R. VENDITTI, *Reato di bestemmia e pluralità di religioni*, in *Giur. cost.*, 6/1995, 4517 ss.

Con una decisione di accoglimento – seppur pronunciata in una materia che rientra nella materia penalistica –, la Corte non si limita a dichiarare l'incostituzionalità dell'intera normativa (come invece avrebbe dovuto, ma sul punto *infra*), ma, attraverso una decisione additiva (mascherata), allarga la protezione della disposizione anche alle confessioni non cattoliche.

Per come si sta sottolineando, l'intera materia ruota intorno alla previsione *ex art. 3 Cost.* per la quale non è ammessa nessuna discriminazione e tutti i cittadini sono eguali senza «distinzione di [...] religione». La Corte aveva ben chiaro il problema, ma la sua giurisprudenza, non sempre lineare, è stata determinata proprio dalle differenti definizioni impiegate del principio egualitario in materia di libertà religiosa: una di tipo “materiale” determinata dall'impiego di un criterio quantitativo, che guardava alla adesione della maggior parte della popolazione italiana alla confessione cattolica tale da rendere ragionevole la diseguaglianza tra le diverse confessioni; un'altra di tipo “formale” conseguente proprio alla rinuncia del criterio quantitativo.

L'abbandono del criterio sociologico-quantitativo⁶⁷ comporta che in materia di religione non vale più il numero dei seguaci di una determinata confessione. L'unica argomentazione che si impone alla decisione giurisprudenziale è quella di garantire la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia, quindi, la confessione religiosa di appartenenza; solo così, del resto, gli articoli 3 ed 8 della Costituzione – che tutelano corrispondentemente l'uguaglianza di fronte alla legge senza discriminazione di religione e l'uguale libertà di tutti i culti («la eguale libertà») – possono trovare una piena ed immediata valorizzazione. Avendo a parametro tali due disposti e ad oggetto una norma che punisce la bestemmia, ma differenziando la tutela penale del sentimento religioso individuale a seconda della fede professata, ne discende la declaratoria di incostituzionalità per sanare la discriminazione tra fedeli di diverse confessioni religiose. La Corte è giunta ad una decisione di fondatezza dopo quasi un decennio dall'ultimo suo monito indirizzato al Parlamento; il tempo trascorso ha comportato che la lacuna allora accertata ma non dichiarata divenisse non più tollerabile.

Per giungere al risultato, il giudice delle leggi non dichiara incostituzionale l'intero disposto⁶⁸, ma circoscrive la sua declaratoria al solo primo comma dell'art. 724 cod. pen. e nella sola parte in cui vale il riferimento alla «religione dello Stato», vale a dire ai simboli e alle persone: dalla previsione che puniva chi «pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato» a quella che punisce chi «pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità». La conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità della parte dispositiva «o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato» è quella per cui rimane unicamente il riferimento alla “Divinità” che per la Corte non è limitabile esclusivamente ad una sola fede religiosa (quella cattolica) non essendo tale lemma riconducibile a nessuna religione in particolare: ogni religione, cioè, non solo quella cattolica, ha una Divinità.

Altra conseguenza della decisione è quella di aver sottratto la previsione penale dalla copertura del limite del buon costume; abbandonando il criterio sociologico-quantitativo, la Corte ha correttamente inquadrato la bestemmia tra i reati che attengono alla protezione dei sentimenti religiosi dei credenti in una fede religiosa, alla luce, del resto, di quello che la *chiara* lettera della disposizione dice.

V'è stato bisogno di un diverso orientamento della Corte per indurre il Parlamento a decidere di modificare la legislazione vigente (anche) per rispondere alle critiche sollevate dalla quasi unanimità della dottrina volte a superare la diseguaglianza di protezione tra i credenti di una religione e quelli di un'altra, in uno spazio costituzionale laico e in una società sempre più secolarizzata e multiculturale.

4. Criticità non risolte e procurate in un contesto di riforme legislative

⁶⁷ G. FATTORI, *La secolarizzazione dei reati contro il sacro in Italia*, in AA.VV., *Blasfemia, diritti e libertà*, cit. 237.

⁶⁸ Come invece avrebbe dovuto: G. LEZIROLI, *La tutela penale della religione fra la Carta e la Corte*, in *St., Ch. Pl. Conf.*, febbraio 2008, 26.

Il primo intervento legislativo *in subiecta materia* ha riguardato proprio la bestemmia; esso si è prodotto con il d.lgs. 507 del 1999 che ha provveduto a depenalizzare la fattispecie trasformando il reato contravvenzionale in illecito amministrativo⁶⁹.

Al di là della previsione dell'illecito della bestemmia (art. 724 cod. pen.), altre sono le norme che tutelano il sentimento religioso. Degli artt. dal 402 al 406 cod. pen. non vanno più presi in considerazione gli artt. 402 (*Vilipendio alla religione dello Stato*) e 406 (*Delitti contro i culti ammessi nello Stato*): il primo, dichiarato incostituzionale per contrasto con i principi di eguaglianza di tutti i cittadini senza distinzione di religione e di eguale libertà di tutte le confessioni religiose di fronte alla legge⁷⁰; il secondo, abrogato dall'art. 10, co. 1,⁷¹ della l. n. 8 del 2006.

La legge n. 85 del 2006⁷² ha poi modificato fin dalla rubrica le disposizioni penalistiche a tutela del sentimento religioso. Nel Libro II *Dei delitti in particolare* del cod. pen., il Titolo IV *Dei delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti* è aperto con il Capo I la cui rubrica non recita più *Dei delitti contro la religione e i culti ammessi*, ma *Dei delitti contro le confessioni religiose*⁷³. Da una tutela diretta⁷⁴ delle confessioni religiose si passa⁷⁵ ad una tutela *mediata* attraverso il vilipendio di cose e persone⁷⁶.

Le modifiche, giurisprudenziali prima e legislative dopo, si sono mosse, anch'esse, lungo il crinale dell'esigenza di garantire una uguale tutela penale dei culti. Con la previgente norma codicistica, infatti, l'art. 406 cod. pen. (ora abrogato) puniva i reati previsti (dagli artt. 403-405), ma con pena da irrogarsi in forma diminuita⁷⁷.

La dichiarazione di incostituzionalità della previsione di una diversa misura dinanzi ad una medesima condotta criminosa se commessa contro un «culto ammesso nello Stato» è giunta nel 1997⁷⁸. La Corte ha ribadito come manifestamente irragionevole la diversità di trattamento tra i culti, non potendosi più giustificare con argomenti (quelli su cui ci si fondava negli anni '30) che oramai risultavano inidonei a consentire il mantenimento nell'attuale ordinamento di tale diversità e ciò alla

⁶⁹ L'art. 57 *Modifica dell'articolo 724 del codice penale, in tema di bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti* così recita «1. L'articolo 724 del codice penale è così modificato: a) nel primo comma le parole “è punito con l'ammenda da lire ventimila a seicentomila” sono sostituite dalle seguenti: “è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire centomila a seicentomila”; b) nel secondo comma le parole “Alla stessa pena soggiace chi” sono sostituite dalle seguenti: “La stessa sanzione si applica a chi”».

⁷⁰ La disposizione dichiarata incostituzionale stabiliva: «[c]hiunque pubblicamente vilipende la religione dello Stato è punito con la reclusione fino a un anno». Corte cost., [sent. n. 508/2000](#), punto 3 *cons. in dir.*: «nel senso dell'uguaglianza di fronte alla legge penale, l'art. 402 del codice penale rappresenta un anacronismo al quale non ha in tanti anni posto rimedio il legislatore».

⁷¹ La disposizione abrogata stabiliva: «[c]hiunque commette uno dei fatti preveduti dagli articoli 403, 404 e 405 contro un culto ammesso nello Stato, è punito ai termini dei predetti articoli, ma la pena è diminuita».

⁷² Su di essa si v. almeno A. CHIZZONITI, *La tutela penale delle confessioni religiose: prime note alla legge n. 85 del 2006*, in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, 2/2006, 437 ss.; D. PULITANO, *Laicità e diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1/2006, 55 ss.; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (commento alla l. 24 febbraio 2006 n. 85)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 960 ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro italiano*, 4/2006, V, 217 ss.; V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni dopo la legge 24 febbraio 2006, n. 85*, Milano, 2007, 169 ss.

⁷³ Critico sulle modifiche apportate alle varie rubriche è G. LEZIROLI, *La tutela penale della religione*, cit., 45.

⁷⁴ Per una tutela “diretta”, si v. almeno G. FLORA, *La tutela penale del “fatto religioso” tra Codice Rocco e Costituzione*, in *Criminalia*, 2008, 101 ss.

⁷⁵ Anche se non sempre, si v. più avanti nel testo.

⁷⁶ C. CIANITTO, *Quando la parola ferisce*, cit., 195.

⁷⁷ «Chiunque commette uno dei fatti preveduti dagli articoli 403, 404 e 405 contro un culto ammesso nello Stato, è punito ai termini dei predetti articoli, ma la pena è diminuita».

⁷⁸ Corte cost., [sent. n. 329/1997](#). Decisione annotata e commentata da: G. FIANDACA, *Altro passo avanti della Consulta nella rabberciatura dei reati contro la religione*, in *Il Foro italiano*, 121/1998, I, 26 ss.; G. FONTANA, *Il principio di laicità nello Stato democratico-pluralista e la tutela penale del sentimento religioso*, in *Giurisprudenza italiana*, 150/1998, 987 ss.; F. RIMOLI, *Tutela del sentimento religioso, principio di eguaglianza e laicità dello Stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/1997, 3343 ss.

stregua di diversi principi costituzionali: gli artt. 3, co. 1, e 8, co. 1, della Costituzione, i quali proclamano rispettivamente la pari dignità e l'uguaglianza di tutti i cittadini, senza distinzione di religione, e l'uguale libertà di tutte le confessioni davanti alla legge. In altri termini, il principio di eguaglianza declinato nei sette parametri di cui all'art. 3, co. 1, della Costituzione non può essere reso inapplicabile dal mero richiamo di criteri quantitativi (il numero dei credenti di una certa confessione) che non riescono a determinare la ragionevolezza della misura impugnata.

Con la [sentenza n. 508 del 2000](#), la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 402 cod. pen. *Vilipendio della religione dello Stato*, eliminando dall'ordinamento la fattispecie incriminatrice⁷⁹; con la [sentenza n. 327 del 2002](#), la medesima Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 405 cod. pen. *Turbamento di funzioni religiose del culto cattolico*⁸⁰, nella parte in cui per tali fatti «prevede pene più gravi, anziché le pene diminuite stabilite dall'articolo 406 del codice penale per gli stessi fatti commessi contro gli altri culti».

L'eguale protezione del sentimento religioso rappresenta l'esigenza costituzionale che sta alla base dell'equiparazione del trattamento sanzionatorio per le offese recate sia alla religione cattolica, sia alle altre confessioni religiose, ed è riconducibile – sempre per il giudice delle leggi – a due principi: da un lato, al principio di eguaglianza davanti alla legge senza distinzione di religione sancito dall'art. 3 Cost., dall'altro, al principio di laicità dello Stato⁸¹, che impone un “atteggiamento”, da parte della Repubblica, di equidistanza e di imparzialità verso tutte le religioni, secondo quanto disposto dall'art. 8 Cost., ove è appunto sancita l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge.

Riviste in tal senso le norme di cui agli artt. 403-405, nel rispetto delle esigenze poc'anzi richiamate, nel 2005 la Corte è stata interessata di un'altra (ed ultima) fattispecie incriminatrice tra quelle contemplate dal capo dei delitti contro il sentimento religioso che ancora prevedeva un trattamento sanzionatorio più severo ove le offese fossero recate alla religione cattolica. Alla luce della sua giurisprudenza, quindi, nel 2005⁸² è “giunta” la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 403, primo e secondo comma, cod. pen., nella parte in cui prevede, per le offese alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto, la pena della reclusione rispettivamente fino a due anni e da uno a tre anni, anziché la pena diminuita stabilita dall'art. 406⁸³ dello stesso codice.

Anche alla luce dello scarso impiego⁸⁴ di tali norme, si può affermare che gran parte della giurisprudenza più recente ha riconosciuto l'anacronismo di tale reato rilevandone di fatto (in molti casi) l'“inutilizzabilità”, stanti le più che considerevoli difficoltà nel sindacare come offensiva⁸⁵ la

⁷⁹ Differentemente da quanto visto per la pronuncia di fatto additiva che ha interessato l'art. 724 cod. pen., in tale decisione la Corte pronuncia un accoglimento secco, in quanto il rispetto della riserva assoluta di legge in materia penale non avrebbe consentito di estendere ai “culti ammessi” la tutela predisposta dalla norma censurata solo nei confronti della religione cattolica.

⁸⁰ Di recente s v. Corte Cass., sez. III penale, sent. 23 gennaio 2017, n. 3072.

⁸¹ *Ex multis*, Corte cost., [sentt. nn. 203/1989](#), [259/1990](#), [195/1993](#), [329/1997](#), [508/2000](#), [327/2002](#).

⁸² Corte cost., [sent. n. 168/2005](#), punto 4 del *Considerato in diritto*. In dottrina, *ex multis*, G. CASUSCELLI, “L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale” in materia di vilipendio della religione, A.G. CHIZZONITI, *Il vento delle sentenze della Corte costituzionale e le foglie secche della tutela penale della religione*, G. D'ANGELO, *Corte costituzionale e offese alla “religione dello Stato” mediante vilipendio di persone nella recente sentenza n. 168/2005*, L. DE GREGORIO, *La sentenza n. 168 del 2005 della Corte costituzionale. La fine di un lungo percorso verso la legalità costituzionale o l'avvio di nuovi assetti per la tutela penale della religione?*, tutti in [OLIR](#), L. PEDULLÀ, *Sulla protezione imparziale del sentimento religioso*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); P. VERONESI, *Cronaca di un'illegittimità annunciata*, in *Diritto e giustizia*, 20/2005, 50 ss.; Si v. anche S. PRISCO, *Il principio di laicità nella recente giurisprudenza*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2007.

⁸³ Articolo, per come visto, poi abrogato.

⁸⁴ Ma sul punto si v. le conclusioni.

⁸⁵ La bestemmia e il vilipendio della religione, che possono realizzarsi con qualunque forma espressiva (parola, scritto, gesto, ...), devono prodursi con l'esteriorizzazione della condotta offensiva, in forma pubblica e senza che sia necessario che si giunga al risultato di offesa. Il problema è comunque quello di rilevare dei criteri oggettivi atti a valutare il verificarsi dell'offesa, che sono difficili da individuare perché ciò che risulta offensivo per il singolo (che agisce in giudizio) dipende da diversi fattori anche legati al proprio stato d'animo, che è quanto meno difficile da oggettivizzare.

condotta del soggetto accusato⁸⁶. Notevoli sono le difficoltà di determinare quale *animus* abbia concretamente prevalso in un determinato esercizio della libertà di espressione, che può sempre estrinsecarsi, contemporaneamente, attraverso una “pluralità” di animi (*jocandi, iniurandi, ...*).

Pur rilevando la difficoltà a provare l'intenzione dell'*animus iniurandi*, è comunque utile interrogarsi sul bene che il legislatore intende tutelare, vale a dire il sentimento religioso. Il problema di considerare il sentimento religioso come bene giuridico deriva dal fatto che la vaghezza e l'indeterminatezza che è propria del concetto di sentimento e la dipendenza assoluta di questo da considerazioni prettamente soggettive impediscono che la tutela del sentimento religioso costituisca una condizione indispensabile per lo sviluppo dell'individuo nella società, sola circostanza che può definire un bene come giuridico rendendolo per questo meritevole di protezione penale. Il problema della tipizzazione specifica e separata dei delitti contro l'offesa dei sentimenti religiosi è palesato, quindi, oltre che dal dato fattuale (guardando l'effettività della tutela specifica) per cui la previsione risulta ridotta ad un effetto in grande misura teorico, anche dall'assenza (giuridica) del fondamento della scelta legislativa di proteggere penalmente il sentimento religioso⁸⁷. E ciò non solo perché difficilmente la protezione del sentimento religioso può qualificarsi – per come detto – bene giuridico⁸⁸, ma anche perché le condotte incriminatrici ben possono già rientrare nei delitti che proteggono l'onore (e che trovano protezione *ex art. 2 Cost.*)⁸⁹ o in quelli che configurano i discorsi d'odio⁹⁰. Ad esempio, la tutela del proprio onore nella previsione del delitto di ingiuria costituisce un bene giuridico da tutelare in quanto diritto costituzionale, il cui rispetto costituisce una condizione indispensabile per lo sviluppo dell'individuo in una società. Non si vuole sostenere che non siano da incriminare quelle condotte particolarmente gravi che con animo ingiurioso hanno l'intenzione di offendere, si vuole piuttosto affermare che ciò non debba essere fatto attraverso una norma penale *ad hoc*. Ciò anche perché, a ben vedere, le disposizioni codicistiche tutelano il sentimento religioso (inteso come proiezione verso un essere superiore) e non già la libertà religiosa (che si può porre in bilanciamento con quella d'espressione) in cui tale sentimento difficilmente può essere fatto rientrare se non con una elevata dose di “elasticità”⁹¹, il che è comunque tutto da dimostrare⁹².

Quindi, a giudizio di chi scrive, oltre al fatto che il bene protetto dalla norma penale non è tanto la libertà religiosa quanto piuttosto il sentimento religioso – così come appare chiaro già dalla rubrica –

⁸⁶ Trib. Latina, ud. 24 ottobre 2006, n. 1725. In dottrina almeno P. SIRACUSANO, *Vilipendio religioso e satira: “nuove” incriminazioni e “nuove” soluzioni giurisprudenziali*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2007, 997 ss.; F. BASILE, *La pubblicazione delle dodici vignette satiriche sull'Islam*, cit., 77 - 79; V. VALENTI, *Il diritto di satira e la tutela del sentimento religioso*, cit., 32 ss.; N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *St., Ch. Pl. Conf.*, maggio 2008, 18 ss.

⁸⁷ Nello stesso senso M. MANETTI, *I limiti oggettivi*. (Segue): *Ordine pubblico e beni costituzionali*, in A. Pace-Id., *Rapporti civili. Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna, 2006, 268. In dottrina, fra i primi, F. ONIDA, *Vilipendio della religione*, cit., 3168; A. BALDASSARRE, *È costituzionale l'incriminazione della bestemmia?*, cit., 74; A. LOLLO, *Blasfemia, libertà di espressione e tutela del sentimento religioso*, in *Questa Rivista*, III/2017, 475.

⁸⁸ In riferimento G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, 59 ss.; M. MANETTI, *Libertà di pensiero e tutela delle identità religiose. Introduzione ad un'analisi comparata*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2008, 46; RECCHIA N., *Spunti problematici in tema di bestemmia e reati contro la religione*, in *Dir. proc. amm.*, 3 - 4/1996, 285.

⁸⁹ Almeno Corte cost., [sent. n. 38/1973](#), punto 2 *cons. in dir.*

⁹⁰ C. SALAZAR, *Le “relazioni pericolose” tra libertà di espressione e libertà di religione: riflessioni alla luce del principio di laicità*, in *St., Ch. Pl. Conf.*, gennaio 2008, 13 ss.; e che presentino carattere di concreta pericolosità: D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 84. In riferimento anche F.J. ANSUÁTEGUI, *Libertà di espressione, discorsi d'odio, soggetti vulnerabili: paradigmi e nuove frontiere*, in *Ars Interpretandi*, 1/2017, 45.

⁹¹ Che la libertà religiosa includa la protezione del sentimento religioso crea più di un dubbio. «[L]a Corte avrebbe potuto supporre che il bene tutelato con il reato di bestemmia non è il puro sentimento religioso, non è la mera professione di una religione, che la Costituzione garantisce anche ove sia svolta in forma individuale e al di fuori di una confessione (art. 19 Cost.), ma è invece il diritto che ognuno eserciti il culto associandosi con altri, all'interno di una confessione. L'incriminazione della bestemmia, allora, sarebbe giustificata, a livello costituzionale, soltanto se sia riconosciuta capace di arrecare turbamento al culto. Ma, in verità, la pronuncia di espressioni blasfeme di per sé non è in grado di produrre tale risultato», così A. BALDASSARRE, *È costituzionale l'incriminazione della bestemmia?*, cit., 74.

⁹² Come è noto, invece, la Corte costituzionale ha affermato esplicitamente, ma senza argomentazione alcuna – in modo alquanto apodittico – che «la protezione del sentimento religioso è venuta ad assumere il significato di un corollario del diritto costituzionale di libertà di religione», così Corte cost., [sent. n. 329/1997](#), punto 2 *cons. in dir.*

, rimane comunque difficile pensare alla previsione del delitto di bestemmia e di vilipendio della religione come ad una protezione della libertà religiosa, in quanto questa non viene limitata né in astratto né in concreto (come suo libero esercizio) nel caso in cui dogmi, credenze, riti o cerimonie religiose siano oggetto di ironia e derisione, seppur in modo veemente (e in qualunque parte del mondo).

A questo punto, il vilipendio o configura il reato di “discorso all’odio” e quindi rientra in questa determinata fattispecie penale che è posta a garanzia della sicurezza, dell’ordine pubblico⁹³ e più in generale del principio di non discriminazione, o configura una offesa diretta ad un soggetto pregiudicandone la rispettabilità e richiedendo protezione e tutela dell’onore. Ed inoltre, mentre nel “classico” delitto di ingiuria il bene giuridico protetto è la persona⁹⁴ in quanto tale, che chiede tutela per il libero sviluppo nelle relazioni sociali, è difficilmente ipotizzabile che una condotta di bestemmia o di vilipendio, nella misura in cui essa si dirige verso i dogmi, le cerimonie religiose, le credenze od anche i riti, pur potendo ledere i sentimenti religiosi dei membri di una determinata confessione (cosa che puntualmente accade), difficilmente ne pregiudichi la possibilità di intervento nella vita sociale.

Si nutre più di un dubbio sul fatto che la protezione dei sentimenti religiosi trovi il proprio fondamento nella libertà religiosa, e che pertanto si sia dinanzi al “diritto” a non sentirsi offeso nei propri sentimenti religiosi a causa della derisione della propria fede. Se il dubbio è fondato, ciò significa che non si è dinanzi ad alcun bilanciamento fra la libertà di espressione e la libertà religiosa.

La norma penale che tipizza il vilipendio e la bestemmia dovrebbe quindi essere (totalmente) abrogata, essendo meritevole di tutela penale non tanto il sentimento religioso⁹⁵, quanto piuttosto l’onore, che, appunto, costituisce un bene giuridico meritevole di tutela, perché fondamentale ai fini dello sviluppo dell’individuo nella società e la cui lesione è qualcosa di ben diverso da un mero danno emozionale.

5. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali

Per meglio inquadrare il panorama nel quale le norme oggetto della nostra attenzione si incardinano è più che opportuno delineare – seppur brevemente, ma non per questo in modo acritico – il percorso giurisprudenziale finora compiuto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo allorché è stata chiamata a sindacare il livello di restrizione a cui era costretta la libertà (convenzionale) d’espressione da parte di alcune normative nazionali e domandarci se la previsione delle norme penali a tutela della religione sia conforme alla Convenzione EDU.

Diverse e molteplici – anche se prodotto di una giurisprudenza non del tutto lineare – sono le decisioni della Corte EDU⁹⁶, che iniziò ad interessarsi al conflitto tra libertà di espressione e tutela del sentimento religioso nella prima metà degli anni Novanta. In particolare, la Corte è stata chiamata ad interrogarsi sui limiti alla libertà di espressione in relazione alla materia religiosa e quindi sulla tutela in difesa dei sentimenti religiosi delle persone che “appartengono” ad una determinata fede: la

⁹³ L’ordine pubblico od ancora la pace sociale possono a loro volta costituire delle formule che non tutelano le minoranze che (in quanto tali) non riescono a perturbare la pace pubblica.

⁹⁴ L. BARBIERI, *Nullum crimen sine iniuria: principio di laicità e tutela penale dei culti*, cit., 1296.

⁹⁵ Per alcuni, ad esempio e addirittura, non tutelata dalla messa in onda di un noto film del 2006: *Il Codice da Vinci!*

⁹⁶ Ampiamente su tale giurisprudenza si v. M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui come limite alla libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista Aic*, 2/2016. Cfr., anche, R. DIJOUX, *La liberté d’expression face aux sentiments religieux*, in *Les Cahiers de droit*, 53/2012, 861 - 876; J. MARTINEZ-TORRON, *Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 11/2006, 1 - 19; M. CANDELA SORIANO, *La liberté d’expression face à la morale et à la religion: analyse de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 68/2006, 828 - 837.

Corte è stata sempre chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità alla CEDU di misure che – a dire del ricorrente – limitavano la propria manifestazione del pensiero.

Come si vedrà da qui a poco, l'argomentazione giuridica ruota intorno alla portata del limite della libertà di espressione, così come positivizzato dall'art. 10 della Convenzione⁹⁷, e quindi alla previsione per cui tale libertà può essere sottoposta a restrizioni, ritenute «necessarie in una *società democratica*», per la protezione dei «*diritti degli altri*».

Nell'analisi della giurisprudenza che si andrà ad esaminare, quindi, ci si deve domandare quale sia – secondo la Corte europea – il contenuto dei *diritti degli altri* e, quindi, quali siano i diritti che abbisognano di una protezione e che si ergono a limite della libertà di espressione ed ancora quale sia – e se rientri in bilanciamento con la libertà di espressione – la portata dell'art. 9 della Convenzione che protegge la libertà di religione⁹⁸.

Il *leading-case*⁹⁹ del filone giurisprudenziale di cui si tratteggeranno le fila è sicuramente costituito dalla decisione *Otto-Preminger-Institut c. Austria* del 24 dicembre 1994, che aveva ad oggetto le offese verso sentimenti religiosi che sarebbero state procurate dalla eventuale proiezione di un film in luogo aperto al pubblico. Si è declinato il verbo al modo ipotetico perché la causa trae origine proprio dal divieto imposto ad una associazione (Istituto *Otto Preminger*) di proiettare presso la sua sede, nella città di Innsbruck, – previa pubblicizzazione dell'evento e, in conformità alla legislazione in materia, con divieto della visione ai minori di diciassette anni – il film *Das Liebeskonzil (Il Concilio d'Amore)* del regista Werner Schroeter¹⁰⁰.

La diocesi della Chiesa Cattolico-Romana della città austriaca avvia un procedimento penale per «disprezzo delle dottrine religiose» ex art. 188 cod. pen., lamentando che la libertà artistica del regista deve incontrare un limite dinanzi al *diritto degli altri* alla libertà religiosa e al dovere dello Stato di salvaguardare una società basata sull'ordine e sulla tolleranza. Si vieta così la proiezione del film.

La questione (deferita dalla Commissione europea) giunge fino alla Corte europea lamentandosi la violazione degli artt. 9¹⁰¹ e 10¹⁰² CEDU. La Corte europea considera che il modo con il quale si

⁹⁷ Tale articolo è commentato, tra gli altri, da A. CARDONE - O. OETHEIMER, *Art. 10*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky, Milano, 2012, 397 - 420.

⁹⁸ Un ampio commento è offerto da A. GUZZAROTTI, *Art. 9*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 370 - 397.

⁹⁹ Il primo caso in materia di blasfemia è – a dir il vero – quello che ha avuto ad oggetto un ricorso presentato da un cittadino britannico di fede musulmana che, sentendosi offeso dal noto scritto di Salam Rushdie *I versi satanici*, lamentava la mancanza nell'ordinamento britannico di una legge che gli consentisse di denunciare l'Autore dato che all'epoca, pur esistendo il reato di blasfemia, esso riguardava solo le offese al cristianesimo. Si v., quindi, la Decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 5 marzo 1991 *Choudhury c. Regno Unito*. In dottrina M. GATTI, *Libertà di espressione e sentimento religioso*, in AA.VV., *Diritti fondamentali in Europa. Un casebook*, a cura di P. Manzini - A. Lollini, Bologna, 2015, 45. La Commissione decise per l'inammissibilità della domanda, perché l'articolo 9 della Cedu non garantisce un diritto ad agire in giudizio contro coloro che offendono la sensibilità religiosa di un individuo; per la Commissione, infatti, non esiste legame alcuno tra la libertà di religione e l'offesa ai sentimenti religiosi. Per come si vedrà, l'intero filone giurisprudenziale che si sta per trattare nel testo abbandona questa tesi e ne abbraccia un'altra ad essa diametralmente opposta.

¹⁰⁰ La trama si basa sull'opera satirica di Oscar Panizza (pubblicata nel 1894) che comportò all'autore la condanna di blasfemia. La proiezione si basa sull'assunto per cui la sifilide è il castigo di Dio per la fornicazione degli uomini e per le perversioni praticate durante il periodo rinascimentale. Il film si apre con la rappresentazione di Dio come un anziano prono dinanzi al diavolo, mentre Gesù è raffigurato come un ritardato mentale che bacia i seni della vergine Maria.

¹⁰¹ *Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*: «[o]gni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti [c. 1]. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui [c. 2]».

¹⁰² *Libertà di espressione*: «[o]gni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di

decide di tutelare le dottrine religiose rientra tra i compiti (e nella responsabilità) dello Stato, che deve garantire il diritto riconosciuto dall'art. 9 CEDU, vale a dire garantire la libertà di religione.

La Corte EDU, se da una parte riconosce che il diritto alla libertà di espressione deve essere tutelato anche quando si manifesta con sentimenti di offesa o disturbo nei confronti dello Stato o di un settore della popolazione, dall'altra rileva il dovere di evitare espressioni che siano «gratuitamente offensive» per gli altri. Tale *gratuità* è dovuta al fatto – sempre a dire della Corte europea – che dal (tentato) esercizio della libertà di espressione (da cui è scaturito il giudizio) non si è contribuito al formarsi di un dibattito capace di «fare progredire l'umanità» (§ 49).

Nel caso concreto, la Corte EDU assume il conflitto tra libertà di espressione e libertà di religione e, riconosciuto il margine d'apprezzamento sull'estensione dell'interferenza che la manifestazione del pensiero può ricevere al fine di garantire la tutela dei sentimenti religiosi, accerta che il governo austriaco non ha oltrepassato tale margine nel determinare le misure adottate per limitare la libertà di espressione: il ritiro del film è, quindi, ritenuto legittimo.

Le critiche all'impostazione portata avanti dalla Corte sono numerose e alcune di esse, che provengono dalle opinioni dissenzienti allegate alla sentenza medesima, sono – per come si è già sottolineato con riguardo al (presunto) fondamento del reato di vilipendio alla religione – assolutamente convincenti.

Per i giudici dissenzienti Palmet, Pekkanen e Makarczyk, l'art. 9 della Convenzione consacra la libertà religiosa, ma non anche il diritto alla protezione dei sentimenti religiosi, non potendosi far rientrare tale affermato diritto nella libertà suddetta e non potendolo elevare, quindi, in bilanciamento con l'art. 10 CEDU. D'altra parte, secondo tale articolo, non è legittimo proteggere i sentimenti religiosi di alcuni membri della società con la limitazione totale della libertà di espressione di altri, tenendo conto che – ritornando con più attenzione al caso concreto – è possibile perseguire il medesimo fine con mezzi meno restrittivi di quelli che la limitano in modo assoluto. In effetti, i mezzi predisposti dall'associazione (luogo chiuso, divieto di visione a minori di diciassette anni, pagamento di un biglietto di entrata, ...) assicuravano una sufficiente protezione dei sentimenti religiosi *degli altri*, risultando per ciò sproporzionata, e quindi ingiustificata, al fine legittimo perseguito, la decisione del ritiro e del sequestro del film.

Ciò che appare chiaro (e lo si rileva criticamente) dalla lettura di tale pronuncia è che questa legittimerebbe l'interferenza dello Stato nel giudicare ciò che è servente al progresso dell'umanità (e *a contrario* ciò che non lo è) – fino a giungere a negare in radice il diritto di tutti i cittadini a partecipare in modo eguale a tale progresso – e determinerebbe anche la conseguenza di non tutelare le posizioni minoritarie, se giudicate non idonee a far progredire l'umanità.

La sentenza, al di là del caso concreto e al di là del fatto di non avere rilevato la peculiarità dell'espressione artistica oggetto del caso *de quo*, pare avere equivocato il bilanciamento (inesistente) tra diritti di pari “livello”. La Corte EDU, allorquando ammette che il diritto a non essere insultato (*rectius* a non sentirsi offeso) nei propri convincimenti religiosi rientra nella libertà religiosa, procede con un bilanciamento tra due libertà (religiosa e di espressione), ma equivocandone il contenuto. Infatti, il diritto a non sentirsi offeso nei propri sentimenti di credente a ben vedere non rientra nella libertà religiosa; non si è, quindi, dinanzi ad un conflitto tra le due libertà che, invece, si dà per scontato. Nella *ratio decidendi*, inoltre, è inesistente l'argomentazione sul fondamento teorico di questo (nuovo?) diritto.

La conseguenza di tale modo di procedere è che la Corte ha bilanciato due beni – lo si ripete – di “valore” differente, e, riconoscendo come legittima la proibizione completa di una produzione

autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive [c. 1]. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario [c. 2]».

artistica, ha svilito in modo assoluto la libertà di espressione e non ha tutelato la “produzione” di dissidenza che (questa sì) sta alla base di ogni società democratica.

La sentenza *Otto-Preminger-Institut* fu richiamata e utilizzata come solido precedente nella (di poco successiva) sentenza *Wingrove c. Regno Unito* del 25 novembre 1996, che ha ad oggetto un video musicale in cui si “racconta” di una santa in un contesto erotico¹⁰³. Più precisamente, la Corte ha dovuto giudicare se la decisione di non concedere, da parte dell’organo amministrativo predisposto, la licenza necessaria per la commercializzazione del video di N. Wingrove intitolato *Visions of Ecstasy* fosse conforme o meno alla CEDU. È opportuno sottolineare che il mancato rilascio della licenza – da parte dell’autorità amministrativa inglese –, e quindi l’impossibilità della commercializzazione del video, fu fondato sulla motivazione per cui la diffusione dello stesso video avrebbe comportato l’imputazione di blasfemia al suo autore. La restrizione alla libertà di espressione appena riportata è conforme all’art. 10 § 2 della Convenzione? Per la Corte sì¹⁰⁴, perché il rifiuto di concedere la licenza (si è dinanzi ad un caso di *potenziale* offesa, in quanto la diffusione non era ancora stata autorizzata)¹⁰⁵ ha il fine di proteggere il *diritto degli altri* così come prescritto dal disposto convenzionale. Benché siano riproposti dalla Corte i due parametri convenzionali (sia il 9 che il 10: § 48), questa si sofferma in modo prevalente sui limiti della libertà di espressione (art. 10 § 2) al fine di rispettare i sentimenti e le convinzioni degli altri. La Corte (ancora non in modo unanime)¹⁰⁶ conclude che la decisione di non concedere la licenza non viola l’art. 10 CEDU, ma sempre dopo aver ricordato il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati per il fatto che tra di essi non vi è una *communis opinio* nel considerare le norme sulla blasfemia come non necessarie in una società democratica e solo in tal caso contrarie a Convenzione (§ 57)¹⁰⁷.

Altro caso – che riguarda la libertà di espressione letteraria – è quello di *I.A. c. Turchia*¹⁰⁸, che ha ad oggetto un libro critico sull’Islam e su Maometto e che trae origine dalla condanna per il reato di blasfemia – così come tipizzato nell’art. 175 del codice penale turco – commesso dal direttore di una casa editrice che aveva pubblicato un libro contenente, fra l’altro, tesi atee. Come si può facilmente rilevare, anche in tale questione la Corte deve risolvere un caso che vedrebbe, da una parte, il diritto alla manifestazione del pensiero e dall’altra il “diritto” a non sentirsi offeso nei sentimenti della fede professata.

Prima di risolvere il conflitto a favore della protezione dei sentimenti religiosi (diritto degli altri), in quanto valuta come ragionevoli e proporzionali le misure penali adottate dallo Stato, la Corte, pur richiamando i propri precedenti, sviluppa un ragionamento, in punto di motivazione, molto interessante ai nostri fini, vale a dire la specificazione che chi decide di manifestare il proprio credo religioso, non può, per ciò solo, sperare «ragionevolmente di non essere oggetto di critica alcuna». Aggiunge – sempre il giudice europeo – che i credenti di una fede «devono accettare e tollerare che altri neghino le loro credenze religiose inclusa la propaganda fra gli altri di idee ostili alla propria fede». Anche se afferma ciò, però, la Corte giudica particolarmente gravi gli attacchi contro il profeta dell’Islam tanto che i credenti di tale religione potevano legittimamente sentirsi offesi.

¹⁰³ Decisione annotata da J.-M. LARRALDE, *La liberté d’expression et le blasphème*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 1997, 725 - 732.

¹⁰⁴ La Corte non si è interessata alla circostanza per cui la legge inglese sul reato di blasfemia proteggeva solo la religione cristiana, e più precisamente della Chiesa di Inghilterra, perché ciò non rientrava nel *thema decidendum*.

¹⁰⁵ Inoltre l’opera sarebbe stata vendibile solo nei *sexy shop*, luoghi in cui sarebbe stato altamente improbabile trovare un cristiano praticante che avrebbe avuto l’occasione di imbattersi nel video, in tal senso M. GATTI, *Libertà di espressione e sentimento religioso*, cit., 56.

¹⁰⁶ Dissente il giudice Meyer sulla necessità di una legislazione penale avente ad oggetto la blasfemia. Esprimono, invece, opinione concorrente il giudice Pettiti (per il quale l’art. 9, seppur incidentalmente, non veniva in rilievo e non doveva essere invocato) e il giudice Lohmus (che sottolineava che le espressioni artistiche “per loro stessa natura” si comunicano attraverso immagini e parole che possono ferire una persona dalla media sensibilità).

¹⁰⁷ «*Les pays européens n’ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à “la protection des droits d’autrui” s’agissant des attaques contre des convictions religieuses*» (§ 58).

¹⁰⁸ V. *I.A. c. Turchia*, del 13 settembre 2005.

La ragionevolezza delle misure penali è stata valutata tale alla luce di due considerazioni: che si era tenuta in conto una elevata pressione sociale e che non si ordinò il ritiro del libro irrogando solo una multa insignificante.

Anche in questo caso le critiche a tali affermazioni non tardarono a giungere da parte della dottrina, che sottolineò la fallacia dell'argomentazione della «pressione sociale» impiegata dalla Corte per legittimare il maggior intervento da parte dello Stato e ciò perché tale modo di procedere comporta la mancata tutela dei sentimenti religiosi degli appartenenti a religioni minoritarie che, per la loro stessa condizione di minorità, non riuscirebbero mai a produrre una pressione sociale tale da ottenere protezione. Inoltre, la sanzione o è ingiusta o non lo è, *tertium non datur*, o meglio, non dovrebbe darsi: la modestia della multa in sé non può “trasformare” in pena giusta quella che non lo è. Nel caso giunto alla cognizione del giudice di Strasburgo – vale la pena non dimenticarlo – si è comunque dinanzi ad una sanzione penale, che, al pari di tutte le sanzioni, vige nell'ordinamento *in primis* al fine di procurare un effetto di disincentivo a praticare un determinato comportamento.

Anche questa decisione, come le altre, non è stata presa all'unanimità. Nelle opinioni dissenzienti scritte dai giudici Costa, Cabral Barreto e Jungwiert, si richiama la nota sentenza *Handyside c. Regno Unito* del 7 dicembre 1976, con la quale, al di là del dispositivo, nella parte motiva si afferma che la libertà di espressione «è applicabile non solo alle idee che sono condivisibili o che sono inoffensive, ma anche a quelle che offendono o disturbano lo Stato o un qualsiasi settore della popolazione» (§ 49); in tale ipotesi sarebbe dovuto rientrare il caso dell'autore ateo in una società, come quella turca, in cui la quasi totalità della popolazione è religiosa.

Il voto discrepante si sofferma anche sulla *ratio decidendi* impiegata dalla maggioranza (di soli quattro giudici) e quindi sulla mancata valutazione concreta dei fatti. Ed allora, non dovrebbe bastare il solo riferimento alla constatazione che si sia dinanzi ad idee che «scandalizzano, offendono o turbano lo Stato o una parte della popolazione [perché così procedendo si incorre nel rischio che l'uso di] queste parole [... diventino] una frase rituale o stereotipata [... v'è quindi bisogno che esse siano] prese sul serio ed ispirare le soluzioni adottate dalla nostra Corte»¹⁰⁹.

Si può al momento affermare che il filo che tiene insieme queste decisioni è il richiamo al precedente caso *Otto-Preminger* – le cui affermazioni di principio¹¹⁰ continueranno ad essere riproposte anche nella giurisprudenza seguente –; è, quindi, la “sovraprotezione” della tutela del sentimento religioso *degli altri* che costituisce un solido limite alla libertà di espressione.

Possono ancora essere richiamate almeno altre due decisioni che comunemente vengono ricordate per delineare la giurisprudenza convenzionale che si è espressa nel bilanciamento tra libertà di espressione e protezione dei sentimenti religiosi e che, come in *Wingrove* attribuiscono un maggior “peso” all'art. 10 § 2 anziché all'art. 9 CEDU: *Giniewsky c. Francia* del 31 gennaio 2006 e *Klein c. Slovacchia* del 31 ottobre dello stesso anno.

Per motivare queste decisioni, la Corte ritorna sul riesame dei concetti di “offesa” e di “insulto”, che si pongono come giustificazioni per limitare la libertà di espressione.

Nella prima decisione del 1994, il ricorrente aveva scritto sul *Quotidien de Paris* un articolo nel quale esprimeva la tesi secondo la quale la visione che degli ebrei si rappresenta nel Nuovo Testamento – e che è alla base dello sviluppo del sentimento antisemita – ha contribuito all'Olocausto. A seguito di una iniziativa da parte di una associazione cristiana francese, l'autore dell'articolo giornalistico fu condannato per diffamazione pubblica¹¹¹ di un gruppo di persone per la loro appartenenza ad una confessione religiosa.

¹⁰⁹ V. I.A., voto particolare, §§ 2, 3 e 5.

¹¹⁰ Le restrizioni alla libertà d'espressione devono essere previste dalla legge nazionale (per la tutela della certezza del diritto); esse devono perseguire un fine legittimo (la tutela dei sentimenti religiosi è parte integrante della libertà religiosa e può giustificare limitazioni alla libertà d'espressione *ex art.* 10 § 2 CEDU); nel rispetto del margine d'apprezzamento, sono, altresì, necessarie in una società democratica (non sono legittime le offese gratuite, vale a dire quelle che non perseguono lo sviluppo della società).

¹¹¹ Art. 32 della *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*.

L'autore, allora, decise di ricorrere alla Corte EDU lamentando la violazione dell'art. 10 della Convenzione con l'argomento che la legge francese non persegue un fine legittimo del resto neanche necessario per una società democratica: il ricorrente, cioè, rifiutava l'argomento che si trattasse di limiti convenzionalmente previsti, che soli possono comprimere il libero sviluppo della libertà di espressione.

La Corte, rispetto al primo punto, assume che la protezione dalla diffamazione per essere membri di una certa religione corrisponde alla «protezione dei diritti degli altri» prevista dall'art. 10 § 2 CEDU e trova protezione *altresì* nell'art. 9 CEDU (libertà religiosa) così come statuito nei precedenti *Otto-Preminger Institut* e *Wingrove*.

Con riguardo al secondo punto (lo sviluppo di una società democratica), pur richiamando il margine d'apprezzamento che gli Stati hanno su tale materia e la statuizione che vuole che esso sia ancor più ampio quando vengono in rilievo le espressioni che hanno ad oggetto la sfera religiosa degli individui, la Corte pare fare un passo in avanti rispetto ai precedenti ma solo perché non reputa il contenuto del testo come «gratuitamente offensivo» (come nel caso *Otto-Preminger Institut*) ovvero «insultante» (come nel caso *I.A. v. Turchia*) e quindi – riducendo il margine d'apprezzamento – valuta la sanzione imposta come eccessiva.

I giudici di Strasburgo giungono a tale conclusione in quanto le argomentazioni sviluppate nel saggio, seppur potevano procurare un sentimento di offesa fra gli appartenenti ad una determinata religione, non erano state sviluppate per offendere, ma per avanzare una tesi che – nelle parole della Corte – risulta essere di «pubblico interesse». Anche in questo caso, le critiche a tale modo di procedere sono duplici. Da una parte, l'aver di nuovo considerato come rientrante nella tutela della libertà religiosa la protezione dei sentimenti religiosi produce un bilanciamento tra due libertà che per la Corte hanno lo stesso “valore”; dall'altra, non solo la Corte si erge a giudice di ciò che è o non è di «pubblico interesse», ma ammette che non riceverà la medesima tutela l'esercizio della libertà di espressione il cui contenuto non dovesse risultare di pubblico interesse (e ciò crea più di un problema se è un giudice a poterlo “definire”).

Ciò che traspare dalla decisione, quindi, è che essendo «la ricerca della verità storica [...] parte integrante della libertà di espressione»¹¹², allorché l'autore persegue tale ricerca, i limiti alla libertà convenzionalmente tutelata devono essere oggetto di interpretazione «particolarmente restrittiva»¹¹³, potendo, il rischio di subire una condanna, produrre un effetto dissuasivo tale da comprimere la libertà di espressione con una “autocensura”¹¹⁴ che avrebbe (anche) l'effetto di non favorire il libero dibattito pubblico di diffusione di idee¹¹⁵.

La seconda decisione prima richiamata riguarda i giudizi avanzati da un noto critico, Martin Klein, sulle pagine di un settimanale cinematografico aventi ad oggetto le dichiarazioni pronunciate dall'arcivescovo cecoslovacco Ján Sokol al fine di far ritirare (cosa che poi avvenne) il film *The people v. Larry Flint (Oltre lo scandalo)*, film americano del 1996 diretto da Miloš Forman) e il cartellone che ne pubblicizzava l'uscita. La locandina ritraeva un uomo nudo coperto solo da una

¹¹² *Giniewsky v. France*, del 31 gennaio 2006, § 51. In dottrina almeno P.F. DOCQUIR, *La Cour européenne des droits de l'homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*. 86/2006, 839 - 849.

¹¹³ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *¿La libertad de expresión amordazada?*, cit., 102. Tale A. cita, *altresì*, *Patrel c. Francia*, del 22 dicembre 2005, v. quindi *ibidem*, 96 - 99, che, a ben vedere, però, si differenzia da quelli di cui si sta discorrendo, in quanto riguarda non tanto la libertà di espressione e il rispetto dei sentimenti religiosi, quanto piuttosto la libertà di espressione e la diffamazione di un'istituzione (“anti-setta”) ex art. 8 Cedu (protezione della reputazione delle persone).

¹¹⁴ Il rischio di “cadere” nella norma penale produce l'effetto – che è proprio di tale norma – di dissuadere da alcuni comportamenti. Sul rischio dell'effetto disincentivante della norma penale si rinvia alle conclusioni del presente lavoro.

¹¹⁵ Si può richiamare anche *Aydin Tatlav c. Turchia*, del 2 maggio 2006, con il quale la Corte europea all'unanimità giudica violata la libertà di espressione del ricorrente, che era stato condannato al pagamento di una multa molto modesta per diffamazione della religione dell'Islam per quanto scritto e sostenuto nel suo libro *La realtà dell'Islam*. Per la Corte, seppur i fedeli musulmani potevano sentirsi offesi per il contenuto critico del libro – ma non già per i «toni insultanti» così come avvenuto in *I.A.* (§ 28) – non per ciò solo erano giustificabili le limitazioni alla libertà d'espressione del ricorrente, proprio per il rischio di pregiudicare la garanzia del pluralismo (nel caso di effetto intimidatorio della sanzione penale) che è indispensabile per la «sana evoluzione di una società democratica» (§ 30).

bandiera americana che lo cingeva lungo la vita e rappresentato in miniatura, come su una croce, all'altezza del pube. Le critiche di Klein, avanzate in una rivista orientata ad un pubblico di lettori culturalmente ristretto, venivano espresse con linguaggio dotto intorno ad un incesto tra un alto rappresentante della Chiesa cattolica e sua madre, alludendo, tra l'altro, alla cooperazione dell'arcivescovo con il passato regime comunista.

Due associazioni cristiane si rivolsero alla giustizia ordinaria slovacca, che condannò il signor Klein per aver diffamato il più alto rappresentante della chiesa cattolica slovacca e – per quel che a noi più interessa – per aver offeso i membri di tale religione.

I giudici di Strasburgo, ai quali il signor Klein aveva proposto ricorso, giudicarono che il ricorrente non aveva offeso né screditato alcun settore della popolazione per la propria fede cattolica e che le opinioni espresse erano rivolte contro l'arcivescovo e per tale semplice motivo altre persone non potevano sentirsi offese. Il giudice europeo concluse che la pubblicazione dell'articolo non ledeva la libertà religiosa *degli altri* e che la sanzione imposta dalla giustizia ordinaria non era convenzionalmente giustificata, perché non era da ritenersi «necessaria in una società democratica».

La Corte non valutò come violato l'art. 10 per essere stato offeso alcun sentimento degli altri, e affermò, in riferimento all'art. 9 (libertà religiosa, vale a dire libera professione della propria fede), che le espressioni del ricorrente non «interferivano in maniera indebita con il diritto dei credenti di esprimere e praticare la propria religione». Dunque, avendo a mente che in *Giniewski* il Tribunale non giustificò la sanzione imposta dalle autorità nazionali, in quanto il testo «non incitava né alla mancanza di rispetto né all'odio» (§ 52), si può affermare che per la Corte EDU il conflitto tra gli articoli 10 e 9 si determina se l'insulto alla religione costituisce un attacco alla libertà di religione, vale a dire quando l'espressione censurata contiene elementi di “incitazione all'odio” e dunque quando le espressioni antireligiose costituiscono quello che nella giurisprudenza convenzionale (e non solo) determinano un “discorso di odio”, che ha il fine ultimo di privare dei propri diritti gli individui contro i quali il discorso è rivolto¹¹⁶. Se non si è dinanzi a tale *contenuto*, ma dinanzi ad una *mera* espressione offensiva in materia religiosa non si attiverà la protezione della libertà religiosa (*ex art. 9*) con conseguente conflitto tra due diritti (libertà religiosa e libertà di espressione), ma si sarà dinanzi ai limiti della libertà di espressione (limiti interni al diritto, che *per definitionem* non è mai assoluto).

Dunque, per concludere il presente paragrafo e rinviando alle conclusioni di questo breve scritto sull'irragionevolezza nel proteggere il sentimento religioso con la norma penale, anche alla luce degli “orientamenti” provenienti dalle istanze internazionali, si può affermare che per la giurisprudenza convenzionale l'insulto alla religione può rappresentare una offesa per i sentimenti dei credenti e per questo si può limitare legittimamente la libera manifestazione del pensiero *ex art. 10 § 2* nella misura in cui le espressioni incriminate costituiscano un «attacco gratuito»¹¹⁷, virulento e non insignificante a ciò che è reputato dai credenti come “intoccabile” (fede, riti, istituzioni, ...) e che risultino sì in grado di produrre offesa verso i credenti, ma soprattutto di produrre un rischio per la loro incolumità, qualora su di essi si riversi violenza, odio, intolleranza. Le limitazioni alla libertà di espressione positivizzate nei testi di legge dei Paesi contraenti la CEDU, in tal caso, sono ritenute conformi al parametro convenzionale, riconoscendo la Corte di Strasburgo un ampio margine di apprezzamento¹¹⁸.

Detto ciò, non ci si può esimere dall'affermare che sarebbe più opportuno abbandonare la nozione *elastica* dell'espressione «gratuitamente offensive»¹¹⁹ soprattutto se la stessa libertà di espressione può contenere legittimamente un linguaggio che «offende, scandalizza o infastidisce»¹²⁰ e di

¹¹⁶ Sul discorso d'odio in dottrina K. BERGAMI - G.M. POLITO, *Libertà di espressione e incitamento all'odio*, in AA.VV., *Diritti fondamentali in Europa*, cit., 71 ss.

¹¹⁷ L. LÓPEZ GUERRA, *op. cit.*, 90.

¹¹⁸ Cfr. anche *Murphy c. Irlanda* del 10 luglio 2003, § 67.

¹¹⁹ In modo particolare in Í.A., *Giniewsky, Aydin Tatlav*.

¹²⁰ V. *Handyside v. Regno Unito* del 7 dicembre 1976; tale decisione è richiamata anche nelle sentenze riportate in nota precedente.

utilizzare la più “sicura”¹²¹ giurisprudenza dell’incitazione all’odio. Ciò anche perché si è comunque riusciti a dare (pur se con qualche difficoltà) una definizione dei discorsi d’odio¹²².

Lungo questa strada pare abbia deciso di procedere la Corte quando ha segnato una sorta di discontinuità (implicita e mai formale rispetto a quanto affermato nella nota sentenza *Preminger*, i cui principi¹²³ continuano ad essere reiterati) facendo intendere che solo se le espressioni configurano un discorso d’odio allora, oltre che l’art. 10, verrà in rilievo anche il parametro convenzionale dell’art. 9.

Questa conclusione pare essere confortata dal recente deposito di una decisione (che interessa la Lituania)¹²⁴ che ammette la possibilità di impiegare a fini pubblicitari icone sacre (nel caso Gesù e Maria), in quanto la libertà di espressione va comunque rispettata, anche se tale da scioccare o recare turbamento, nella misura in cui – sempre in riferimento al caso concreto – non si è offesa la morale pubblica.

Si scrive pare, perché la decisione della Corte si fonda in particolare sull’insufficienza delle ragioni fornite dai giudici nazionali nelle loro considerazioni a conferma della decisione dell’Autorità amministrativa slovacca (Autorità per la tutela dei diritti dei consumatori) in ordine alla “rimozione” pubblicitaria.

La Lituania è stata condannata a “restituire” la multa (580 euro) irrogata nell’ottobre 2012 ad una azienda (la *Sekmadienis*) che era stata condannata per avere offeso la morale pubblica e vilipeso la religione cattolica reclamizzando i propri prodotti (magliette e jeans) attraverso le raffigurazioni di Cristo e Maria¹²⁵ su tre poster pubblicitari diffusi sia in strada che sulla rete.

La Corte, pur continuando a riconoscere il margine d’apprezzamento in *subiecta materia* (§ 71), ha rilevato che i poster «non sembrano essere *gratuitamente* offensivi o profani» e «non incitano all’odio» (§ 77). In assenza di tali condizioni – anche alla luce della normativa lituana – le limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero devono basarsi su serie, rilevanti e sufficienti ragioni in grado di dimostrare che l’espressione impiegata sia contraria alla morale pubblica (§ 79). Per la Corte, le ragioni addotte dalle autorità slovene risultano «vaghe e non spiegano con sufficiente esattezza perché il riferimento a simboli religiosi nelle pubblicità fosse offensivo» (§ 79). Oltre alla vaghezza, si rileva che le argomentazioni addotte sono quanto meno apodittiche, limitandosi ad affermare che le pubblicità «promuovevano uno stile di vita incompatibile con i principi di una persona religiosa» (§ 80). Si è scritto apodittico, perché dalla lettura della decisione traspare come le autorità lituane non abbiano minimamente argomentato circa lo stile di vita “suggerito” e su come le foto e le didascalie in questione lo stessero favorendo. Escludendo che si sia dinanzi a forme di discriminazione¹²⁶ e ad un linguaggio che possa incitare all’odio, i giudici della Quarta Sezione della Corte di Strasburgo ribadiscono che «la libertà di espressione costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica e una delle condizioni di base per il suo progresso e per l’autorealizzazione individuale di ciascuna persona» e questo anche quando le idee altrui possano “scioccare, offendere o disturbare” (§ 81).

¹²¹ Il termine si mette tra virgoline, perché non è sempre detto che l’utilizzo della fattispecie non possa comunque essere problematico.

¹²² V. *retro* nota 6.

¹²³ Per la Corte europea la protezione dei sentimenti religiosi trova fondamento nella libertà religiosa, così come esplicitamente affermato nella decisione del 1994: «può legittimamente apprezzarsi che il rispetto dei sentimenti religiosi dei credenti *garantito* dall’art. 9 [...] risulta violato da rappresentazioni provocatorie di oggetti di venerazione religiosa; tali rappresentazioni possono intendersi come una violazione maliziosa dello spirito di tolleranza, che è anche una delle caratteristiche di una società democratica» così in *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, § 47. La conseguenza è quindi che la tutela dei sentimenti religiosi può giustificare l’imposizione di limiti alla libertà di espressione, in quanto, così come regola l’art. 10 § 2 CEDU, finalizzati alla protezione dei *diritti degli altri*.

¹²⁴ V. *Sekmadienis Ltd. v. Lithuania* (Quarta Sezione) del 30 gennaio 2018. Allegata è l’opinione concorrente del giudice De Gaetano.

¹²⁵ I poster ritraggono due modelli, svestiti e mostrando dei tatuaggi, richiamandosi alla iconografia religiosa, con diverse esclamazioni per slogan: «Gesù, che pantaloni!» «Cara Maria, che vestito!» «Gesù e Maria, cosa indossate!».

¹²⁶ Di certo – rileva sempre il giudice europeo – l’impiego di simboli religiosi «per scopi superficiali» che, «distorcendo il loro scopo principale», forse risulta “inappropriato”, ma non offensivo.

La Corte, ancora una volta, valuta il bilanciamento e rileva come non sia stato raggiunto «un giusto equilibrio tra la protezione della morale pubblica e i diritti delle persone religiose da una parte, e il diritto alla libertà d'espressione dell'azienda dall'altra», dimostrando che si sia data una «priorità totale alla protezione dei sentimenti delle persone religiose, senza prendere in considerazione in modo adeguato il diritto alla libertà d'espressione dell'azienda» (§ 82).

La Corte, facendo riferimento (forse non in modo del tutto conforme) alla decisione Otto-Preminger-Institut, afferma che i credenti di ogni fede religiosa devono tollerare e accettare la negazione da parte degli altri delle loro credenze e persino la propagazione da parte di altri di dottrine ostili alla loro fede. La Corte pare allontanarsi dai suoi più remoti precedenti allorché abbandona decisamente il riferimento ai dati sociologico-quantitativi¹²⁷ ribattendo al ragionamento per cui gli annunci pubblicitari erano considerati offensivi dalla *maggioranza* della popolazione lituana. Secondo la Corte, anche supponendo che la maggior parte della popolazione lituana abbia effettivamente trovato offensivi gli annunci pubblicitari, sarebbe incompatibile con i valori soggiacenti alla Convenzione consentire l'esercizio dei diritti da parte di un gruppo di minoranza solo se tollerato dalla maggioranza. Se così fosse, i diritti di un gruppo di minoranza diventerebbero semplicemente teorici piuttosto che concreti ed efficaci come richiesto dalla Convenzione (§ 82).

6. Il vilipendio religioso in alcuni recenti casi: fra disapplicazione di fatto dei tradizionali strumenti punitivi in tema di religione e “reintroduzione” del reato di vilipendio diretto alla religione

Diverse e recenti sono le decisioni¹²⁸ depositate da giudici ordinari e di legittimità e che risultano assai interessanti per diversi ordini di motivi: dimostrano come ancora, in una società secolarizzata, si chieda al giudice l'applicazione di una norma penale che sanzioni l'offesa alla confessione religiosa mediante vilipendio del ministro del culto *ex art.* 403 cod. pen.¹²⁹; palesano l'estrema difficoltà di applicare la norma stante l'eccessiva vaghezza ed indeterminatezza della disposizione penale; mostrano come sia elevata la possibilità di limitare l'esercizio di un diritto fondamentale (libertà di espressione e, più precisamente, di satira) per il rischio per chi lo esercita di essere soggetto a procedimento penale (c.d. “effetto inibitore della norma penale”); dimostrano come la libertà di espressione potrebbe comunque essere limitata dalla libertà di religione (nella quale si fa rientrare la tutela dei sentimenti religiosi).

Veniamo, quindi, ai casi giurisprudenziali. In un sito internet noto per ospitare pubblicazioni satiriche anche “estreme”, vengono pubblicati tre disegni animati di cui due (con messaggio) raffiguranti il Papa e altri ministri di culto tratti in atti sessuali espliciti (attivi e passivi) mentre uno (un *gadget*, che rappresentava una raffigurazione satirica senza messaggio) rappresentava il Papa impegnato in un atto di autoerotismo.

Esclusa la violazione del limite esplicito del buon costume¹³⁰, mancando l'offesa al pudore sessuale, il Tribunale di Latina, pur riconoscendo che la norma penale tutela il sentimento religioso, ha ritenuto che il fatto contestato non avesse inciso negativamente sulla comunità dei fedeli anche in

¹²⁷ Cfr. *retro I.A. c. Turchia* del 13 settembre 2005.

¹²⁸ Di recenti altri decisioni che determinano anche in altri paesi la sostanziale inapplicabilità delle norme penali a tutela dei sentimenti religiosi si è trattato anche nel nostro *La tutela penale del sentimento religioso nell'ordinamento costituzionale spagnolo. Profili costituzionalistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 9/2017, 108 ss., il caso preso in considerazione è quello di J. Krahe.

¹²⁹ Anche se, e a ragione visti i pochissimi casi “trovati”, stante la «attenuata reattività sociale verso tale tipo di reati» (M.C. IVALDI, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla tutela penale in materia religiosa. Un excursus (1957-2005)*, in *OLIR*, 2) alla luce del «collasso funzionale del tradizionale strumento punitivo in tema di religione» (P. SIRACUSANO, *Vilipendio religioso*, cit., 2) e del «grado minimo di disvalore sociale riconosciuto ai comportamenti incriminati» (C. SALAZAR, *Le “relazioni pericolose”*, cit., 30).

¹³⁰ «Perché le vignette potessero qualificarsi come oscene, e dunque tali da offendere il buon costume, sarebbe stato necessario che fossero state tali da suscitare nell'osservatore desideri erotici e forme di eccitamento (*ex plurimis* recentemente Sez. 3, Sentenza n. 37395 del 02/07/2004) il che è escluso in termini assoluti dalla approssimativa raffigurazione grafica e dal contenuto solo satirico degli atti rappresentati», Trib. Latina, ud. 24 ottobre 2006, n. 1725.

considerazione del fatto che le vignette satiriche “incriminate” erano state pubblicate su un sito a carattere erotico e come tale *difficilmente* visitato da fedeli, cioè da persone che avrebbero potuto sentirsi offese dalle caricature erotiche ivi raffigurate.

Le prime due vignette sono state giudicate come capaci di manifestare il pensiero critico dell'imputato (applicando la scriminante degli artt. 21 Cost. e 51 cod. pen.): la prima verso «la contraddizione, a suo modo di vedere, tra le proclamazioni astratte della Chiesa come istituzione e i comportamenti in concreto praticati da alcuni suoi membri»; la seconda, per il fatto di raffigurare «la feroce critica [...] nei confronti di quello che egli ritiene essere l'atteggiamento sessuofobico dell'istituzione ecclesiale». La vendita del *gadget*, invece ed inoltre, non è stata giudicata idonea ad integrare il reato di vilipendio per «l'assenza dell'elemento psicologico non avendo egli inteso vilipendere né la confessione religiosa né la persona rappresentativa della stessa»¹³¹. La mancanza di dolo¹³², quindi, è riuscita a “salvare” una raffigurazione che comunque non aveva «alcun elemento di irrisione costruttiva, direttamente o indirettamente riconducibile nell'alveo della libera manifestazione del pensiero, perché finalizzato alla gratuita mostra di un aspetto della vita sessuale del Pontefice».

Altra decisione – più recente – è la n. 41044 del 2015, con la quale Corte di cassazione ha ravvisato la correttezza del giudice di merito che aveva individuato il reato di cui all'art. 403 cod. pen. nella condotta di chi¹³³ realizzava ed esponeva nel centro di Milano un trittico raffigurante il Papa ed il suo segretario personale accostati all'organo riproduttivo maschile con la didascalia “Chi di voi non è culo scagli la prima pietra”. Simile la decisione¹³⁴ della medesima Cassazione per la condotta di chi ha predisposto un cartellone raffigurante sullo sfondo una sagoma dell'immagine del Pontefice Benedetto XVI e, in primo piano, un bersaglio da colpire con delle freccette¹³⁵; il giudice di legittimità, diversamente dal caso giudicato dal Tribunale di Latina, quindi, non ritiene presente il mero intento ludico e irridente della rappresentazione. Non rileva il particolare *animus* dell'autore del trittico¹³⁶, ma esclusivamente il fatto che vi è stato dolo generico e quindi la «volontà di commettere il fatto con la consapevolezza della sua idoneità a vilipendere, tale da rendere irrilevante il movente dell'azione (politico o sociale), che non vale perciò ad escluderlo»¹³⁷.

Questa la massima quando la materia religiosa costituisce oggetto della manifestazione del pensiero: la critica è lecita quando – sulla base di dati o di rilievi già in precedenza raccolti o enunciati – «si traduca nella espressione motivata e consapevole di un apprezzamento diverso e talora antitetico,

¹³¹ Per il Tribunale «[p]oiché il P.M. sapeva di gestire un sito internet con un nome immediatamente evocativo di un atteggiamento ironico e critico nei confronti delle autorità ecclesiali e della Chiesa come istituzione, aveva anche la consapevolezza che lo stesso difficilmente sarebbe stato visitato da soggetti che avrebbero potuto sentirsi lesi nel loro sentimento religioso dai *gadgets* proposti»; critica questa impostazione che ricostruisce il dolo anche in funzione del numero N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, cit., 19.

¹³² Seppur l'interpretazione della norma spinga per il dolo generico, almeno per P. SIRACUSANO, *Vilipendio religioso e satira*, cit., 1008.

¹³³ Condannato a pagare una multa di 800,00 euro.

¹³⁴ Ma si v. anche Tribunale Penale di Padova, sentenza 14 giugno 2005, che condanna per il reato di vilipendio commesso nel corso di trasmissione televisiva. Integra gli estremi del reato di cui all'art. 403 c.p. la condotta di colui che, nel corso di una trasmissione televisiva, abbia definito la Chiesa cattolica come «un'associazione a delinquere» ed il Papa come «un signore extracomunitario che capeggia la chiesa» ed un «abile doppiogiochista»: per il Tribunale «Se la chiesa cattolica è un'associazione per delinquere, e se il riferimento non è (solo) all'istituzione in sé, ma a determinati suoi esponenti, l'effetto offensivo della frase è che anche i ministri di culto sono dei delinquenti che ingannano i fedeli» (punto 5.1 della *Motivazione*). Integra, inoltre, il reato di offesa alla religione mediante vilipendio di cose, il riferimento al crocifisso come «cadavere in miniatura», in quanto tale definizione spoglia la croce del suo significato simbolico religioso che ha una radice in due millenni di storia, riducendola ad una beffarda puntualizzazione, che non prende minimamente in considerazione «il valore che i cristiani attribuiscono al loro oggetto di culto per eccellenza», punto 5.2 della *Motivazione*.

¹³⁵ Nello stesso senso Corte Cass. pen., III, sent. 17 gennaio 2017, n. 1952.

¹³⁶ Nelle parole del ricorrente, il suo intento era «la rappresentazione della ritenuta posizione oppositiva nei confronti dell'omosessualità delle gerarchie ecclesiastiche e non l'allusione a sussistenti rapporti interpersonali di natura non consentita verso chi ha fatto voto di castità».

¹³⁷ Trib. Latina, ud. 24 ottobre 2006, n. 1725.

risultante da una indagine condotta, con serenità di metodo, da persona fornita delle necessarie attitudini e di adeguata preparazione, mentre risulta violato il limite dovuto al rispetto della devozione altrui, ingiustamente messo a repentaglio da una manifestazione che, lungi dall'essere meramente critica di costumi sessuali non consentiti a ministri del culto, appare costituire una mera contumelia, scherno e offesa fine a sé stessa»¹³⁸.

Il trittico non costituiva un'espressione interpretabile in termini artistici «per le obiettive caratteristiche delle riproduzioni», risultando, l'opera esposta, come «indecorosa ed offensiva nell'accezione dell'uomo medio».

Il rischio è quello che si possa «dare agio a una distinzione tra “pensiero colto” e “pensiero incolto”, che mal si concilia con la vocazione universale della libera manifestazione del pensiero»¹³⁹. Coerentemente con questa affermazione dottrina, si può aggiungere che l'art. 21 Cost. nel garantire a tutti il «diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione» non si limita a tutelare le forme di pensiero che riescono ad essere espressione di intelletto alto, puro, forbito e astratto e a tradursi in estrinsecazioni motivate e consapevoli, ma arriva a tutelare anche le forme (“basse”), che hanno un contenuto eminentemente emozionale o passionale.

Se la copertura costituzionale non si estendesse a tutte le enunciazioni del pensiero (da quelle colte, dettate dalla logica e dalla riflessione, a quelle grossolane e persino volgari, meramente emotive) si andrebbe incontro ad una qualificazione del tutto arbitraria della estrinsecazione del pensiero, così come si escluderebbe in sé la possibilità che il vilipendio possa essere esplicitato con «raffinatezza» e «rigore logico»¹⁴⁰, prescindendo dalla constatazione che la norma penale protegge la religione al di là della modalità argomentativa.

Il rischio di queste posizioni è quello di andare incontro ad un cortocircuito logico, che non vedrebbe, come invece si dovrebbe, il diritto tutelato ex art. 21 Cost. funzionale al «l'appagamento egoistico dei suoi [della persona] bisogni e desideri individuali»¹⁴¹.

La libertà di manifestazione del pensiero costituisce una particolare situazione soggettiva che può essere “limitata da limiti” costituzionali: il buon costume (art. 21 Cost.), l'onore della persona (art. 2 Cost.) e quelli che direttamente ne discendono. Da questa prospettiva, la dottrina¹⁴², che ha analizzato i limiti alla manifestazione del pensiero, ha ben messo in luce che fino ad ora la Corte si è limitata a «dare per scontata la legittimità della tutela penale del sentimento religioso».

Maggiori perplessità derivano da una recente decisione del giudice di legittimità¹⁴³ che “reintrodurrebbe” il reato di vilipendio diretto alla religione, nella misura in cui il vilipendio sia rivolto verso una indistinta ed indeterminata comunità religiosa, e non già, quindi, contro una o più persone determinate. Ciò è reso possibile in quanto «[a]i fini della configurabilità del reato di cui all'art. 403 cod. pen. non occorre che le espressioni offensive siano rivolte a fedeli ben determinati, ma è sufficiente che le stesse siano genericamente riferibili alla indistinta generalità degli aderenti alla confessione religiosa»¹⁴⁴. Con tale motivazione si è precisato che la norma protegge il sentimento religioso di per sé, sanzionando le pubbliche offese verso lo stesso, attuate mediante vilipendio dei fedeli di una confessione religiosa o dei suoi ministri. Il bene tutelato non sarebbe la persona in quanto appartenente ad una determinata comunità religiosa, quanto piuttosto il sentimento religioso di chi

¹³⁸ Corte Cass. pen., III, sent. 7 aprile - 13 ottobre 2015, n. 41044, punto 3 *cons. in dir.*

¹³⁹ Così A. LOLLO, *Blasfemia, libertà di espressione*, cit., 484.

¹⁴⁰ Così, ancora, Trib. Latina, ud. 24 ottobre 2006, n. 1725.

¹⁴¹ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* (1958), ora in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2/2011, 21; M.C. IVALDI, *La tutela penale in materia religiosa*, cit., 103 ss.; L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006, 324 ss.; P. SIRACUSANO, *Vilipendio religioso e satira*, cit., 999.

¹⁴² M. MANETTI, *I limiti oggettivi*, cit., 269.

¹⁴³ Cass. Pen., sez. III, sent. n. 10535/2009, ribadita da Corte di Cass. pen., III, sentenza 17 gennaio 2017, n. 1952, punto 4 *cons. in dir.*

¹⁴⁴ Cass. Pen., sez. III, sent. n. 10535/2009.

appartiene ad una indistinta comunità di fedeli¹⁴⁵: il sentimento religioso continua ad essere protetto come interesse superindividuale.

7. Conclusioni

Il complesso di norme trattate¹⁴⁶ ha una rarissima applicazione¹⁴⁷, ma non per questo è possibile disinteressarsene, fosse solo per il rilevante valore simbolico¹⁴⁸ da esse espresso. L'attualità della riflessione, d'altra parte, sta nella consapevolezza che dai fatti di *Charlie Hebdo* si è iniziato a discutere della possibilità di "rivitalizzare" i reati di vilipendio¹⁴⁹ per proteggere la sfera religiosa con il diritto penale, ma tale determinazione non può essere condivisa¹⁵⁰.

La riforma del 2006 sulle modifiche dei reati di opinione ha costituito il punto di arrivo di un lungo processo di revisione e di eliminazione delle norme discriminatorie ereditate dal legislatore fascista¹⁵¹, avviato dalla fine degli anni '50. Non solo è stata positivizzata la giurisprudenza costituzionale – eliminando qualsiasi riferimento alla religione dello Stato (quella cattolica) e, quindi, abrogando l'art. 406 cod. pen. nella misura in cui esso si riferiva ai culti non cattolici¹⁵² – ma è stato introdotto negli artt. 403-405 cod. pen.¹⁵³ il riferimento alla nozione di *confessione religiosa*¹⁵⁴, così come, per i vilipendi *indiretti* alla religione ex artt. 403 e 404 cod. pen., si è commutata la pena in pecuniaria, rinunciando, in tal modo, alla pena detentiva per i c.d. reati di opinione.

¹⁴⁵ Così, quasi testualmente L. LACROCE, *La tutela penale del sentimento religioso*, cit., 668. Già prima M. MANETTI, *Libertà di pensiero e tutela delle identità religiose*, cit., 65. In dottrina, già prima della decisione, cfr. D. FALCINELLI, *Il valore penale del sentimento religioso, entro la nuova tipicità dei delitti contro le confessioni religiose*, in AA.VV., *Diritto penale della libertà religiosa*, cit., 54.

¹⁴⁶ Dopo la giurisprudenza della Corte e l'intervento del Legislatore: gli artt. 403 e 404 cod. pen. incriminano i vilipendi *indiretti* alla religione; gli artt. 402 e 406 cod. pen. sono stati dichiarati incostituzionali; l'art. 405 cod. pen. incrimina la *turbatio sacrorum*, l'art. 724 cod. pen., che incrimina la bestemmia, è stato riscritto dalla Corte con la [sent. n. 440/1995](#) e trasformato in illecito amministrativo con il d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507.

¹⁴⁷ Dalla lettura di molti giornali online si apprende la notizia di multe a chi durante una coda particolarmente lunga in autostrada ha pronunciato una "frase colorita" a finestrino abbassato e per caso lì intorno c'era una pattuglia della polizia; o chi ha postato su siti web come "Radio Bestemmia", "Club della bestemmia" e "Confraternita dei frati bestemmianti". Inoltre, non si contano più le ordinanze anti-bestemmia adottate da diversi sindaci. Si ricordi che la condotta del soggetto (con colpa) che fa pubblica bestemmia può anche non tendere all'offesa (elemento soggettivo), infatti, al di là del fatto che si giunga o meno all'offesa, l'art. 724 cod. pen. anche chi pronuncia bestemmia «per semplice ignoranza o maleducazione, per cattiva abitudine, o qualche intercalare dialettale, o sotto l'effetto dell'ira e del alcool», così in F. BASILE, *Art. 724*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, fondato da E. Dolcini - G. Marinucci e diretto da E. Dolcini - G.L. Gatta, Tomo III, IV ed., Milano, 2015, 1721.

¹⁴⁸ P. SIRACUSANO, *Vilipendio religioso e satira*, cit., 998. Nello stesso senso F. BASILE, *La pubblicazione delle dodici vignette satiriche sull'Islam costituisce reato (in Italia)?*, in *Not. Politeia*, 119/2015, 71.

¹⁴⁹ Sull'elemento materiale ex art. 403 cod. pen. e sulla sua assenza nel caso alle divinità e alle figure di riferimento si v. A.G. CANNEVALE - C. LAZZARI, *Op. cit.*, 92 ss.

¹⁵⁰ Tale preoccupazione è in S. CANESTRARI, *Libertà di espressione e libertà religiosa: tensioni attuali e profili penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2/2016, 933; M. MANETTI, *Una stagione di fioritura*, cit., 9. Cfr., anche, A. SERENI, *Sulla tutela penale della libertà religiosa*, in AA.VV., *Diritto penale della libertà religiosa*, cit., 13; V. MORMANDO, *Religione, laicità, diritto penale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2/2005, 667.

¹⁵¹ P. CARETTI, *Il principio di laicità in trent'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 3/2011, 771 ss.

¹⁵² «Chiunque commette uno dei fatti preveduti dagli articoli 403, 404 e 405 contro un culto ammesso nello Stato, è punito ai termini dei predetti articoli, ma la pena è diminuita» ora abrogato dall'art. 9 della legge 24 febbraio 2006, n. 85.

¹⁵³ Gli artt. 7, 8 e 9 della l. 24 febbraio 2006, n. 85 hanno sostituito la precedente nozione «del culto cattolico»; in tal modo la tutela apprestata da tali disposizioni (Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di persone; Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose; Turbamento di funzioni religiose del culto di una confessione religiosa) ha unificato tutte le confessioni religiose, eliminando la disparità di trattamento tra la religione cattolica e quelle acattoliche.

¹⁵⁴ Che cosa sia *confessione religiosa* rimane la questione più problematica e il legislatore si guarda bene dal provare a tracciarne una definizione. Questa rimane la questione irrisolta e forse irrisolvibile, ma che per questo dovrebbe determinare una "conseguenza" legislativa. Per tutti si v. R. BIN, *Libertà dalla religione*, in AA.VV., *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Id. - C. Pinelli, Torino, 1996, 41.

La riforma del 2006 costituisce un tassello fondamentale nel processo di laicizzazione¹⁵⁵ del diritto penale, in special modo per quello che non ha detto – e a prescindere dal fatto che lo abbia fatto intenzionalmente o meno¹⁵⁶. Con essa il Legislatore non ha “riproposto”, in versione aggiornata, la disposizione di cui all’art. 402 cod. pen., già espunta dall’ordinamento ad opera di Corte cost., [sent. n. 508/2000](#). Previa estensione della tutela a tutte le confessioni («senza distinzione di religione»), non limitata solo a quella cattolica, il Legislatore avrebbe potuto reintrodurre il reato di vilipendio *diretto* alla religione¹⁵⁷, vale a dire la punibilità del vilipendio alla religione che «*non passi per il tramite di un’aggressione a persone, cose o funzioni: la religione in sé – rectius, le religioni in sé – con i loro dogmi o fondamenti non assurgono più ad oggetto autonomo di tutela penale*»¹⁵⁸.

Il Legislatore di riforma, che non prende in considerazione l’art. 724 cod. pen. già interessato da un intervento legislativo del 1999, non giunge al punto massimo in cui sarebbe stato auspicabile che arrivasse¹⁵⁹; non si spinge, cioè, alla totale abrogazione delle disposizioni che proteggono il fenomeno religioso privandolo di qualsiasi tutela, anche penale¹⁶⁰. D’altra parte, il venir meno di una normativa specifica non determinerebbe una assenza *totale* della protezione del fenomeno religioso, in quanto esso potrebbe trovare una tutela di tipo “riflesso”¹⁶¹ attraverso le norme (già ampiamente presenti nell’ordinamento) che proteggono altri beni, come l’onore e la reputazione. Questo tipo di tutela sarebbe, d’altra parte, conforme alla volontà di tutte¹⁶² le confessioni religiose con le quali lo Stato italiano ha concluso delle Intese¹⁶³ (benché in alcuni casi tale presa di posizione sia espressa solo in

¹⁵⁵ Anche se non si è ancora compiuta la piena secolarizzazione dei reati di offesa mediante vilipendio alle confessioni religiose. Sulle diverse “fasi” di cui può comporsi tale processo si rinvia a G. FATTORI, *La secolarizzazione dei reati contro il sacro in Italia*, in AA.VV., *Blasfemia, diritti e libertà*, cit. 248 ss. Le fasi – per come visto anche nei §§ che precedono – sono le seguenti: di *deistituzionalizzazione*: «nella transizione dalla fase pre-costituzionale a quella immediatamente post-costituzionale, la deistituzionalizzazione indica il passaggio ermeneutico dalla tutela penale del cattolicesimo come religione di Stato alla tutela penale dello stesso come religione della “quasi totalità degli italiani”»; di *deconfessionalizzazione*: «indica il superamento del criterio sociologico - quantitativo e così delle fattispecie a impronta confessionale»; di *privatizzazione*: «la transizione dalla fase pre-neoconcordataria alla fase post-neoconcordataria indica il graduale passaggio dalla tutela del cattolicesimo come interesse prevalentemente collettivo alla tutela della sensibilità religiosa come interesse prevalentemente individuale»; 4) *secolarizzazione*: «indica il passaggio a una fase in cui l’esigenza di libertà espressiva in ogni campo, la sensibilizzazione al rispetto e le tutele delle minoranze sociali e culturali sono crescenti, mentre è sempre minore la percezione della pericolosità sociale delle condotte blasfeme o tradizionalmente ritenute tali».

¹⁵⁶ Ne dubita autorevolissima dottrina: F. BASILE, *La pubblicazione delle dodici vignette satiriche sull’Islam*, cit., 73.

¹⁵⁷ Forse reintrodotta, però, dalla giurisprudenza.

¹⁵⁸ Il riferimento va ancora a F. BASILE, *La pubblicazione delle dodici vignette satiriche sull’Islam*, cit., 73, i corsivi sono dell’A.

¹⁵⁹ Il legislatore ha mancato della volontà di «osare», R. MAZZOLA, *Diritto penale e libertà religiosa dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2005, 68.

¹⁶⁰ L’intenzione del legislatore si è manifestata *a contrario* nel non aver inserito i reati di offesa alla religione nell’*abolitio criminis* ovvero nella depenalizzazione che operate, la prima, con il d.lgs. n. 7/2016 e, il secondo, con il d.lgs. n. 8/2016. Su tali decreti e sul rapporto contenutistico con la loro legge delega, cfr. V. VALENTI, *Il diritto di satira e la tutela del sentimento religioso*, cit., 28 ss.

¹⁶¹ F. BASILE, *Art. 403*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, cit., 1465.

¹⁶² O quasi. Sia perché in alcune intese non si fa alcun cenno alla tutela penale in materia religiosa (come nel caso della confessione religiosa Unione delle Chiese Cristiane Avventiste del 7° giorno, della Chiesa Evangelica Luterana in Italia; ma si v. anche la l. 30 luglio 2012, n. 126 *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Sacra arcidiocesi ortodossa d’Italia ed Esarcato per l’Europa Meridionale*, la l. 30 luglio 2012, n. 127 *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni* e la l. 28 giugno 2016, n. 130 *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l’Istituto Buddhista Italiano Soka Gakkai*) sia in quanto si accetta una tutela speciale in tale materia (come nel caso dell’Intesa stipulata con l’Unione delle comunità ebraiche: l’art. 2, comma 4, della l. n. 101 del 1989 dichiara di accettare una tutela speciale del sentimento religioso, purché uguale agli altri culti: «È assicurata in sede penale la parità di tutela del sentimento religioso e dei diritti di libertà religiosa, senza discriminazioni tra i cittadini e tra i culti»).

¹⁶³ L. 11 agosto 1984, n. 449 *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola valdese*: art. 4 «La Repubblica italiana prende atto che la Tavola valdese, nella convinzione che la fede non necessita di tutela penale diretta, riafferma il principio che la tutela penale in materia religiosa deve essere attuata solamente attraverso la protezione dell’esercizio dei diritti di libertà riconosciuti e garantiti dalla Costituzione, e non mediante la tutela specifica del sentimento religioso».

sede di Preambolo)¹⁶⁴. In esse, infatti, si esprime – in termini simili, se non proprio identici – la convinzione che la fede non necessiti di tutela penale diretta; in tutte si sancisce che la tutela penale in materia religiosa deve essere attuata solamente attraverso la protezione dell’esercizio dei diritti di libertà riconosciuti e garantiti dalla Costituzione e non già mediante la tutela specifica del sentimento religioso.

La determinazione di non tutelare in modo diretto le religioni sarebbe di certo conforme al parametro costituzionale, che oggi, anche dopo le riforme legislative del 1999 e del 2006, forse non è completamente rispettato da quelle disposizioni che, proteggendo solo la coscienza religiosa, si pongono in distonia con il principio di eguaglianza («senza distinzione di religione») nella misura in cui non viene prevista alcuna protezione penale rafforzata ai sentimenti dell’ateo, per assenza di tutela del sentimento religioso “negativo”¹⁶⁵ da proteggere *ex art.* 19 Cost.¹⁶⁶.

Al di là di un livellamento “verso il basso” della codicistica penale, e ben consci della giurisprudenza costituzionale, a noi pare che serie doglianze di incostituzionalità siano da rintracciarsi nel costituire, tali normative, un limite non costituzionalmente fondato della libertà di manifestazione del pensiero. La teoria del bilanciamento, fatta propria – già lo si diceva – dalla Corte costituzionale¹⁶⁷, non convince perché pare essere operata in maniera diseguale. Che il sentimento religioso sia un bene costituzionalmente rilevante, infatti, deve ancora essere dimostrato, *in primis* dalla Corte. Senza questa giustificazione, irragionevole sarebbe la limitazione alla manifestazione del pensiero, il cui fondamento costituzionale non richiede argomento alcuno. Dunque, emerge un *deficit* metodologico allorquando si parla della tutela del sentimento religioso come di un limite ai diritti fondamentali¹⁶⁸.

Il fatto che la persona possa esprimere la propria opinione è una conquista del costituzionalismo liberale e contemporaneo. La libertà d’espressione riconosce (*rectius* dovrebbe riconoscere) non tanto il diritto a bestemmiare o vilipendiare¹⁶⁹, quanto piuttosto quello di esprimere il proprio pensiero anche in modo esacerbato senza per questo incorrere in un atto illecito. Tutelare il sentimento religioso, e più in generale la religione, comporta il più delle volte¹⁷⁰ una censura (di film, foto, disegni, opere d’arte, ma anche, e persino, di espressioni di cauto dissenso manifestate nei confronti di una religione) per il solo fatto che potrebbero generare una grave offesa per chi è credente. Blasfemo sarebbe allora l’ateo che “semplicemente” nega l’esistenza stessa della fede religiosa, ma

¹⁶⁴ L. 22 novembre 1988, n. 517 *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le Assemblee di Dio in Italia. Intesa tra il Governo della Repubblica italiana e le “Assemblee di Dio in Italia”, in attuazione dell’articolo 8, terzo comma, della Costituzione*. Premessa: «Nell’addivenire alla presente intesa la Repubblica italiana prende atto che: le ADI, convinte che la fede non necessita di tutela penale diretta, riaffermano il principio che la tutela penale in materia religiosa deve essere attuata solamente attraverso la protezione dell’esercizio dei diritti di libertà riconosciuti e garantiti dalla Costituzione, e non mediante la tutela specifica del sentimento religioso».

¹⁶⁵ Cfr., fra i primi, P. BARILE, *Religione cattolica, religione dello Stato, religione privilegiata, (A proposito della vigenza dell’art. 402 cod. pen.)*, in *Diritto ecclesiastico*, 1951, 422 ss.: «siamo di fronte ad una disparità di trattamento fra diverse categorie di cittadini, nel senso che coloro che hanno una data credenza religiosa si vedono protetti, in tale credenza, in modo maggiore di quanto non lo siano gli altri cittadini che hanno altra credenza. Perché il non cattolico che vilipenda la religione cattolica (ipotesi del 402 cod. pen.) deve essere punito e non deve esserlo il cattolico che vilipende una diversa confessione? [...] Se i cittadini devono essere ‘eguali davanti alla legge, senza distinzione di religione’ (art. 3 Cost.), sembra incostituzionale il comminare pene diverse secondo le diverse categorie di cittadini, divisi da diverse credenze religiose». La citazione è presa da M. CROCE, *La libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 396, nota 14. Cfr. anche R. BIN, *Libertà dalla religione*, cit., 43.

¹⁶⁶ Corte cost., [sent. n. 117/1979](#), punto 3 *cons. in dir.*

¹⁶⁷ Corte cost., [sent. n. 188/1975](#), punto 4 *cons. in dir.*

¹⁶⁸ In piena continuità con M. GATTI, *La blasfemia nel diritto europeo: un «reperto storico»*, in AA.VV., *Blasfemia, diritti e libertà*, cit., 189 ss.

¹⁶⁹ C. DEL BÒ, *Col sorriso sulle labbra. La satira tra libertà di espressione e dovere di rispetto*, in *St., Ch. Pl. Conf.*, 7/2016, 4, in special modo, 19 ss.

¹⁷⁰ Il fatto che non avvenga spesso non significa che non può avvenire in futuro, soprattutto se si pensa che nel nostro codice rimane la procedibilità d’ufficio. Ecco perché, ritornando su un sostantivo impiegato poc’anzi nel testo, il tema trattato non è solamente “simbolico”. Si v., da ultimo, Corte di Cassazione, sez. III Penale, sentenza 7 aprile – 13 ottobre 2015, n. 41044.

che certo non può essere indagato per il solo fatto che qualcuno si senta offeso dinanzi a sue prese di posizione (finanche volutamente dispregiative ed offensive verso la religione). E che dire di un religioso che in uno scontro di Verità nega l'una delle due per affermare quella in cui crede? Lo si potrebbe accusare di proselitismo di ateismo e quindi di recare offesa ai sentimenti di chi crede? In effetti, anche il religioso di una determinata fede è ateo nei confronti del Dio altrui.

In controtendenza alle scelte legislative compiute, a noi pare che il bene meritevole di protezione sia la persona considerata nella sua individualità e non già il sentimento religioso dei fedeli che si riconoscono in una particolare confessione religiosa. Il rischio sempre presente è che la norma penale possa produrre un effetto (preventivo e) disincentivante che risulta, del resto, deprecabile per un ordinamento costituzionale in quanto difficile è la valutazione reale del suo effetto, che non è possibile predeterminare.

Per come argomentato finora, a noi pare che, a differenza di quanto previsto dal codice penale e argomentato da autorevole dottrina (confortata dalla Corte costituzionale), non si sia dinanzi ad un vero e proprio conflitto tra diritti fondamentali, in quanto l'esercizio della libertà di espressione (se non incorre nella fattispecie penale del discorso di odio)¹⁷¹ non produce alcuna restrizione all'esercizio della libertà religiosa né nella sua dimensione interna né in quella esterna, non costituendo limite alla libertà di fede e alla sua pratica libera nello spazio pubblico e privato. Chi si dovesse sentire offeso potrà, se lo riterrà, rispondere alle affermazioni ritenute infondate, il che, nelle società contemporanee, costituisce la base della dialettica democratica. Così come si potrà scegliere di non pagare un biglietto per andare a vedere uno spettacolo che si crede possa produrre malessere, di cambiare programma e sintonizzarsi su un altro canale in un sistema televisivo che si regge sul principio del pluralismo, o, ancora, di non visitare alcuni siti internet. Il conflitto può manifestarsi tra libertà d'espressione e rispetto dell'onore e della reputazione di una persona (arrivandosi a configurare reato di ingiuria, diffamazione¹⁷², danneggiamento e deturpamento di cose altrui, contravvenzioni di molestia o disturbo, offesa alla pubblica decenza)¹⁷³. Quindi, il nodo gordiano che identifica un problema dall'intricata soluzione va risolto con un taglio netto. La norma penale non protegge un bene imprescindibile per la convivenza ordinata dei cittadini, né per la partecipazione degli stessi alla vita sociale; se così è, in definitiva, ricorrere qui al diritto penale (e a quello civile) è non solo non necessario, ma sproporzionato.

Se il legislatore non decidesse di muoversi verso tale prospettiva, è prevedibile che la Corte (finora limitata dal rispetto del principio processuale del chiesto e pronunciato) dovrà affrontare prima o poi altre questioni che finora ha nei fatti "assorbito", quali l'indeterminatezza del concetto di "offesa di una confessione religiosa" mediante vilipendio ovvero di quello stesso di "confessione religiosa" alla luce del fatto che non esiste (e forse non può esistere) un criterio guida per definirne con certezza i contorni; la ragionevolezza del ricorso al diritto penale¹⁷⁴ al fine di tutelare il sentimento religioso¹⁷⁵; la mancata (piena) tutela del principio di eguaglianza («senza distinzione di religione»).

¹⁷¹ Cfr., ad esempio, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Quinta Sezione, *Dieudonné M'Bala M'Bala C. Francia*, ric. 25239/13, che qualifica i fatti portati alla sua cognizione come rientranti nella fattispecie dell'incitamento all'odio e quindi contrari a Convenzione. Si v. P. CAROLI, *La Corte europea in tema di offese pubbliche contro gli ebrei*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 21 dicembre 2015.

¹⁷² Si pensi ad esempio alle fattispecie di reati previsti dalla c.d. "legge Mancino" (l. n. 205/1993, *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*).

¹⁷³ Già da tempo in dottrina: P. BARILE, *Op. cit.*, 1974, 476; A. BALDASSARRE, *È costituzionale l'incriminazione della bestemmia?*, cit., 70 ss; N. COLAIANNI, *La bestemmia ridotta e il diritto penale laico*, cit., 36; S. LARICCIA, *Tutela penale*, cit., 4319; M. D'AMICO, *Una nuova figura di reato*, cit., 3498; C. SALAZAR, *Le "relazioni pericolose"*, cit., 29; L. LACROCE, *La tutela penale del sentimento religioso*, cit., 669; R. MAZZOLA, *Diritto penale e libertà religiosa*, cit., 84; A. LOLLO, *Blasfemia, libertà di espressione*, cit., 487; A. SERENI, *Sulla tutela penale della libertà religiosa*, in AA.VV., *Diritto penale della libertà religiosa*, cit., 13.

¹⁷⁴ AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi - G. Palombarini, Roma, 2002.

¹⁷⁵ F. RIMOLI, *Tutela del sentimento religioso, principio di eguaglianza e laicità dello Stato*, in *Giur cost.*, 1997, 3349 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 55 e ss.; P. SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstita tutela penale del fattore religioso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. It Dir. Proc. Pen.*, 2/2009, 621 ss.

In effetti, la definizione di confessione religiosa (e non solo)¹⁷⁶ risulta altamente problematica, non potendosi assumere dei caratteri oggettivi per la sua “costituzione”, come possono essere l’aver stipulato una intesa ovvero il costituire una comunità di fedeli quantitativamente apprezzabile¹⁷⁷ ovvero di far proprio il criterio dell’auto-qualificazione.

Anche il principio di eguaglianza continua ad essere “messo a dura prova” per l’assenza di una disposizione – come avviene per le confessioni religiose – che disciplini l’incriminazione di comportamenti vilipendiosi contro chi non crede¹⁷⁸, il che determina un *surplus* di protezione dei credenti rispetto ai non credenti, agli agnostici, agli atei, con chiara elusione, per l’appunto, dell’art. 3 Cost., ma anche dell’art. 19 Cost., che tutela la libertà religiosa anche sotto il profilo negativo¹⁷⁹.

Finché il legislatore non si determinerà con una abrogazione totale delle disposizioni in materia di libertà religiosa¹⁸⁰, in ossequio al principio di laicità¹⁸¹, la tematica rimarrà attuale, seppur se ne sia dimostrata la scarsissima rilevanza nei tribunali, anche a causa di una «compromessa» giustificabilità¹⁸² della tutela della religione come necessaria.

In fase di conclusione, allora, rifacendosi alle premesse di questo scritto e alle riflessioni finora compiute, ci si può domandare se le “caricature su Maometto” rappresentino o meno un legittimo esercizio della libertà d’espressione costituzionalmente tutelata¹⁸³. Certamente ed inequivocabilmente sì¹⁸⁴. Raffigurare un “Alto rappresentante” di una religione, infatti, non significa andare al di là di una legittima espressione del proprio pensiero, anche se questo turba il sentimento di qualcuno (e, nel caso, di molti). L’arte del disegno, anzi, ha dimostrato come una “semplice”

¹⁷⁶ Sarebbe necessario anche «discriminare tra gli aspetti o le credenze che meritano una tutela penale, in quanto ritenuti essenziali dalla comunità di riferimento, e quelli che invece configurino semplicemente una tradizione culturale (nell’abbigliamento, nell’alimentazione). Il compito affidato ai giudici di conoscere e selezionare questo immenso materiale appare invero ben arduo, e in fin dei conti estraneo alla loro missione, che non può certo essere quella di assicurare coercitivamente la vigenza di determinati sistemi di valori, nei confronti dei quali dovrebbe essere sovrana la volontà dell’individuo di aderirvi o di non aderirvi, così come di premere per un loro adeguamento» così M. MANETTI, *Libertà di pensiero e tutela delle identità religiose*, cit., 47.

¹⁷⁷ A. LOLLO, *Dis-eguaglianza e pratiche religiose*, nella [rivista telematica](#) del Gruppo di Pisa, 30 ss.; F. BASILE, *Art. 403*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, cit., 1465 ss.; A.G. CANNEVALE - C. LAZZARI, *Op. cit.*, 81 ss.

¹⁷⁸ Ampia analisi in M. CROCE, *La libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 387 ss. e spec. 439. Ma si v. anche R. MAZZOLA, *Diritto penale e libertà religiosa*, cit., 70.

¹⁷⁹ Si rinvia di nuovo a M. CROCE, *La libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 390 e, in particolare, nota 4: «l’art. 3 Cost. ricomprende necessariamente anche l’ateismo, l’agnosticismo e ogni altra forma di religiosità negativa: altrimenti l’individuo per non essere discriminato sarebbe costretto ad assumere una qualche convinzione religiosa». Si v. anche P. CIPOLLA, *Il nuovo diritto penale della religione alla luce dei valori preparatori della l. 24 febbraio 2006*, n. 85, in *Giur. merito*, 6/2009, 1765; N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, cit., 609.

¹⁸⁰ Così come avvenuto, ad esempio, in Gran Bretagna, dove il delitto di blasfemia è stato “sostituito” dal delitto di incitamento all’odio razziale; ciò nella consapevolezza che l’ordine nello Stato non sta più nella «intangibilità dei dogmi religiosi, ma nella tolleranza verso la manifestazione delle diverse religioni», così M. MANETTI, *Una stagione di fioritura della libertà di pensiero è ormai alle spalle*, in 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, 2016, 15 Cfr. anche V. PUPO, *La democrazia intollerante. Quanta libertà si può limitare in difesa della libertà?*, in AA.VV., *Ridere dell’altro. Libertà di espressione e sacralità religiosa nella democrazia pluralista*, a cura di A. Morelli - G. Poggeschi (in corso di pubblicazione). Un’ampia analisi delle normative di molti ordinamenti continentali si trova in I. VLADISLAVOVIĆ PONKIN, *In merito alla tutela dei sentimenti religiosi e della dignità individuale dei credenti*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 26 febbraio 2016, 1 ss. La prospettiva internazionale è nell’ampio lavoro di S. ANGELETTI, *La diffamazione delle religioni nella prospettiva ultranazionale dei diritti umani*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Febbraio 2010, 1 ss. Oltre al Regno Unito, anche l’Olanda nel 2013 ha eliminato il divieto di esprimere idee blasfeme, mentre l’Irlanda nel 2009 si è determinata nel senso opposto. Cfr., altresì, M.C. BISACCI, *Religione e diritto penale: una indagine comparativa*, in AA.VV., *Diritto penale della libertà religiosa*, cit., 123 ss.

¹⁸¹ L. BARBIERI, *Nullum crimen sine iniuria: principio di laicità e tutela penale dei culti*, cit., 1297.

¹⁸² M.C. IVALDI, *La tutela penale in materia religiosa nella giurisprudenza*, cit., 226.

¹⁸³ Si ricorda che a seguito dell’attentato, le vignette già pubblicate su *Charlie Hebdo* sono state vendute a mo’ di fascicolo interno su alcuni giornali italiani.

¹⁸⁴ Ed in effetti, i giudici danesi giudicarono che non si era dinanzi ad alcun atto blasfemo, contando che in Danimarca il codice penale nel suo art. 267 condanna la blasfemia. In tema Z. COMBALÍA, *Libertad de expresión de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma*, in AA.VV., *La libertad religiosa y su regulación legal. La ley orgánica de Libertad Religiosa*, cit., 438 s.

raffigurazione (Maometto con una bomba al posto del turbante) possa lanciare in modo forte ed incisivo un messaggio¹⁸⁵, nel caso *de quo* quello relativo alla distorsione della parola di Maometto operata da parte di una minoranza integralista che vuole utilizzare la violenza, legittimata in quanto perpetuata nel nome di chi è custode della Verità¹⁸⁶.

A medesima conclusione si sarebbe giunti anche se la finalità della raffigurazione fosse stata quella di ridicolizzare un “Alto rappresentante” di una fede (e non già i fedeli singolarmente ed individualmente considerati) per il solo gusto di farlo, anche in modo greve, con la sola intenzione di irridere il Sacro, il che costituirebbe (tutt’al più) un fatto deprecabile politicamente e culturalmente (e che politicamente e culturalmente andrebbe risolto)¹⁸⁷, ma non anche giuridicamente.

Quando l’offesa comporta una mancanza di rispetto verso i sentimenti religiosi, ma non per questo anche una incitazione all’odio verso determinate persone (di solito minoranze), pare del tutto sproporzionato l’impiego dello strumento penale che si pone in grave tensione con i testi costituzionali per i quali i limiti ai diritti fondamentali devono avere una sicura e fondata base nei testi medesimi; sproporzionato anche per produrre un effetto disincentivante dell’esercizio (legittimo) del diritto fondamentale della libertà d’espressione.

Che lo strumento penale¹⁸⁸ (ma anche quello civile del risarcimento)¹⁸⁹ costringa indebitamente la libertà di espressione pare sia tesi sostenuta anche dai più recenti atti politici prodotti sia a livello europeo che nord-americano. Si possono a tal proposito ricordare la Raccomandazione 1805 del 2007¹⁹⁰ dell’Assemblea del Consiglio d’Europa che raccomanda, appunto, ai Parlamenti¹⁹¹ di «modificare il Diritto e la pratica nazionale per decriminalizzare la blasfemia e l’insulto alla religione»¹⁹², procedendo nella stessa strada tracciata dalla Commissione di Venezia che propone che «sia abolito il delitto di blasfemia»¹⁹³, con la conseguenza che la protezione della libertà religiosa costituisce una «questione separata e indipendente da qualsiasi possibile protezione dei sentimenti religiosi»¹⁹⁴.

In determinate occasioni, quali sono quelle in cui l’espressione impiegata da un soggetto individuale o collettivo può provocare violenza o indurre all’odio o alla discriminazione di altri individui, la libertà d’espressione deve essere limitata (e lo è già dalle norme penali) per il fine legittimo di evitare la violenza e la discriminazione e non già per la tutela dei sentimenti religiosi. Al

¹⁸⁵ È stato autorevolmente ricordato che sia la libertà di manifestare il proprio pensiero che il diritto di professare una religione (o di non farlo) hanno entrambe la «naturale aspirazione [...] a consentire tutela alla *diversità*: [...] la circolazione del dissenso [...] e] tutelare soprattutto i fedeli aderenti a religioni di minoranza, oltre a quanti non si riconoscono in alcuna confessione», così C. SALAZAR, *Le “relazioni pericolose”*, cit., 5.

¹⁸⁶ Anche se questa non è l’unica rappresentazione: C. CIANITTO, *Quando la parola ferisce*, cit., 72 s.

¹⁸⁷ S. PRISCO, *Je suis Charlie, mais il faut réfléchir*, in *St., Ch. Pl. Conf.*, 19 gennaio 2015, 5.

¹⁸⁸ Il cui intervento deve comunque avere il carattere dell’*extrema ratio*. Su tale profilo, almeno, G. FLORA, *La tutela penale del “fatto religioso” tra codice Rocco e Costituzione*, in *Criminalia*, 2008, 106.

¹⁸⁹ Cfr. Cass. Civ., I, sentenza n. 7468/2017, che non riconosce il diritto al risarcimento del danno a chi si è sentito offeso da uno spettacolo blasfemo.

¹⁹⁰ Ed anche la n. 1510 del 2006, del 28 giugno. Si v. pure le *Conclusioni del Consiglio sulla libertà di religione o di credo* del 16 novembre 2009, doc. 15510/09, e *Raccomandazione del Parlamento europeo al Consiglio del 13 giugno 2013 sulla bozza di orientamenti dell’UE in materia di promozione e protezione della libertà di religione o di credo* ed anche *Risoluzione del Parlamento europeo dell’11 dicembre 2013 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2012 e sulla politica dell’Unione Europea in materia*. In riferimento M. GATTI, *La tutela dei diritti umani tra azione esterna dell’Unione europea e politiche interne degli Stati membri: medici, curate vos ipsos*, in *OsservatorioAic*, dicembre 2014, 10; ID. *La blasfemia nel diritto europeo*, cit., 149-150.

¹⁹¹ Fra le legislazione dei Paesi appartenenti al Consiglio d’Europa quelle che disciplinano il reato di blasfemia sono: Austria, Danimarca, Finlandia, Grecia, Italia, Irlanda, Liechtenstein, Olanda, San Marino. I Paesi appena citati – tranne che per l’Austria, il Liechtenstein, l’Irlanda, San Marino (uno dei pochissimi paesi a non aver normato sull’incitazione all’odio) – hanno una normativa *ad hoc* che tutela i sentimenti religiosi: Andorre, Cipro, Croazia, Germania, Islanda, Lituania, Norvegia, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Russia, Slovacchia, Spagna, Svizzera, Turchia, Ucraina. Si v. il Rapporto sulle *Relazioni tra libertà d’espressione e libertà di religione*, cit., in particolare le *Tableau recapitulatif*.

¹⁹² Raccomandazione 1805 del 2012, § 17.2.4.

¹⁹³ Rapporto sulle *Relazioni tra libertà d’espressione e libertà di religione*, cit., § 64.

¹⁹⁴ L. LÓPEZ GUERRA, *Libertad de expresión y libertad de religión*, cit., 91.

contrario, il sarcasmo irriverente di cui si è fatto portatore, ad esempio, *Charlie Hebdo*¹⁹⁵ non incitava alla violenza, non conteneva alcun messaggio di discriminazione contro i musulmani e, pertanto, non si configurava come offesa in termini di istigazione all'odio e di pericolosità sociale; in tal senso, si trattava di legittima manifestazione della libertà di espressione costituzionalmente tutelata, in quanto «pietra angolare» dell'ordine democratico¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Fra le ultime Risoluzioni adottate dal Parlamento europeo vi è la n. 2031 (2015) adottata proprio in risposta (democratica) agli attentati di Parigi. Nel punto 5 di detta *Résolution* si legge che «l'uso della satira, anche irriverente, e di informazioni o di idee «offensive, scioccanti o inquietanti», comprese le critiche alla religione, sono protette nell'ambito della libertà di espressione sancita nell'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sono là le condizioni del pluralismo, della tolleranza e dell'apertura di spirito, senza le quali non potrebbe esserci una società democratica».

¹⁹⁶ Corte cost., [sent. n. 84/1969](#), punto 5 *cons. in dir.*

Antonio Ruggeri

**Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a [Corte cost. n. 269/ 2017](#)
(a prima lettura di [Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob](#))**

SOMMARIO: 1. *La preferenza accordata alla pregiudizialità costituzionale rispetto a quella “comunitaria” e gli scenari configurabili all’esito di una eventuale pronuncia di rigetto del giudice costituzionale (in ispecie, la ventilata minaccia da parte della Cassazione della futura disobbedienza ad una indicazione della Consulta che indebitamente delimita l’area di esercizio del rinvio pregiudiziale alla Corte dell’Unione).* – 2. *Concludendo: una pronuncia che non dà testimonianza di coraggio ma di cauta e vigile attesa, preoccupata di non drammatizzare il conflitto con la Consulta, allo stesso tempo tuttavia esercitando sulla stessa una obiettiva pressione.*

1. *La preferenza accordata alla pregiudizialità costituzionale rispetto a quella “comunitaria” e gli scenari configurabili all’esito di una eventuale pronuncia di rigetto del giudice costituzionale (in ispecie, la ventilata minaccia da parte della Cassazione della futura disobbedienza ad una indicazione della Consulta che indebitamente delimita l’area di esercizio del rinvio pregiudiziale alla Corte dell’Unione)*

Sembra quasi di assistere ad una partita di *poker*, con plurimi rilanci dei giocatori senza che sia chiaro chi ha buone carte in mano e chi tenta un ardito *bluff*.

La pronuncia cui si dirige questo succinto commento a prima lettura sembra, invero, rappresentare una mossa studiata con somma oculatezza, connotata da cauta e vigile attesa e suscettibile di plurimi e ad oggi imprevedibili sviluppi. Una mossa, tuttavia, come tenterò di mostrare sul finire di questa nota, non coraggiosa e – ciò che più importa – forse non vincente. Il giudice della nomofilachia, infatti, si riserva di valutare quale via imboccare a seconda della risposta che riceverà dalla Consulta e, proprio come nel gioco del *poker*, sembra dar l’impressione di voler tenere al momento nascoste le sue carte migliori, pronta a fare la prossima volta un ulteriore rilancio. La posizione del giudice delle leggi, in questa vicenda, non è invero comoda e i rischi ai quali va incontro, per il caso che dovesse sbagliare la propria mossa, non sono di poco momento.

Ma vediamo con ordine.

La [decisione](#) in esame, innanzi tutto, si segnala per il fatto di dare conferma di una ipotesi affacciata all’indomani della [sent. 269](#) e già ventilata in quest’ultima, riprendendo e svolgendo una indicazione prospettata da un accreditato studioso che è anche giudice costituzionale¹. Davanti ad un caso di doppia pregiudizialità (che, anzi, nella circostanza ricorre due volte, in relazione a plurimi disposti sia della fonte interna che della Carta dell’Unione²), il giudice della legittimità ritiene che sia da “privilegiare” la questione di costituzionalità rispetto alla questione pregiudiziale esperibile *ex art.* 267 TFUE, accordando pertanto alla prima la precedenza sulla seconda³.

Si faccia caso. Non dichiara essere obbligatorio comportarsi così: non mi pare, perciò, che possa dirsi che la [decisione](#) odierna punti a dar credito all’ipotesi ricostruttiva affacciata in alcuni commenti alla [269](#)⁴, secondo cui quest’ultima pronuncia avrebbe appunto imposto il prioritario ricorso alla

¹ Il riferimento è, ovviamente, al noto studio di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in [Rivista AIC](#), 4/2017, 6 novembre 2017.

² Si tratta, sul fronte dell’oggetto, degli artt. 187 *quinquiesdecies* e *sexies* del testo unico delle disposizioni in materia d’intermediazione finanziaria (nella sua versione antecedente le innovazioni apportate con d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. nella legge n. 221 del 2012) e, su quello del parametro, degli artt. 47, 17 e 49 della Carta di Nizza-Strasburgo. Sono poi denunciate violazioni della CEDU e del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che nondimeno non rilevano ai fini di questa nota.

³ Manifesta due volte questa opzione, ai punti 11.3.6.8 e 13.3.4.3.

⁴ ... e, segnatamente, in quelli di P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in [Il Diritto dell’Unione Europea](#), *Oss. eur.*, dicembre 2017, 17, e G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti*

Consulta; semplicemente, reputa appunto opportuno procedere così come ha fatto, senza tuttavia rappresentare in modo adeguato le ragioni che lo inducono a questo passo⁵.

Si interroga quindi in merito allo scenario che potrebbe delinearsi per il caso di rigetto della questione di costituzionalità sollevata. È interessante soffermarsi, solo per un momento, sul caso opposto, dell'accoglimento della stessa. In siffatta eventualità, si considera evidentemente chiusa la partita, non potendosi più fare alcuna applicazione da parte di chicchessia delle norme originariamente gravate del sospetto della invalidità (che, nel caso di specie, per vero – lascia intendere il giudice remittente – è, dal suo punto di vista, certezza), in particolare facendole oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione⁶. L'ipotesi del ricorso a siffatto strumento è, infatti, presa in considerazione – a mia opinione, a ragione⁷ – unicamente per la eventualità che la questione di costituzionalità dovesse essere rigettata. Al riguardo, la Cassazione si interroga circa la possibile disapplicazione, per contrasto col diritto dell'Unione, della norma di legge uscita indenne dal giudizio della Consulta⁸ e richiama un passaggio della [269](#)⁹ nel quale parrebbe prefigurarsi questa eventualità, ma unicamente “per altri profili” rispetto a quelli fatti oggetto di esame dalla Consulta stessa. Se le cose stessero così – si premura di precisare la Cassazione – l'orientamento del giudice costituzionale enterebbe in conflitto con quanto deciso dalla Corte dell'Unione in *Global Starnet*¹⁰; si auspica, pertanto, un “chiarimento” da parte del giudice stesso, avvertendosi però – qui è, a mia opinione, il punto di maggior rilievo della [decisione](#) annotata – che, ove il “chiarimento” stesso dovesse confermare il conflitto, “la Corte di Cassazione dovrebbe misurarsi con il dovere sulla stessa gravante ai sensi del terzo comma dell'articolo 267 TFUE, di attivare il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (ove già non attivato dalla stessa Corte costituzionale nel giudizio incidentale) e di dare al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione conseguentemente adottata dalla Corte di Giustizia”¹¹.

La mossa è astuta, obiettivamente stringente: per effetto di essa, infatti, diventa assai arduo per il giudice delle leggi avallare la lettura dubitativamente prospettata dalla Cassazione, secondo cui da una pronuncia di rigetto del giudice stesso parrebbe poter discendere un vincolo quale quello sopra

teorici e problemi applicativi, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 gennaio 2018; v., inoltre, ora, F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in [Federalismi.it](#), 4/2018, 14 febbraio 2018. Ho già preso le distanze dalla lettura prospettata da questi studiosi nel mio *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 1/2018, 5 febbraio 2018, 19 s. e nt. 40.

⁵ Per vero, ci si sarebbe aspettati un supplemento di argomentazione sul punto, di cruciale rilievo. Non è chiaro, infatti, se si consideri abilitato il giudice comune a scegliere liberamente in quale ordine temporale avvalersi delle due forme di pregiudizialità o se si diano dei limiti o condizioni al riguardo e quali essi siano.

⁶ La soluzione è stata, già prima della [269](#), prospettata da una sensibile dottrina (R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia e il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 4097 s.).

⁷ Maggiori ragguagli sul punto nel mio *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e due proposte per un ragionevole compromesso*, Relaz. all'incontro di studio su *Tra supremazia e controlimiti: una nuova fase nei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea?*, a cura di R. Mastroianni, Napoli 29 gennaio 2018, in corso di stampa in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), spec. al § 3.

⁸ Questa eventualità è, a mio modo di vedere, da prendere in considerazione tanto per il caso, oggetto della [269](#), che sin dall'inizio sia stata denunciata davanti al giudice costituzionale la congiunta violazione di entrambe le Carte (e che il giudice stesso si sia pronunciato in merito sia all'una che all'altra ovvero – come si dirà a momenti – su una sola di esse), quanto che in un primo momento il dubbio di costituzionalità sia stato circoscritto alla sola violazione della Costituzione e il giudice comune in un secondo momento si interroghi circa la possibile incompatibilità della norma interna rispetto a quella eurounitaria (ipotesi, quest'ultima, che – come si sa – sta a base della pronuncia della Corte dell'Unione in *Global Starnet*, di cui si dirà a momenti).

⁹ ... al punto 11.3.6.8 della [decisione](#) in commento.

¹⁰ Non a caso, l'obiezione del mancato rispetto della precedenza necessaria della pregiudizialità “comunitaria” rispetto a quella costituzionale era stata, nella circostanza, avanzata dal Governo e però rigettata espressamente dal giudice dell'Unione [sulla vicenda, può, se si vuole, vedersi la mia nota dal titolo *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in [Diritti Comparati](#), 1/2018, 9 gennaio 2018].

¹¹ Ancora punto 11.3.6.8.

indicato, in forza del quale la disapplicazione della norma interna dovrebbe avere causa comunque diversa da quella posta a base della decisione di rigetto. Sarebbe come ammettere la idoneità di quest'ultima a produrre un qualche effetto di giudicato, circoscritto al punto di diritto deciso dalla Consulta; ciò che – come si sa – è ormai pacificamente escluso da tutti¹².

La Consulta, ad ogni buon conto, potrebbe un domani replicare che, nel passo sopra riportato della [269](#), essa ha inteso prospettare la tesi secondo cui resta in via di principio ferma – secondo l'indirizzo in passato invalso – la necessaria precedenza della pregiudizialità “comunitaria” rispetto a quella costituzionale; ed è allora evidente che, una volta prospettata la questione di costituzionalità, il giudice comune non potrebbe più sollevare “per gli stessi profili” una questione pregiudiziale, *ex art.* 267 TFUE. Solo che, in tal modo, l'indirizzo della Consulta entrerebbe in rotta di collisione con quello della Corte di giustizia, quale appunto enunciato in *Global Starnet*, nel quale non si pone condizione o delimitazione alcuna ai rinvii pregiudiziali presentati dai giudici nazionali.

Come si vede, per l'aspetto ora considerato, la Cassazione prefigura una futura disobbedienza al “chiarimento” della Consulta, laddove dovesse risultare non conciliante rispetto all'orientamento patrocinato dalla Corte dell'Unione, evidentemente giudicato irretrattabile¹³.

L'unico modo per sfuggire a quest'esito potrebbe essere – a quanto pare – quello prospettato di sfuggita¹⁴ nella pronunzia in commento, nel punto in cui si fa riferimento al caso che il rinvio pregiudiziale si abbia direttamente per iniziativa della Consulta, magari – aggiungo io – nel relativo atto esponendo i “controlimiti”, così come si è fatto nell'ordinanza di rinvio su *Taricco*.

Il “chiarimento” sollecitato dalla Cassazione dovrebbe, dunque, essere nel senso che, a seguito di una decisione di rigetto della Consulta, non resta comunque precluso al giudice comune di investire di una domanda pregiudiziale la Corte dell'Unione per qualunque profilo o motivo, anche dunque per quelli già esaminati dalla Consulta stessa.

D'altronde (e riprendo ora una notazione già in altra occasione svolta), che il rinvio possa avere qualunque causa è avvalorato da una considerazione preliminare, di ordine generale; ed è che, solo interpellando la Corte dell'Unione, il giudice comune può acquisire gli elementi necessari a dargli certezza circa la sostanziale coincidenza della norma della Carta dell'Unione stessa e della norma della Costituzione che si assumano violate, unicamente nel presupposto della loro congiunta lesione giustificandosi la chiamata in campo della Consulta¹⁵. A quest'ultima, d'altro canto, non conviene – come si è fatto altrove notare – tornare a difendere, nel “chiarimento” sollecitato dalla Cassazione, la vecchia tesi della necessaria precedenza della pregiudizialità “comunitaria”; e ciò, per la elementare

¹² Non riprendo qui la contraria opinione che si è tentato di argomentare nel mio *Storia di un “falso”. L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, 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 e J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss., a fronte del diverso diritto vivente ormai invalso.

¹³ Pesa come un macigno quel riferimento al “dovere”, di cui è parola nel passo sopra fedelmente trascritto, gravante sulla Cassazione (e, perciò, sui giudici comuni in genere) di attenersi scrupolosamente alla osservanza del diritto eurounitario.

¹⁴ ... nel periodo incidentale inserito tra parentesi, sopra riportato.

¹⁵ In realtà, come si è tentato di mostrare altrove, l'intero impianto della [269](#) parrebbe essere nel senso che, ogni qual volta sia denunciata la violazione della Carta dell'Unione, lì si consumerebbe altresì una violazione della Carta costituzionale, mentre non si avrebbe di necessità l'ipotesi inversa (cfr., al riguardo, il punto di vista da me manifestato in *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio*, cit., § 2, a quello ora espresso da R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in [Diritti Comparati](#), 1/2018, 16 febbraio 2018, spec. 9). Solo così, d'altronde, la Consulta riuscirebbe a centrare l'obiettivo avuto di mira del pieno recupero del sindacato accentratore per i casi di sospetta violazione della Carta di Nizza-Strasburgo. Che, poi, tutto ciò sia, o no, da condividere è, ovviamente, un altro discorso; e non posso qui trattenermi dal rinnovare, ancora una volta, il mio fermo dissenso avverso una concezione “totale” o, diciamo pure, onnivora di Costituzione quale atto perfetto in sé e per sé, che non conterrebbe lacuna alcuna, mai secondo ad alcuna altra Carta in fatto di riconoscimento e protezione dei diritti. La qual cosa, a tacer d'altro, oltre ad esser palesemente contraria a buon senso, è smentita da quanto la stessa Carta dell'Unione (e, per la sua parte, la CEDU) dichiarano espressamente, laddove ritagliano per sé un ruolo meramente sussidiario in rapporto alla tutela offerta ai diritti in ambito interno (dunque, anche e in primo luogo, da parte della Costituzione).

ragione che, giocando d'anticipo, ha modo di caducare – ove ne sussistano le condizioni – la norma portata alla sua cognizione per contrasto con la Costituzione e, facendo quindi utilizzo della tecnica dell'assorbimento dei vizi, di evitare così di doversi pronunciare sulla ulteriore denuncia di violazione della Carta dell'Unione¹⁶. Allo stesso tempo, poi, si precluderebbe al giudice comune di interpellare il giudice lussemburghese, con ciò che potrebbe conseguire all'adozione da parte di quest'ultimo di una pronunzia divergente rispetto a quella emessa dalla Consulta stessa.

2. Concludendo: una pronunzia che non dà testimonianza di coraggio ma di cauta e vigile attesa, preoccupata di non drammatizzare il conflitto con la Consulta, allo stesso tempo tuttavia esercitando sulla stessa una obiettiva pressione

Possiamo tirare le fila del ragionamento svolto.

È evidente l'intento avuto di mira dalla Cassazione, per un verso, di non drammatizzare – qui ed ora – il conflitto con la Corte costituzionale e, per un altro verso, di non alimentare quello latente tra quest'ultima e la Corte dell'Unione¹⁷. In controtelaio, ma con chiarezza, fa capolino il dissenso, oggi abilmente mascherato, rispetto alla [269](#), quale traspare dal riferimento sostanzialmente adesivo alla *Global Starnet* e dalla rivendica, candidamente ammantata sotto le vesti di una richiesta di “chiarimento” nei riguardi di quanto affermato nella prima pronunzia, di potersi avvalere dello strumento del rinvio pregiudiziale a tutto campo, senza limitazioni di sorta.

D'altro canto, è parimenti palese la pressione esercitata sulla Consulta nel senso dell'accoglimento della questione¹⁸: ne dà testimonianza la singolare esposizione, in forma condizionale, dei motivi che avrebbero potuto costituire oggetto dell'atto di rinvio pregiudiziale¹⁹, qualora proprio a questa iniziativa processuale (come si diceva, non preferita) si fosse data la precedenza²⁰.

Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale presentata dalla Consulta su *Taricco* abbiamo assistito alla *esposizione* (ma non alla *opposizione*) dei “controlimiti”²¹, in modo che il giudice dell'Unione fosse reso edotto di ciò cui sarebbe andato incontro qualora la risposta non fosse stata quella attesa: una mossa, come sappiamo, dimostratasi vincente.

[Nella decisione qui annotata](#), è la Cassazione ad esporre i motivi del futuro, incombente, rinvio pregiudiziale per il caso che la Consulta non dovesse accogliere la questione di costituzionalità sollevata con la [decisione](#) stessa.

L'unico modo – come si diceva – per evitare la presentazione dei motivi stessi, in caso di rigetto della questione, sarebbe quello di considerarla ugualmente inibita, in deroga però alla ricostruzione corrente, fatta propria a tutt'oggi dallo stesso giudice costituzionale, della efficacia prodotta dalle decisioni di rigetto.

La Cassazione, dunque, non esaspera – *perlomeno, ad oggi* – il conflitto, con ogni probabilità coltivando il proposito che, semmai, sia la Consulta a farlo, a sporcarsi le mani col presentare un atto di rinvio pregiudiziale potenzialmente conflittuale nei riguardi della Corte dell'Unione.

Una [decisione](#) – come si diceva – di attesa, e però non coraggiosa. Perché, assumendo che la Cassazione non disdegni di poter seguitare ad avvalersi, se a ciò sollecitata dalla Corte eurounitaria,

¹⁶ ... col rischio di dover fare poi i conti con orientamenti della Corte di giustizia non graditi.

¹⁷ ... reso, peraltro, evidente dal raffronto tra la [269](#) e la decisione su *Global Starnet*.

¹⁸ Non darei, tuttavia, affatto per scontato quest'esito che, anzi, mi sembra alquanto problematico, malgrado lo sforzo argomentativo prodotto nella [decisione](#) in commento.

¹⁹ V., part., al punto 13.3.4.2.

²⁰ Si tratta di una vera e propria stranezza, per l'aspetto tecnico-processuale: una mossa, tuttavia, questa pure provvista di una innegabile *vis* persuasiva che, oltre tutto, presenta l'innegabile vantaggio di rendere avvertita la Corte dell'Unione di un possibile sbocco della vicenda in corso.

²¹ In questi termini se ne discorre nel mio [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti \(a margine di Corte cost. n. 24 del 2017\)](#), in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, Napoli 2017, 393 ss., nonché in questa [Rivista, Studi, 2017/I](#), 27 febbraio 2017, 81 ss.

del potere di disapplicazione immediata delle norme nazionali incompatibili con norme della Carta di Nizza-Strasburgo *self-executing*, avrebbe potuto accordare la propria preferenza alla pregiudizialità “comunitaria”, determinandosi quindi di conseguenza²². D'altronde, come qui pure si è rammentato, solo per tale via avrebbe potuto aversi la certezza della sostanziale coincidenza delle norme delle due Carte che si assumano violate dalla fonte nazionale. Solo che, rivolgendosi subito in via pregiudiziale al giudice dell'Unione, la Cassazione avrebbe poi corso il rischio di doversi frontalmente opporre al punto di diritto fissato dalla [269](#): un esito, questo, cui – perlomeno al momento – la Cassazione ha giudicato non opportuno pervenire. Semmai, dunque, si potrà fare in un secondo tempo ricorso a questa soluzione, a seconda di come si determinerà la Corte costituzionale.

Il pallino passa, dunque, nelle mani di quest'ultima, ristretta nell'alternativa tra il rivolgersi alla Corte di giustizia, da cui potrebbe ricevere una risposta comunque non gradita, e somministrare alla Cassazione una indicazione che potrebbe essere poi da quest'ultima disattesa, magari giovandosi del conforto di una pronuncia nel frattempo sollecitata al giudice eurounitario.

²² In altro luogo (*Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio*, cit., spec. al § 4), si è patrocinata la tesi secondo cui, in presenza di congiunte violazioni della Carta dell'Unione e della Costituzione, il giudice comune potrebbe optare tra la soluzione di rivolgersi, rispettivamente, alla Corte di Lussemburgo ovvero alla Corte costituzionale, a seconda che si consideri maggiormente evidente il *vulnus* recato a questa o quella Carta, potendosi pertanto avere, in caso di riconoscimento della lesione, ora l'annullamento con effetti *erga omnes* della norma interna ed ora invece la sua disapplicazione accompagnata dall'applicazione della norma eurounitaria *self-executing*. Di contro, laddove quest'ultima norma dovesse essere insuscettibile d'immediata applicazione, non resterebbe – a stare all'indirizzo giurisprudenziale ormai invalso, nondimeno a mia opinione bisognoso di talune non secondarie precisazioni – che la presentazione, anche in questa eventualità, di una questione di legittimità costituzionale al giudice delle leggi.

Antonio Iannuzzi*

L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche

SOMMARIO: 1. *I profili di interesse della decisione.* – 2. *La ricostruzione del fatto medico-scientifico secondo le risultanze dell'istruttoria informale.* – 3. *Il giudizio sull'esercizio della discrezionalità legislativa in raffronto con le valutazioni medico-statistiche.* – 4. *La legittimità del ricorso ad un decreto-legge ad efficacia differita.* – 5. *La definizione delle competenze legislative in ordine alla disciplina delle vaccinazioni fra Stato e regioni*

1. I profili di interesse della decisione

La Corte costituzionale con la [sentenza n. 5/2018](#) ha rigettato tutte le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Regione Veneto nei confronti di diverse disposizioni del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, convertito con modificazioni dalla legge 31 luglio 2017, n. 119¹, che ha esteso da quattro a dieci il novero dei vaccini obbligatori e gratuiti a carico dei minori da zero a sedici anni e di tutti i minori stranieri non accompagnati.

Fra i tanti profili di interesse che questa lunga sentenza della Corte costituzionale solleva, quattro sono quelli particolarmente problematici su cui si incentrerà il presente commento.

Il primo profilo d'interesse riguarda la scelta della fonte, il decreto-legge, giustificata dal Governo, come si apprende dal preambolo, per via della «straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni per garantire in maniera omogenea sul territorio nazionale le attività dirette alla prevenzione, al contenimento e alla riduzione dei rischi per la salute pubblica e di assicurare il costante mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica in termini di profilassi e di copertura vaccinale», nonché per la necessità di «garantire il rispetto degli obblighi assunti e delle strategie concordate a livello europeo e internazionale e degli obiettivi comuni fissati nell'area geografica europea».

Relativamente alla legittimità della valutazione sulla ricorrenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza, balza subito agli occhi un aspetto importante: la dipendenza di questo apprezzamento dall'assunzione e dalla giusta ponderazione di dati statistici e di cognizioni medico-scientifiche. Già segnatamente per via di questo profilo, la decisione risulta di grande interesse perché mostra come il fatto tecnico-scientifico si imponga al legislatore non solo come vincolo contenutistico, ma anche come elemento che condiziona altri due aspetti: la valutazione sull'opportunità dell'intervento e la scelta della fonte. In questa prospettiva, i dati statistici sul calo della copertura vaccinale e le acquisizioni della scienza medica relative all'equilibrio fra efficacia della pratica terapeutica e rischi per la salute dell'uomo finiscono per valere come misura dell'effettiva sussistenza dei presupposti costituzionali che consentono l'adozione del decreto-legge. Ad avviso della ricorrente, infatti, tali presupposti sarebbero inconsistenti in assenza di una reale emergenza sanitaria.

Il ruolo del Governo quale «solo giudice dell'urgenza e della necessità del provvedere»², come anche i compiti degli organi che devono valutare tale scelta in via preventiva, vale a dire il Parlamento e il Presidente della Repubblica, vengono così ad essere influenzati dall'acquisizione e dalla considerazione di dati medico-statistici.

* *Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università Roma Tre.*

¹ Nel dettaglio art. 1, commi 1, 2, 3, 4 e 5; art. 3; art. 4; art. 5 e art. 7, del decreto-legge citato, nonché art. 1, commi 1, 1-bis, 1-ter, 2, 3, 4 e 6-ter; art. 3; art. 3-bis; art. 4; art. 5; art. 5-quater e art. 7 del medesimo decreto-legge, come convertito.

² Secondo la qualificazione di F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Torino, 2005, 57.

Anche il controllo successivo sulla sussistenza dei presupposti demandato alla Corte costituzionale non potrà omettere di considerare le valutazioni di ordine tecnico-scientifico, che finiscono per fungere, com'è stato efficacemente osservato, da parametro interposto di costituzionalità³.

Il secondo profilo d'interesse attiene al merito dalla scelta normativa che inizialmente aveva esteso il novero delle vaccinazioni obbligatorie e gratuite da 4 a 12, rispetto alla normativa prima vigente, aggiungendo ora quelli relativi a anti-pertosse, *Haemophilus influenzae* di tipo B, meningococcica di tipo B e C, morbillo, rosolia, parotite e varicella a quelle antidifterica, antitetanica, antipoliomielitica e contro l'epatite virale B, mentre poi la legge di conversione le ha ridotte a 10, eliminando la profilassi antimeningococcica B e C, ma questo, ad avviso della Regione, non avrebbe escluso la violazione degli artt. 2, 3, 5, 31, 32, 34 e 97 Cost., né «la loro ridondanza sulle attribuzioni regionali», ai sensi degli artt. 117, commi 3 e 4, e 118 Cost.

La Regione Veneto, sul punto, lamenta l'irragionevolezza delle misure recate dal d.l. perché produrrebbero un bilanciamento non proporzionale fra interessi meritevoli di tutela costituzionale quali, da una parte, la tutela della salute, individuale e collettiva, e, dall'altra parte, l'autodeterminazione personale in materia sanitaria. L'irragionevole prevalenza dell'interesse alla salute collettiva sull'autodeterminazione individuale non sarebbe compensata dalla possibilità, di cui all'art. 1, comma 1-ter, che l'obbligatorietà di alcune vaccinazioni possa essere sospesa. In ogni caso, la scelta statale si porrebbe in contrasto, almeno per tre anni, con la diversa strategia vaccinale basata sulla persuasione, adottata dalla Regione Veneto⁴. Si è determinato, invece, per effetto di queste scelte normative un più ampio spostamento della politica vaccinale dalla persuasione all'obbligo. Tale decreto, ancora, adotterebbe «misure più severe di quelle che sarebbero strettamente necessarie», violando anche il principio di precauzione⁵.

Il terzo profilo d'interesse, invece, riguarda la legittimità del ricorso allo strumento del decreto-legge ad efficacia differita, per via dell'«inidoneità delle disposizioni censurate, come convertite, a sortire effetti immediati», poiché l'art. 3-bis ha efficacia differita di un anno, mentre per i minori già iscritti al momento dell'entrata in vigore della legge di conversione non si produce, in sostanza, la preclusione nell'accesso ai servizi di istruzione.

Il quarto profilo d'interesse, trattandosi di un giudizio in via principale, infine, è naturalmente legato all'accertamento della legittimità dell'intervento statale in ambiti materiali in cui vantano titoli competenziali anche le Regioni, quale principalmente quello concernente la «tutela della salute».

2. La ricostruzione del fatto medico-scientifico secondo le risultanze dell'istruttoria informale

Relativamente al primo punto problematico è da dire che la Corte, operando in modo condivisibile, non ha ritenuto di doversi addentrare autonomamente nel merito della verifica della valutazione medico-statistica sottesa facendo ricorso ai suoi poteri istruttori.

Avendo scelto di imboccare un diverso percorso processuale, la Corte perviene ad una sentenza che stimola riflessioni sia sul piano dello studio del processo costituzionale, relativamente al modo in cui la Corte ricostruisce il fatto tecnico-scientifico, sia sul piano dello studio delle fonti del diritto, perché fornisce indicazioni circa il modo in cui il legislatore deve disciplinare materie che presuppongono valutazioni tecnico-scientifiche.

Le ragioni del mancato ricorso all'istruttoria risultavano evidenti già dal comunicato stampa del 19 dicembre 2017 che aveva anticipato l'esito della decisione, nel quale si leggeva che le questioni

³ Da C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, 1 ss., disponibile in [Rivista AIC](#).

⁴ Con la legge regionale 27 marzo 2007, n. 7, per la sospensione dell'obbligo vaccinale per l'età evolutiva nei confronti di tutti i nuovi nati a far data dal primo gennaio 2008.

⁵ Sul rapporto tra vaccinazioni obbligatorie e principio di precauzione si v. il contributo di A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in *Federalismi.it - Osservatorio di diritto sanitario*, spec. 9 ss., disponibile in [Federalismi.it](#)

sottoposte «non mettevano in discussione l'efficacia delle vaccinazioni - attestata dalle istituzioni a ciò deputate (Organizzazione mondiale della sanità; Istituto superiore di sanità) e da una lunga serie di piani nazionali vaccinali - ma la loro obbligatorietà, sospesa dalla Regione Veneto con una legge del 2007 che aveva introdotto un sistema di prevenzione delle malattie infettive basato solo sulla persuasione». La Regione, infatti, non metteva in contestazione la fondatezza dell'efficacia dei programmi di vaccinazione, ma la fondatezza della ragionevolezza dell'obbligo collettivo di vaccinazione dei minori imposto dall'intervento statale.

La lettura delle motivazioni della sentenza ora conferma che la neutralizzazione dell'eventuale necessità di attivazione dei poteri istruttori della Corte costituzionale dipende da una speciale valorizzazione dell'istruttoria legislativa, svolta in sede di esame della legge di conversione, anche per come risulta dalla relazione illustrativa che accompagnava il disegno di legge di conversione.

La sentenza palesa anche una particolare valorizzazione dell'apporto di organismi pubblici dotati di specifiche attitudini, come principalmente l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), l'Istituto superiore di sanità (ISS)⁶ e per i profili etici anche il Comitato nazionale di bioetica (CNB).

La motivazione svela con evidenza che la Corte, anche in quest'occasione, ha fatto ricorso all'istruttoria informale, come traspare dal fatto che gli argomenti spesi a sostegno della decisione poggiano sulla ricerca autonoma di studi e documenti scientifici anche con datazione successiva rispetto all'approvazione della legge di conversione oggetto del giudizio, che la Corte si premura di citare puntualmente. Si legge, infatti, che «dopo la comunicazione al pubblico dell'approvazione del medesimo decreto-legge, hanno manifestato favore per l'impostazione di quest'ultimo (chiedendo, anzi, misure più incisive per garantirne l'effettività) quattro associazioni scientifiche e professionali (la Società italiana di igiene, medicina preventiva e sanità pubblica; la Società italiana di pediatria; la Federazione italiana dei medici pediatri e la Federazione italiana dei medici di medicina generale), da tempo attive con specifiche pubblicazioni e proposte nel settore della politica vaccinale».

La Corte, dunque, cita fonti esterne che apportano un decisivo contributo alla ricostruzione del fatto scientifico. Queste fonti sono reperite in modo autonomo e informale, anziché attraverso i canali formali dell'istruttoria. Si tratta in larga parte di documenti pubblici, accessibili grazie ad una accorta ricerca condotta sui siti istituzionali. La reperibilità di questi documenti risulta ormai particolarmente agevolata per via della ovvia constatazione dell'enorme disponibilità di dati, anche tecnici, e di statistiche su internet, poiché la pubblicazione di questi documenti avviene ordinariamente sul *web*. Al riguardo, si deve anche tenere in considerazione la circostanza che dal 2016 è stato introdotto il principio della trasparenza amministrativa che obbliga alla pubblicazione su internet di tutti i dati a disposizione della pubblica amministrazione (salvo quelli espressamente esclusi) e rende liberamente fruibili documenti un tempo meno facilmente accessibili.

Nel caso *de qua* il fatto che l'esito dell'istruttoria informale traspaia in motivazione rende controllabile la fonte, che come si è avuto occasione di sottolineare in altra sede, «è problema oltremodo importante atteso che si parla di evidenze scientifiche che sono il prodotto del *metodo scientifico*, nell'ambito del quale, tutti sanno, fondamentale considerazione riveste la citazione della fonte»⁷.

⁶ Sulla scia della giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale in tema di regolazione a contenuto tecnico-scientifico, come è evidente soprattutto nella [sent. n. 31/2001](#).

⁷ Sia consentito rinviare per questa considerazione, ma anche per un'analisi più generale relativa all'uso dei poteri istruttori al cospetto di valutazioni tecnico-scientifiche ad A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, 1 ss. (citazione testuale a p. 27), disponibile sulla [Rivista telematica](#) del Gruppo di Pisa. La menzione puntuale dei documenti scientifici che hanno contribuito a corroborare il convincimento dei giudici costituzionali porta a mitigare le critiche rivolte nei confronti del ricorso all'istruttoria informale, come quelle di M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, ivi, 6 secondo la quale quanto osservato vent'anni fa da T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997, 260, «è attuale ancora oggi: la Corte, per conoscere i fatti, continua ad analizzare dati e aspetti fattuali con istruttorie informali, basandosi sui documenti allegati dalle parti, o attivandosi in via spontanea, attraverso richieste scritte od orali che rimangono comunque all'interno della Corte e non possono essere conosciuti, né dalle parti del giudizio costituzionale, né in generale dai cittadini».

La Corte mostra, diversamente dal passato, di voler maneggiare in quest'occasione il dato numerico poiché è proprio il riconoscimento del peso della statistica nella disciplina normativa concernente l'accesso alle terapie mediche, in linea con la notevole importanza che la statistica medica ha assunto in campo clinico, che giustifica «il passaggio da una strategia basata sulla persuasione a un sistema di obbligatorietà», in un contesto «caratterizzato da un progressivo calo delle coperture vaccinali».

Le argomentazioni della Corte suggeriscono una rivalutazione di alcune posizioni critiche espresse in passato, secondo cui «rispetto ai giudici di costituzionalità di altri Paesi, la Corte costituzionale italiana mostra una minore propensione all'utilizzazione formale di statistiche o di altri dati custoditi presso organi o enti»⁸, la cui acquisizione un tempo sarebbe stata possibile solo attraverso l'esperimento dei poteri istruttori. Nella presente decisione, invece, dimostra di voler attribuire la giusta considerazione ai dati statistici e ai documenti elaborati da organizzazioni a carattere scientifico⁹.

D'altra parte, il fatto che il diritto sia sempre più permeato dalla tecnica porta con sé non solo la necessità a carico del legislatore e dei giudici di dover fondare scelte e decisioni su valutazioni di fatto previamente accertate, ma impone anche alla dottrina sempre più spesso l'esigenza di «tirare fuori dati e cifre» a sostegno delle proprie argomentazioni. Il supporto della statistica in campo giuridico, in particolare, si rivela sempre più prezioso, com'è ampiamente avvalorato dalla sentenza in commento.

La decisione finale di infondatezza delle questioni sollevate in riferimento all'art. 77 Cost. costituisce l'esito di un giudizio condotto sulla base di una guerra di numeri, poiché, in definitiva, è assunta «in considerazione del contesto in cui si inserisce il d.l. n. 73 del 2017 - caratterizzato, tra l'altro, da una tendenza al calo delle coperture vaccinali» ed alla luce di ciò «non può ritenersi che il Governo, prima, e il Parlamento, poi, abbiano ecceduto i limiti dell'ampio margine di discrezionalità che spetta loro, ai sensi dell'art. 77, comma 2, Cost., nel valutare i presupposti di straordinaria necessità e urgenza che giustificano l'adozione di un decreto-legge in materia»¹⁰.

Questo perché nell'ultimo periodo si è rilevata una tendenza al calo delle coperture vaccinale, rispetto alla soglia ottimale del 95 per cento raccomandata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) per la cosiddetta «*herd immunity*» («immunità di gruppo» o anche di «gregge»), che garantisce la protezione indiretta anche nei confronti di coloro che, per motivi di salute, non possono vaccinarsi.

Il Piano nazionale di prevenzione vaccinale 2017-2019 rivela, infatti, che mentre le coperture vaccinali sono cresciute fino a stabilizzarsi sino alla metà del primo decennio del 2000, raggiungendo il 95 per cento, ma non per morbillo, parotite e rosolia, il trend si inverte nel periodo più recente, stante ai dati riferiti al 2015 e riguardanti la coorte 2013 che confermano la tendenza al declino in atto già nei tre anni precedenti¹¹.

⁸ Così A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, 1497.

⁹ Si è espresso in termini contrari ad una considerazione dell'istruttoria informale M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, sulla [Rivista telematica](#) del Gruppo di Pisa, 2017, 19, per cui, in estrema sintesi, «l'istruttoria o è formale o non è vera istruttoria giudiziale».

¹⁰ In senso critico rispetto al ricorso al decreto-legge si è espresso S. AGOSTA, [Il legislatore ed il nodo di gordio della prevenzione vaccinale](#), in questa [Rivista, Studi 2017/II](#), 384, sostiene che sarebbe stato preferibile presentare un progetto di legge al fine di «svolgere un'adeguata e documentata istruttoria presso le competenti autorità medico-scientifiche nazionali ed internazionali circa le possibili reazioni avverse di un'esposizione vaccinale come quella infine introdotta e poi avviare un dibattito pubblico sul punto che sia il più inclusivo, democratico e trasparente possibile - alla larga, perciò, da qualsivoglia censura od aprioristica limitazione - nelle sedi opportune (quale, ad esempio, un'ampia conferenza nazionale aperta a tutte le opinioni in campo ed alle indicazioni eurounitarie) avrebbe rappresentato la soluzione più ragionevole rispetto all'inevitabile *irruenza* di un decreto-legge (oltre probabilmente ad assicurare un maggior distacco emotivo dalle notizie di cronaca)».

¹¹ Rileva la Corte costituzionale al riguardo che tutti i documenti citati, «pur nella varietà delle impostazioni (...) convergono nello stigmatizzare il calo delle coperture e nel raccomandare maggiore impegno e responsabilità nella diffusione delle vaccinazioni contro le malattie prevenibili». In particolare, nella mozione «L'importanza delle

3. Il giudizio sull'esercizio della discrezionalità legislativa in raffronto con le valutazioni medico-statistiche

Il secondo punto problematico investe il profilo della discrezionalità legislativa come esercitata, nello specifico, per disporre il parziale superamento della strategia della persuasione in campo vaccinale in favore di un più ampio ricorso all'obbligo.

Il giudice delle leggi non ritiene che la ponderazione degli interessi svolta dal legislatore sia irragionevole.

L'autodeterminazione informativa del singolo viene fatta salva anche dalla nuova normativa perché nell'attuale contesto «il legislatore ha ritenuto di dover rafforzare la cogenza degli strumenti della profilassi vaccinale, configurando un intervento non irragionevole allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche».

Un ulteriore argomento che contribuisce in modo determinante ad escludere l'irragionevolezza delle scelte legislative deriva dalla circostanza che «nulla esclude che, mutate le condizioni, la scelta possa essere rivalutata e riconsiderata». Relativamente all'opzione di rivedibilità futura della scelta dell'obbligo vaccinale, la Corte mostra di apprezzare particolarmente la “clausola di flessibilizzazione” o di “necessario aggiornamento” introdotta in sede di conversione dall'art. 1, comma 1-ter, del decreto-legge n. 73 del 2017, come convertito, «in quanto valorizza la dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario». Tale disposizione istituisce un monitoraggio periodico effettuata dalla “Commissione per il monitoraggio dell'attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, istituita con decreto del Ministro della salute 19 gennaio 2017” sulla scorta «della verifica dei dati epidemiologici, delle eventuali reazioni avverse segnalate in attuazione delle vigenti disposizioni di legge e delle coperture vaccinali raggiunte nonché degli eventuali eventi avversi segnalati in attuazione delle vigenti disposizioni di legge». Qualora dovesse cambiare il quadro epidemiologico, decorsi tre anni dall'entrata in vigore della legge di conversione, il Ministro della salute potrà con decreto disporre la cessazione dell'obbligatorietà per quattro delle nuove dieci vaccinazioni ora obbligatorie.

L'introduzione di questa misura in sede di conversione è salutata come opportuna dalla Corte, poiché «questo elemento di flessibilizzazione della normativa, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate, denota che la scelta legislativa a favore dello strumento dell'obbligo è fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso». Deve essere opportunamente messo in luce, in proposito, che dopo il primo triennio il decreto del Ministro della Salute dovrà essere adottato sentiti il Consiglio superiore di sanità, l'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) e l'Istituto superiore di sanità oltre alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari.

La clausola di necessario aggiornamento obbliga ad una futura rivalutazione della scelta normativa, che è così necessariamente rivedibile alla luce di nuovi fondamenti tecnico-scientifici e di nuovi dati statistici e limita il rischio di rapida obsolescenza delle norme contenute nel decreto-legge, come convertito, che porterebbe con sé un inutile ricorso alla tecnica dell'obbligo quando si va a disciplinare il delicato aspetto della somministrazione di farmaci.

L'apprezzamento verso detta clausola è così ampio da spingere il giudice costituzionale ad invitare il legislatore ad estenderne la portata normativa a tutti i vaccini imposti obbligatoriamente dalla legge, poiché «analoghe variazioni nelle condizioni epidemiologiche, nei dati relativi alle reazioni avverse e alle coperture vaccinali potrebbero suggerire al legislatore di prevedere un analogo meccanismo di

vaccinazioni», approvata all'unanimità il 24 aprile 2015 dal Comitato Nazionale di Bioetica, si riteneva che dovessero «essere fatti tutti gli sforzi per raggiungere e mantenere una copertura vaccinale ottimale attraverso programmi di educazione pubblica e degli operatori sanitari, non escludendo l'obbligatorietà in casi di emergenza».

allentamento del grado di coazione esercitabile anche in riferimento alle sei vaccinazioni indicate al comma 1, dell'art. 1 (anti-poliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-epatite B, antipertosse, anti *Haemophilus influenzae* tipo b)».

Questi argomenti denotano, dunque, che la Corte tratta questa ipotesi alla stregua delle scelte legislative fondate su valutazioni tecnico-scientifiche transitorie, nelle quali si allargano ulteriormente le maglie della discrezionalità del legislatore, in attesa di un futuro intervento legislativo che dovrà essere adottato in considerazione dei progressi della scienza e della tecnica¹².

Non essendo oggetto di censura, la decisione sorvola, invece, sulla compatibilità della misura in discorso con la riserva di legge che si evince dall'art. 32 Cost., comma 2, che richiede per l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio una legge che comunque non violi i limiti del rispetto della persona.

L'art. 1, comma 1-ter, del decreto-legge, come convertito, nell'autorizzare il potere del Ministro della Salute di revocare con un proprio decreto, sia pure come detto sopra con il conforto di pareri di soggetti qualificati, il regime della obbligatorietà dispone una delegificazione anomala della disciplina concernente quattro vaccinazioni.

Si tratta di una previsione che potrebbe porsi in contrasto con l'art. 32 Cost, comma 2, qualora si accedesse alla posizione per cui si tratterebbe di una riserva assoluta di legge pure rinforzata dal rispetto della persona umana¹³, anche se sul punto in dottrina non si registra affatto comunanza di vedute poiché secondo altri verrebbe in riferimento, invece, una riserva relativa¹⁴. La circostanza che la Corte abbia invitato il legislatore ad estendere la portata normativa di questa misura lascia pensare, tuttavia, che potrebbe propendere per la configurazione di una riserva di legge relativa in materia.

Ancora in relazione al giudizio di ragionevolezza sull'esercizio della discrezionalità legislativa c'è da mettere in risalto l'uso dell'"argomento del diritto comparato", che è un esercizio giustificativo a cui fa abitualmente ricorso la Corte EDU che fa leva sulla considerazione del raffronto con le scelte legislative di altri Stati europei¹⁵. Al riguardo, la Corte registra che in materia si denota «una varietà di approcci» negli ordinamenti degli Stati presi in esame. Similmente all'orientamento maturato dalla Corte di Strasburgo, laddove non si registri il consenso fra gli Stati si dilata la sfera della discrezionalità del legislatore, come dimostra anche l'evoluzione legislativa nell'ordinamento italiano concernente i vaccini che ha fatto segnare «il susseguirsi di politiche vaccinali di vario segno».

Infine, un'ultima annotazione che mi sembra importante.

Nell'argomentazione della Corte si scorge l'invito a cogliere alcuni concetti in ambito giuridico non nell'accezione comunemente assunta, ma in una diversa mutuata dalla pratica medica. Si legge espressamente nella sentenza che «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze: si veda, da ultimo la

¹² Cfr. soprattutto Corte cost. sentt. [n. 826/1988](#) e [n. 85/2013](#).

¹³ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 385; A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, 87 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, 28 ss.

¹⁴ M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. Soc.*, 1980, 10; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. Soc.*, 1982, 309; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1984, 558; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. Soc.*, 1979, 900; E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, 181.

¹⁵ Un'ampia panoramica di modelli in uso nel diritto comparato è proposta da M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 455 ss. Dai risultati di questo studio si ricava che sono tre i tipi di regolazione in uso, per cui «agli ordinamenti che si limitano a promuovere le vaccinazioni, lasciando piena autonomia decisionale agli individui, si affiancano quelli che intervengono con precisi schemi legislativi che introducono sanzioni indirette per la mancata sottoposizione ai trattamenti (e prevedono, però, specifiche eccezioni) e quelli che stabiliscono vere e proprie forme di obbligo, corredate da sanzioni dirette (che trovano poi contemperamenti ed esclusioni)».

[sentenza n. 268 del 2017](#)). In quest'ottica, occorre considerare che, anche nel regime previgente, le vaccinazioni non giuridicamente obbligatorie erano comunque proposte con l'autorevolezza propria del consiglio medico».

Nell'utilizzo di questo argomento la sentenza non è condivisibile perché fa perno su un'affermazione che assegna alla scienza medica un ruolo eccessivo che finisce per determinare un'ibridazione di concetti giuridici (raccomandazione e obbligo) per effetto del contatto con la tecnica.

L'argomento prova troppo.

Non è in dubbio l'idea che il ricorso sempre più frequente a valutazioni di carattere tecnico-scientifico determini trasformazioni profonde nei riguardi di alcune categorie e di talune garanzie del costituzionalismo democratico ed è altrettanto indubitabile che nell'ambito medico il confine fra raccomandazione e obbligo risulti assai sottile, tuttavia il decreto-legge si muove pienamente nel perimetro dell'ordinamento giuridico¹⁶, assumendo il concetto di obbligo, come modo deontico, nell'accezione giuridica ordinaria¹⁷. Tant'è che il mancato rispetto dell'obbligo da parte dei genitori viene ad essere corredato di sanzioni legislativamente previste.

L'istituto che, invece, «l'autorevolezza del medico» tinge con più intensità è quello dell'autodeterminazione informativa che si manifesta con l'esercizio del consenso informato.

Nell'ambito specifico medico l'autodeterminazione informativa si configura come pretesa interna al diritto alla salute¹⁸, come testimonia da ultimo la disciplina della legge 22 dicembre 2017, n. 219 che detta norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento secondo uno schema in larga parte imperniato sul regime del consenso informato.

Anche al di fuori dell'ambito concernente la tutela della salute, con sempre più frequenza si rileva la previsione del binomio diritto all'informazione-consenso informato come presupposto fondamentale per la garanzia di diritti fondamentali. Nei diversi settori, invece, la mancanza di una guida autorevole che provveda ad informare il singolo individuo può far scolorire l'intensità del principio dell'autodeterminazione informativa perché il singolo è lasciato solo nella formazione di un convincimento e nell'assunzione di un consenso che non sempre può essere presuntivamente assunto con piena consapevolezza. Si pensi, solo per esemplificare, alla disciplina relativa al trattamento dei dati personali recata dal Regolamento UE 2016/679 in cui l'intero impianto fa perno su due assi: l'approccio *risk-based* e proprio il binomio informativa-consenso, che lascia il singolo di fronte alla scelta di esprimere un consenso informato da maturare senza alcuna assistenza, se non sulla base di informative scritte e talvolta tecnicamente molto complesse¹⁹ e di dover ripetere questa

¹⁶ Sul punto si condivide l'opinione di A.A. NEGRONI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni (decreto legge n. 73/2017) è questione eminentemente di diritto costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017, 2, reperibile in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), secondo cui «l'obbligatorietà delle vaccinazioni è questione eminente di diritto costituzionale», poiché «nel caso dell'obbligatorietà delle vaccinazioni si è di fronte a un obbligo imposto da un atto avente forza di legge (...): si tratta di un obbligo per definizione giuridico e che, come tale, è in via principale di competenza del discorso giuridico e non di quello medico». Per questa ragione «è il diritto a essere sovrano sulla questione dell'obbligatorietà delle vaccinazioni, e non la medicina».

¹⁷ Sul punto v. almeno R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, II ed., Torino, 2014, 51 ss.

¹⁸ 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 *Dir. pubb.*, 2008, 85 ss e D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sentenza n. 438/2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 4970 ss.

¹⁹ Proprio alla luce della notevole complessità potenziale di dette informative il citato Regolamento Ue si muove nella direzione di coniugare trasparenza e semplicità linguistica, come si manifesta già nel *considerando 39*, in cui si legge specialmente che il principio di trasparenza per essere effettivo deve presupporre «che le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento di tali dati personali siano facilmente accessibili e comprensibili e che sia utilizzato un linguaggio semplice e chiaro. Tale principio riguarda, in particolare, l'informazione degli interessati sull'identità del titolare del trattamento e sulle finalità del trattamento e ulteriori informazioni per assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo alle persone fisiche interessate e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano». In letteratura, si v. almeno AA. VV., *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, a cura di L. Califano e C. Colapietro, Napoli, 2017, *passim*.

operazione anche decine di volte al giorno in considerazione degli svariati utilizzi possibili della rete internet.

4. *La legittimità del ricorso al decreto-legge ad efficacia differita.*

Il terzo profilo di interesse è relativo al fatto che il decreto-legge, nel testo convertito in legge, recherebbe, secondo la difesa della Regione ricorrente, misure ad efficacia differita.

Al riguardo la Corte si mostra di contrario opinione, ritenendo che non è neppure in discussione «che i provvedimenti adottati abbiano di per sé efficacia immediata: basti osservare che la normativa in esame dispone un obbligo non differibile, sia pure scandendo specifici termini per ciascuna delle vaccinazioni previste e articolando i necessari passaggi procedurali, secondo una tecnica normativa ragionevole, considerata la capillarità dell’impatto».

Nonostante questa premessa, la Corte fornisce indicazioni generali sulla legittimità dei decreti-legge ad efficacia differita, che meritano di essere tenute in considerazione. Confermando un proprio recente pronunciamento, in merito, osserva che «la straordinaria necessità ed urgenza non postula inderogabilmente un’immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto-legge, ma ben può fondarsi sulla necessità di provvedere con urgenza, anche laddove il risultato sia per qualche aspetto necessariamente differito»²⁰.

È molto evidente il richiamo della nota tesi di Esposito sulla differenza fra l’urgenza del disporre e del provvedere²¹, secondo cui la straordinaria necessità e urgenza andrebbe riferita sicuramente al provvedere e non necessariamente anche al suo contenuto.

Questa tipologia di decreto-legge ha prestato il fianco a dubbi di legittimità costituzionale, perché mentre un differimento della produttività degli effetti della legge non crea problemi, «per i decreti-legge valgono regole inverse a quelle ordinarie, giacché se ne presume la vigenza immediata, a meno che essi non prevedano un termine di *vacatio*», solo che allorché «l’acquisto di efficacia del decreto è subordinato al decorso d’un tempo di *vacatio legis*, l’atto governativo appare viziato da irragionevolezza, e si espone alla declaratoria d’illegittimità costituzionale pronunciata dalla Corte»²².

Si tratta di un pronunciamento importante soprattutto nell’attuale contingenza, poiché soprattutto a partire dall’inizio della crisi economico-finanziaria si è fatto strada il ricorso a numerosi decreti-legge che, in diverso modo, non contengono misure di immediata applicazione, contrariamente a quanto invece richiesto dall’art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400. Com’è stato lucidamente osservato in proposito, in questa fase «gli atti aventi forza di legge assumono una notevole “forza simbolica” (si pensi solo al c.d. effetto annuncio che il Governo vuole garantirsi nei confronti di coloro che hanno forti interessi economici dipendenti dalle scelte di indirizzo politico, come nel caso recente dei decreti sul “salvataggio delle banche”)»²³.

²⁰ Cfr. Corte cost., [sent. n. 16/2017](#).

²¹ C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, 835.

²² Così M. AINIS, *L’entrata in vigore delle leggi. Erosione e crisi d’una garanzia costituzionale: la vacatio legis*, Padova, 1986, 39.

²³ Queste le considerazioni di E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell’età dell’accelerazione*, Torino, 2017, 38. Su questa prassi sia consentito rinviare alle considerazioni più ampie svolte in A. IANNUZZI, *Osservazioni sulla delega “taglia-inattuazione”, per la modifica e l’abrogazione delle leggi che prevedono l’adozione di provvedimenti attuativi, contenuta nella Legge Madia*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2017, 1 ss.

5. La definizione delle competenze legislative in ordine alla disciplina delle vaccinazioni fra Stato e regioni

L'ultimo profilo su cui merita di soffermarsi, anche se più velocemente, è quello relativo alla definizione delle competenze fra Stato e Regioni in materia di disciplina delle vaccinazioni²⁴.

La Corte ritiene parimenti infondate le questioni promosse in riferimento all'art. 117 Cost., commi 3 e 4, individuando la competenza statale ad adottare la normativa esaminata.

La perimetrazione dei rapporti fra Stato e regioni in questo ambito viene effettuata alla luce di alcuni criteri ormai consolidati nella giurisprudenza costituzionale.

Il criterio della prevalenza della materia permette di individuare l'ambito sostanziale che più ampiamente copre la superficie delle norme oggetto del giudizio di costituzionalità. Nel caso in epigrafe la Corte, difatti, afferma che «debbono ritenersi chiaramente prevalenti i profili ascrivibili alle competenze legislative dello Stato» relativi alla fissazione dei principi fondamentali in materia di tutela della salute, art. 117, c. 3, Cost., della determinazione dei livelli essenziali di assistenza, art. 117, c. 2, lett. m), della profilassi internazionale, art. 117, c. 2, lett. q), nonché delle norme generali sull'istruzione, art. 117, comma 2, lett. n).

Il criterio storico-normativo consente, invece di determinare i contenuti delle materie elencate nei commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost. alla luce della normativa precedente a quella in esame²⁵. Sul punto, conseguentemente la Corte osserva che «da lungo tempo la legislazione statale ha previsto norme in materia di obblighi vaccinali».

Il terzo criterio è quello che discende dall'esigenza di unitarietà della legislazione a fronte del rischio di garantire in modo non omogeneo i diritti fondamentali, in violazione del principio di uguaglianza. In questo caso, viene in luce il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica²⁶ che, per usare le parole del giudice delle leggi, «deve essere garantito in condizione di eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale». L'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori, infatti, è coperta da una riserva di legge statale «al fine di evitare inammissibili differenziazioni tra gli individui»²⁷.

Infine, l'ultima considerazione è per mettere in rilievo un'ulteriore conferma giurisprudenziale: l'argomento relativo alla competenza statale ad adottare atti normativi in ambiti a contenuto tecnico-scientifico, come si ricava con chiarezza nella parte in cui si afferma che sebbene il «confine tra le terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia» ([sentenza n. 169 del 2017](#)), a maggior ragione, e anche per ragioni di eguaglianza, deve essere riservato allo Stato - ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost. - il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili».

Certo, nell'attuale stato di eccezionalità, dovuto all'allerta per il documentato calo delle coperture vaccinali al di sotto della soglia dell'*herd immunity*, lo spazio per l'intervento legislativo regionale risulta del tutto assente. Quando la situazione tornerà nella normalità, ed è auspicabile che ciò avvenga il prima possibile anche per effetto delle campagne di comunicazione e di informazione istituzionale per illustrare e favorire la conoscenza delle nuove disposizioni sulle vaccinazioni obbligatorie e gratuite istituite dallo stesso decreto-legge, sarà opportuno ripristinare il modello della persuasività

²⁴ Sulle politiche regionali si v. P. D'ONOFRIO, *Obblighi vaccinali ed intervento delle Regioni*, in *Federalismi.it - Osservatorio di diritto sanitario*, 2017, disponibile in [Federalismi.it](#).

²⁵ Corte cost., [sent. n. 26/2005](#). Cfr. oltre che la già menzionata [sent. n. 9/2009](#), sempre tra quelle propedeutiche, anche [sent. n. 324/2003](#) e [n. 231/2005](#).

²⁶ Corte cost., [sent. n. 282 del 2002](#); [n. 338 del 2003](#); [n. 169 del 2017](#).

²⁷ Come avvertono A. SIMONCINI ed E. LONGO, *Art. 32*, in AA. VV., *Commentario alla Costituzione*, I, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 667.

che sembra essere quello ottimale, non solo per riportare entro i binari ordinari i rapporti fra Stato e regioni in questo ambito materiale, ma davvero sotto ogni altro punto di vista.

Alessandro Morelli

La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione**

SOMMARIO: 1. *Una questione di punti di vista.* – 2. *Fenomenologia di una crisi.* – 3. *Costituzionalismo “popolarista” vs. neocostituzionalismo?* – 4. *Sovranità e visibilità del potere: l’attualità di una «metafora assoluta» nel contesto globalizzato.*

1. *Una questione di punti di vista*

Scopo del presente contributo è quello di ricostruire i legami e le interazioni tra il paradigma della sovranità, nelle sue attuali declinazioni positive, e il processo di globalizzazione, tentando di cogliere alcune recenti tendenze, riscontrabili negli ordinamenti europei, al recupero di un ruolo forte degli Stati nella dinamica del processo d’integrazione sovranazionale.

Non è facile definire gli elementi oggetto dell’indagine: da una parte, la sovranità, categoria fondamentale del pensiero politico e giuridico occidentale, della quale, com’è stato scritto di recente, esiste una « Babele di definizioni»¹, essendo stata essa legata, nel tempo, da concezioni teoriche e

** Testo rielaborato della Relazione al III Convegno internazionale italo-spagnolo su *Soberanía y representación: el constitucionalismo en la era de la globalización*, Catania 5-7 dicembre 2016.

¹ A. MORRONE, *Sovranità*, testo della relazione svolta al XXXI Convegno annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, presso l’Università degli studi di Trento (11-12 novembre 2016), sul tema *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità rappresentanza territorio*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 2.

La letteratura sul principio di sovranità è pressoché sconfinata e non è certo qui possibile proporre una bibliografia esaustiva sul tema. Per quanto riguarda il rapporto tra sovranità e globalizzazione si veda, in particolare, G. DE VERGOTTINI, *La dislocazione dei poteri e la sovranità*, testo della relazione svolta al XXVII Convegno annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, presso l’Università degli studi di Salerno (22-24 novembre 2012), in *Costituzionalismo e globalizzazione*, Jovene, Napoli 2014, 85 ss.; ma dello stesso A. cfr. già *La persistente sovranità*, in questa *Rivista, Studi 2014* (03.03.2014). Si rinvia, poi, agli altri contributi al suddetto Convegno e, in particolare, alle ricostruzioni di carattere generale di G. AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, in *Costituzionalismo e globalizzazione*, cit., 3 ss. e, *ivi*, P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, 11 ss.; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, 43 ss.; S. NICCOLAI, *La globalizzazione come ampliamento del ruolo della giurisdizione: un falso mito?*, 103 ss.; C. PINELLI, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, 131 ss.; G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, 143 ss.; nonché agli altri interventi, *ivi* pubblicati.

Più in generale, si rinvia agli scritti di M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna 2000; ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006; nonché ai contributi pubblicati in C. AMATO-G. PONZANELLI (a cura di), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, XVII Colloquio biennale dell’Associazione Italiana di Diritto comparato, Brescia, 12-14 maggio 2005, Giappichelli, Torino 2006

Di notevole interesse anche lo studio di G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012. Cfr., inoltre, la ricostruzione di J.L. COHEN, *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.

Sulla storia del concetto di sovranità si rinvia, per tutti, agli scritti di A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Donzelli, Roma 2002, e di D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Laterza, Roma-Bari 2004; sul contenuto del principio di sovranità negli attuali contesti ordinamentali cfr., almeno, oltre al già richiamato studio di Morrone, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992, spec. 4 ss.; G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss. (anche in ID., *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, 9 ss.) e, *ivi*, E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze e sovranità nell’esperienza giuridica dell’integrazione europea*; M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, rispettz. 75 ss. e 124 ss.; e ancora, da diverse prospettive, si vedano T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè, Milano 1997; ID., *Potere costituente e sovranità popolare*, in *Rass. parl.*, 1/2016, 7 ss.; G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari, 1997; A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss.; ID., *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all’Unione europea e ritorno, o verosia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, Intervento alla tavola rotonda su *Verso una dimensione costituzionale dei diritti*

da testi costituzionali, ai più vari soggetti reali o astratti (il Monarca, il Parlamento, la Nazione, il Popolo, lo Stato, ecc.), oppure intesa come un attributo della Costituzione o dei valori ispiratori dell'ordinamento giuridico o persino negata, rimossa, espulsa dall'arsenale teorico-concettuale della dottrina dello Stato e del diritto pubblico²; dall'altra parte, la globalizzazione, uno dei «macroprocessi del mondo moderno»³, consistente in un insieme di elementi fattuali colti dinamicamente nel loro divenire.

La constatazione che la globalizzazione sia un “fatto”⁴ non può indurre a concludere che essa possa essere descritta in modo assolutamente neutrale, mentre, al contrario, ogni ricostruzione della sovranità scontrerebbe il peso delle opzioni di valore dell'osservatore di turno. Anche il modo in cui è rappresentato il processo di globalizzazione dipende, infatti, dal punto di vista prescelto, al pari della descrizione dei fenomeni riconducibili alla dimensione della sovranità come, ad esempio, la titolarità effettiva e le concrete modalità di esercizio delle funzioni pubbliche tradizionalmente considerate “sovrane”. Tuttavia, con ciò non si vuole affermare che non sia possibile giungere alla definizione di alcuna realtà storica, condividendosi, al contrario, i presupposti epistemologici di un realismo storiografico secondo il quale si dà l'esistenza, nel passato, della realtà dei fatti storici, che

in Europa?, Catania, 20 maggio 2016, in [Federalismi.it](#), 11/2016, 1 giugno 2016, 1 ss.; ID., [Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2016/III](#), 444 ss.; L. VENTURA, *La sovranità. Teorie filosofico-politiche, La sovranità. Teorie giuridiche e Nota a margine*, in L. VENTURA-P. NICOSIA-A. MORELLI-R. CARIDÀ, *Stato e sovranità. Profili essenziali*, Giappichelli, Torino 2010, rispettz. 15 ss., 35 ss. e 183 ss.; ID., *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014; A. SPADARO, *Dalla “sovranità” monistica all’“equilibrio” pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, Intervento al XXXI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, presso l'Università degli studi di Trento (11-12 novembre 2016), sul tema *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità rappresentanza territorio*, consultabile in [Rivista AIC](#), 3/2017, 1 ss.; di quest'ultimo A., tuttavia, si vedano già *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994, 85 ss., e *Indirizzo politico e sovranità. Dal problema dell’“effettività” della democrazia (la lezione di Martines) a quello dei “limiti” alla democrazia (la lezione della storia)*, in M. AINIS-A. RUGGERI-G. SILVESTRI-L. VENTURA (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Giornate di studio, Messina 4-5 ottobre 1996, Giuffrè, Milano 1998, 287 ss.; in una prospettiva critica e con particolare riguardo alla dimensione dell'Unione europea v. A. CANTARO, *Europa sovrana. La Costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, con una prefazione di P. Barcellona, Dedalo, Bari, 2003; ID., *Il superamento della Multilevel Theory nei rapporti tra l'Europa, gli Stati membri e i livelli di governo sub-statale*, in A. IACOVIELLO (a cura di), *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact. Gli effetti dell'integrazione economica e politica europea sull'ordinamento nazionale*, Giuffrè, Milano 2016, 121 ss.

In ambito filosofico, per una decisa difesa del principio di sovranità cfr. ora B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015.

Si rinvia, inoltre, ai contributi di E. GROSSO, *Sovranità, cittadinanza, nazionalità*; G. DI COSIMO, *Popolo, Stato, sovranità*; R. MARTINEZ DALMAU, *Soberanía popular, poder constituyente, poder constituido*; G. SOBRINO, *Sovranità popolare, amministrazione e giurisdizione* e, se si vuole, al mio *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, tutti in corso di pubblicazione in *Dir. cost.*, 1/2018.

² Nel senso di negare al principio di sovranità diritto di cittadinanza nell'ordinamento costituzionale cfr. O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano: saggi di teoria politica e costituzionale*, De Donato, Bari 1982; A. SPADARO, *Dalla “sovranità” monistica all’“equilibrio” pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, cit., 1 ss.; di «sovranità della Costituzione» discorre G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 8 ss., pur avvertendo che tale formula può denotare una «novità piena di significato, purché non si pensi che il risultato sia dello stesso tipo di un tempo, cioè la creazione di un nuovo centro di emanazione di forza concreta, causa efficiente della unità politica statale» (10). Ha sostenuto, invece, che lo Stato costituzionale avrebbe fatto proprio un peculiare principio di «sovranità dei valori» G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, cit., 3 ss.; ID., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009. Di un «antisovrano transnazionale» (dotato di attributi opposti a quelli del classico sovrano nazionale) parla, poi, M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., spec. 161 ss.

³ J. OSTERHAMMEL-N. PETERSSON, *Geschichte der Globalisierung. Dimensionen, Prozesse, Epochen*, C.H. Beck, München 2003, trad. it. *Storia della globalizzazione* (2003), il Mulino, Bologna 2005, 9.

⁴ Cfr., in tal senso, A. SPADARO, *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005, 87 ss.; G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione*, cit., 146.

esiste e rimane indipendente dalla nostra stessa capacità di conoscerla⁵. Pertanto, pur ammettendo che ogni indagine è sempre condizionata dai valori, dagli interessi e dalla particolare visione del mondo dello studioso di turno, non si abbandona comunque l'idea che la realtà dei fatti storici sia qualcosa di accessibile, attraverso lo studio dei documenti sui quali essa abbia lasciato tracce.

Trattandosi, innanzitutto, di un processo, non vi è concordia tra gli studiosi nell'individuazione dell'evento o degli eventi che hanno dato avvio alla globalizzazione. Alcuni sostengono che occorra guardare all'epoca successiva al 1989, ponendo in risalto l'accelerazione degli scambi economici e l'avanzamento tecnologico che hanno fatto seguito alla caduta del muro di Berlino e alla fine dell'Unione sovietica; altri estendono il periodo rilevante fino a ricomprendere le innovazioni che hanno caratterizzato gli ultimi due secoli; altri ancora affermano che la catena di cause che avrebbero determinato gli attuali scenari debba farsi risalire al Cinquecento e all'avvio della stessa modernità; altri, infine, rifiutano periodizzazioni specifiche, sostenendo che la globalizzazione sia il frutto di processi millenari⁶. A prescindere dalle delimitazioni temporali, il complesso di fenomeni al quale si fa riferimento non è affatto estraneo alla sfera del diritto, sia perché ovviamente la globalizzazione ha inciso (e continua a incidere) sul modo d'essere delle istituzioni giuridiche, sia perché non sembra potersi escludere (né è bene sottovalutare) che queste ultime abbiano inciso, con la loro azione, e possano continuare a incidere, in misura e modalità diverse, sul processo in questione.

La globalizzazione è identificata con «l'espansione e l'intensificazione delle relazioni e della coscienza sociali nel tempo e nello spazio del mondo intero»⁷; fenomeni questi agevolati, per un verso, dallo sviluppo e dalla diffusione delle tecniche di comunicazione e, per altro verso, dall'affermazione di strutture nazionali e sovranazionali aperte e permeabili agli scambi, soprattutto, ma non solo, di carattere commerciale e finanziario. In tale processo possono vedersi aspetti rischiosi per gli attuali assetti istituzionali o, al contrario, opportunità di sviluppo per le società contemporanee. Inoltre, le dinamiche della globalizzazione non appaiono affatto univoche, offrendo esse anche strumenti atti a valorizzare e a promuovere quella differenziazione identitaria a livello locale, nota con l'espressione «glocalizzazione»⁸. Si prospetta, pertanto, un contesto caratterizzato da un elevato livello di complessità, nel quale la collocazione della stessa categoria della sovranità appare problematica.

Che tra sovranità e globalizzazione sussista un rapporto di tensione è facilmente comprensibile: l'intera storia della sovranità è stata ricostruita come un processo di assolutizzazione di un potere giuridico in grado d'imporsi come esclusivo su un determinato territorio. Un processo che, nella dimensione esterna, si è tradotto nella progressiva affermazione dell'indipendenza e dell'originarietà dell'ordinamento statale⁹. La globalizzazione, dal canto suo, ha messo in discussione la spazialità del diritto e, con essa, ogni pretesa di esclusività delle istituzioni statali sul territorio di riferimento¹⁰. In tale prospettiva, si è così diffusa la convinzione che tale processo abbia comportato una «collocazione

⁵ S. VASELLI, *Il posto dei fatti in un mondo di eventi. Il realismo e la filosofia della storia*, Mimesis, Milano-Udine 2016, 125. Sul «nuovo realismo», al quale si rifà tale Autore, cfr., per tutti, M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, Roma-Bari 2012. In tema, sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, al mio *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, in Federalismi.it, n. 1/2017.

⁶ Cfr. M.B. STEGER, *Globalization. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2013, trad. it. *La globalizzazione*, il Mulino, Bologna 2016, 25 ss.

⁷ Cfr. M.B. STEGER, *op. ult. cit.*, 23.

⁸ Sul concetto di «glocalizzazione» cfr. R. ROBERTSON, *Globalization. Social Theory and Global Culture*, Sage, London 1992, trad. it. *Globalizzazione. Teoria sociale e cultura globale*, Asterios, Trieste 1999; Z. BAUMAN, *On Glocalization: Or Globalization for Some, Localization for Some Others*, in P. BEILHARZ (a cura di), *The Bauman Reader*, Blackwell Publisher, Oxford 1998, trad. it. *Globalizzazione e glocalizzazione*, Armando, Roma 2005; M.R. FERRARESE, *La "glocalizzazione" del diritto: una trama di cambiamenti giuridici*, in C. AMATO-G. PONZANELLI (a cura di), *Global Law v. Local Law*, cit., 33 ss.

⁹ Cfr. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, cit., 3 ss.

¹⁰ Cfr., in tema, S. ORTINO, *Il nuovo nomos della terra: profili storici e sistematici dei nessi tra innovazioni tecnologiche, ordinamento spaziale, forma politica*, il Mulino, Bologna 1999; N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari 2006.

del politico al di fuori del quadro categoriale dello Stato-nazione»¹¹. Un quadro entro il quale, però, si sono storicamente conformate anche le istituzioni del costituzionalismo moderno, che proprio l'avvento della globalizzazione, con i suoi nuovi "poteri" politici ed economici, operanti nella dimensione globale, ha messo seriamente in crisi.

Se, quindi, le «forme giuridiche della globalizzazione» hanno teso a realizzare una «denazionalizzazione – intesa come emancipazione dalla sovranità popolare – funzionale alla loro privatizzazione, nei modi di produzione e di esecuzione»¹², la stessa sopravvivenza del costituzionalismo contemporaneo dipende oggi dalla capacità delle costituzioni nazionali di assicurare ancora la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri (paradigmi classici del costituzionalismo moderno, già evocati dall'art. 16 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789)¹³, oppure, in una diversa prospettiva, dalla possibilità di preservare tali condizioni nella dimensione sovranazionale, in linea con i paradigmi di una «sovranità condivisa» e di una «Costituzione condivisa»¹⁴.

Di contro, l'affermazione di reti planetarie di relazioni e scambi anche tra sistemi di giustizia costituzionale e Corti nazionali e sovranazionali ha alimentato i modelli ispirati dalla teoria del «costituzionalismo multilivello»¹⁵ e ha ispirato le diverse elaborazioni del costituzionalismo «globale» o «cosmopolita»¹⁶. Per cui, paradossalmente, la globalizzazione ha ispirato, nel contempo, speranze e timori per la protezione dei diritti costituzionali e per le sorti delle democrazie contemporanee¹⁷.

Per decenni si è diffusamente avvertito un declino (ritenuto) inarrestabile del paradigma della sovranità statale, mentre, al contrario, la globalizzazione è stata descritta come un processo irreversibile, dinanzi al quale si sarebbero dovute rivedere tutte le categorie classiche del diritto (pubblico e privato).

¹¹ U. BECK, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus - Antworten auf Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1997, trad. it. *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma 2009, 13.

¹² Così L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Jovene, Napoli 2007, XVII, la quale aggiunge che «sintomi per eccellenza di questi fenomeni sono sia il ruolo riservato alle imprese transnazionali sia la loro capacità di produrre diritto ed esigere una significativa tutela dei propri interessi».

¹³ Cfr., in tal senso, G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari 2013, 21 ss.

¹⁴ È questa la proposta ricostruttiva di 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*, IV ed., Giappichelli, Torino 2014, 2 ss.; ID., *L'integrazione europea, attraverso i diritti, e il "valore" della Costituzione*, in A. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma 2014, 473 ss.

¹⁵ Cfr. in tema, soprattutto, I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, in *Common Market Law Review*, vol. 36, n. 4, 1999, 703 ss.; ID., *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, vol. 27, n. 5, 2002, 511 ss.; I. PERNICE-F. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma-Bari 2003, 43 ss.; P. BILANCIA-E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano 2004; A. D'ATENA-P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Giuffrè, Milano 2004; G. DEMURO, *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti. Lezioni*, Giappichelli, Torino 2009; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2012. In senso critico, P. SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*, in *Rivista AIC*, 1/2012, 1 ss.; A. CANTARO, *Il superamento della Multilevel Theory nei rapporti tra l'Europa, gli Stati membri e i livelli di governo sub-statale*, cit., 121 ss.

¹⁶ Sul costituzionalismo globale cfr., tra i tanti, di recente A. O'DONOGHUE, *Constitutionalism in global constitutionalisation*, Cambridge University press, Cambridge 2014, e G. HALMAI, *Perspectives on Global Constitutionalism. The Use of Foreign and International Law*, Eleven International Publishing, The Hague 2014. Sul costituzionalismo cosmopolita cfr. A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford 2014 e, nella dottrina italiana, Q. CAMERLENGO, *La vocazione cosmopolitica dei sistemi costituzionali, alla luce del comune nucleo essenziale*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa", Capri, 3-4 giugno 2005, Giappichelli, Torino 2006, 21 ss.; ID., *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano 2007.

¹⁷ Cfr., sul punto, G. AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, cit., 3 ss.; P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, 11 ss., e G. DE VERGOTTINI, *La dislocazione dei poteri e la sovranità*, cit., 96 ss.

Diversi recenti episodi suggeriscono, tuttavia, di tornare a riflettere sul tema, per tentare di definire un quadro più realistico dello stato di salute degli ordinamenti statali (e dei loro elementi costitutivi, a cominciare proprio dal principio di sovranità), in considerazione dei segnali di un possibile rallentamento nel processo di espansione delle relazioni umane su scala globale. Gli eventi ai quali si farà ora riferimento potrebbero essere soltanto i sintomi di una crisi passeggera, oppure gli epifenomeni di una svolta epocale, che potrebbe rimettere in discussione modelli e metodi di studio del diritto pubblico. In tale nuova dimensione, la sovranità, come un'araba fenice, potrebbe risorgere ancora una volta dalle proprie ceneri, esigendo che le venga restituito un posto centrale anche nelle elaborazioni teoriche delle forme e delle dinamiche inter-istituzionali, ordinamentali e sovranazionali.

2. Fenomenologia di una crisi

Prima di provare a definire una fenomenologia di questa crisi del processo di globalizzazione e di esaminare le espressioni di quella che sembra presentarsi come una speculare, diffusa riscoperta del paradigma della sovranità, occorre ricostruire il quadro entro il quale collocare l'analisi, precisando, in premessa, che il discorso sulla crisi della sovranità condotto negli ultimi decenni è riferibile alla sola area geopolitica euroatlantica (e, peraltro, come subito si dirà, nemmeno a tutta) e alle sue diramazioni in altri continenti. Si è rilevato, infatti, che, da un lato, in ampie aree del globo – quelle nelle quali non è arrivata o non è stata recepita la tradizione del costituzionalismo democratico occidentale – non ha nemmeno senso discorrere di una crisi dello Stato e della sua sovranità; dall'altro lato, che tale crisi non sembra riguardare il *modello* dello Stato (il quale anzi continuerebbe a vivere un processo di «universalizzazione») ma alcune specifiche e concrete realizzazioni dello stesso¹⁸. Ogni comunità nazionale (o presunta tale) che miri ad affermare la propria indipendenza, infatti, non aspira ad altro che all'acquisizione della forma di uno Stato sovrano con una propria Costituzione: si pensi, tra i tanti, al caso del Kosovo¹⁹, alle rivendicazioni dei palestinesi o a quelle della Catalogna²⁰; ma anche alla vicenda della *Brexit* (e alle pretese del Regno Unito di riaffermare la propria sovranità rispetto a quest'ultima) e alle più ardite proposte “indipendentiste” della Regione Veneto, che ha ripetutamente messo in campo l'immagine di una fantomatica «Repubblica indipendente e sovrana»²¹.

Nella stessa dimensione geopolitica entro la quale è nato e si è sviluppato il paradigma della sovranità, si riscontrano segnali importanti di un consistente recupero del ruolo di quest'ultimo. Un ruolo che, peraltro, anche nell'area geopolitica occidentale non sempre, o comunque non dappertutto nella medesima misura, può dirsi essere entrato in declino negli ultimi decenni: può affermarsi, ad esempio, che la sovranità degli Stati Uniti d'America abbia subito lo stesso ridimensionamento di quella dei Paesi interessati dal processo europeo d'integrazione sovranazionale? E guardando anche

¹⁸ Cfr. G. DE VERGOTTINI, [La persistente sovranità](#), cit., 2 ss.; ID., *La dislocazione dei poteri e la sovranità*, cit., 85 ss.

¹⁹ Sulle vicende relative all'indipendentismo kosovaro cfr. ora E. CUKANI, *Quel che resta dello Stato. Il differenziale, territoriale e non, delle autonomie nei Balcani occidentali*, in corso di pubblicazione per i tipi della ESI, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁰ Sui profili costituzionalistici della questione palestinese cfr., per tutti, P. COSTANZO, [Dalla Costituzione allo Stato? Riflessioni su alcuni recenti sviluppi istituzionali della questione palestinese](#), in questa *Rivista*, [Studi 2014](#) (02.05.2014). Sulla questione catalana la letteratura è molto vasta: si vedano, tra i contributi più recenti, G. POGGESCHI, *Le elezioni catalane del 27 settembre 2015: one step beyond (verso l'indipendenza)?* e J. DE MIGUEL BÀRCENA, *El desafío constitucional catalán*, entrambi in *Dir. reg.* 1/2016, rispettivamente 59 ss e 70 ss.; R.L. BLANCO VALDES, *La rebelión del nacionalismo catalán provoca en España una gravísima crisis política y constitucional*, e S. GAMBINO, *Pretese sovranistiche della Catalogna e unità indissolubile della Nazione spagnola*, entrambi in [DPCE ONLINE](#), 3/2017, rispettivamente 441 ss. e 449 ss.; S. CECCANTI, *Catalogna e Spagna al momento senza uscita*, *ivi*, 4/2017, 825 ss.; G. FERRAIUOLO, *Sovranità e territorio alla prova della crisi catalana*, in [Federalismi.it](#), 17/2017, 2 ss., del quale si veda, *amplius*, *Costituzione federalismo secessione. Un itinerario*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

²¹ Per un quadro di sintesi sia consentito rinviare ora al mio *Editoriale. Ascese e declini del regionalismo italiano. Quali prospettive dopo i referendum di Lombardia e Veneto?*, in *le Regioni*, 3/2017, 321 ss.

al variegato quadro offerto dalla stessa Unione europea, può ragionevolmente sostenersi che la sovranità dei diversi Stati-membri di quest'ultima pesi oggi allo stesso modo? Quesiti ai quali si potrebbe rispondere affermativamente solo sulla base di una concezione puramente formale (o meglio: formalistica) della sovranità statale²².

Gli elementi che, invece, segnerebbero il possibile declino del processo di globalizzazione si rinvergono, innanzitutto, nella dimensione economica e hanno ovviamente una proiezione planetaria. La crisi iniziata nella seconda metà degli anni 2000 potrebbe avere condotto il sistema del libero mercato a un punto di "non ritorno", determinando il deterioramento delle condizioni necessarie al suo funzionamento. Potrebbe trattarsi, in altri termini, di una crisi strutturale, forse rallentabile, ma non reversibile.

L'ideologia neoliberista, affermatasi alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, aveva spinto verso il superamento delle politiche keynesiane nell'ambito del mercato, ispirando il progressivo abbandono del modello dell'economia mista. Il crollo del muro di Berlino e il fallimento dell'Unione sovietica alimentarono tale tendenza, poi rafforzata agli inizi degli anni Novanta, quando si ebbe un'accelerazione ulteriore nel processo di eliminazione delle barriere doganali e nella creazione di aree di libero scambio. Tale modello, che ha costituito il motore del processo di globalizzazione, ha favorito la libera competizione tra sistemi economici caratterizzati da un differente grado di sviluppo, promuovendo un gioco al ribasso per i livelli salariali, con il conseguente svantaggio per i lavoratori dei Paesi economicamente più solidi e la crescita delle diseguaglianze sociali²³. La crisi determinata nel 2007-2008 dallo scoppio della "bolla finanziaria" dei mutui *subprime* (in realtà originata da fattori ben più risalenti, consistenti nelle carenze strutturali del sistema economico-produttivo capitalistico) ha dato avvio a una fase di grande depressione, che ha coinvolto molti Paesi, gettando ombre sugli ulteriori sviluppi di una globalizzazione della quale ormai sembrano percepirsi più i costi che i benefici.

Quelli economico-finanziari non sono, tuttavia, i soli motivi della crisi in atto: ad essi si aggiungono altri fenomeni che, pur esigendo soluzioni condivise, diffondono paure capaci di condurre ad atteggiamenti di "chiusura" da parte dei popoli e degli Stati, come il terrorismo internazionale o le pressioni migratorie.

La crisi della globalizzazione si riflette nella dimensione politico-istituzionale delle odierne democrazie europee, le quali hanno tentato finora di fronteggiare gli svantaggi e di sfruttare i vantaggi della rete di connessioni su scala planetaria prodotta dallo sviluppo del commercio, dell'economia e della tecnica, attraverso le forme dell'integrazione tra Stati e della costituzionalizzazione del diritto internazionale e di quello sovranazionale. Diversi sono, in tale prospettiva, i fenomeni degni di nota: dalla reazione di rigetto dei principi e degli istituti del costituzionalismo democratico in alcuni Paesi

²² Scrive, ad esempio, J.L. COHEN, *Globalization and Sovereignty*, cit., 4: «Sovereignty in the classic, absolutist (predatory) sense remains alive and well, but only for very powerful states – including those controlling global governance institutions (the P5: the permanent members of the UNSC) – while new technologies and practices of control are created through the innovative use of unaccountable and legally unconstrained power accumulating in those institutions – something the functionalist discourse of gradations of sovereignty and neo-trusteeship plays into. The direction of the new world order is, in other words, toward hierarchy not sovereign equality, and the appropriate concepts are not cosmopolitan constitutionalism but "grossraum," regional hegemony, neo-imperialism, or empire». Come afferma, pertanto, G. DE VERGOTTINI (*La dislocazione dei poteri e la sovranità*, cit., 100 s.), «la sovranità statale non è affatto scomparsa anche se fortemente oggetto di limitazioni e condizionamenti sia derivanti dai vincoli formali impressi dai trattati sottoscritti liberamente dagli stati, sia scaturenti da circostanze di fatto e dall'azione di entità interne ed esterne non sempre caratterizzate dal rispetto del diritto. È vero quindi che la sovranità non è una caratteristica del potere sicuramente fissa e tipizzabile. Essa si rivela qualitativamente differenziabile da stato a stato. Basta riflettere sul diverso ruolo degli stati in seno all'Unione: formalmente tutti eguali ma sappiamo senza ombra di dubbio che la sovranità tedesca conta più di quella di altri stati membri. Quindi potremmo dire ci sono sovranità pesanti e sovranità leggere o evanescenti».

²³ Cr., per tutti, J.E. STIGLITZ, *Globalization and its discontents*, Allen Lane Penguin, London 2002, trad. it. *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, Torino 2002; ID., *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*, W.W. Norton & Company, New York 2012, trad. it. *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Einaudi, Torino 2013.

dell'Europa dell'Est²⁴ al processo di uscita del Regno Unito dall'Unione europea e, più in generale, alle notevoli difficoltà di applicazione del costituzionalismo multilivello allo stesso contesto europeo, in riferimento alle quali si è discusso perfino di un declino del relativo paradigma²⁵.

3. Costituzionalismo “popolarista” vs. neocostituzionalismo?

In tale prospettiva, il populismo, già definito in ambito filosofico come un tratto caratterizzante la post-modernità²⁶, rischia di assurgere a connotato ricorrente in ogni forma di espressione politica contemporanea (e, del resto, oltre che di un populismo, per così dire, di opposizione, si parla anche di un «populismo di governo»²⁷). Quello che potrebbe definirsi l'*atteggiamento populista* sembra, infatti, esprimere efficacemente il diffuso sentimento critico nei confronti degli eccessi e dei fallimenti del processo di globalizzazione o, meglio, verso le risposte istituzionali finora date a tale processo (e alle sue degenerazioni).

In Europa, nella congerie di definizioni adottate dagli studiosi del fenomeno, la formula del populismo (politico) è stata impiegata più che altro in un'accezione negativa, per denotare ogni movimento o atteggiamento politico caratterizzati dai seguenti aspetti: una concezione olistica e un'esaltazione acritica del popolo, inteso come un'entità unitaria, indistinta, pura e superiore; l'antipluralismo, consistente nel rifiuto della possibilità di ammettere una rappresentanza plurale del popolo stesso (del quale il populista si ritiene l'unico legittimo rappresentante); una visione moralistica della politica e un atteggiamento antielitario, implicante l'adozione di una posizione radicalmente critica nei confronti delle formazioni sociali intermedie (partiti politici, sindacati ecc.)²⁸.

²⁴ Cfr. in tema, tra gli altri, F. VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, CEDAM, Padova 2013; ID., *La crisi costituzionale polacca, la «bielorussizzazione» dell'Europa orientale e il processo di disintegrazione europea*, in E. RAFFIOTTA-G. TERUEL LOZANO-A. PEREZ MIRAS (a cura di), *Constitucion y integración*, Dykinson, Madrid 2016, 297 ss.; M. MIZEJEWSK, *La crisi dell'ordine costituzionale in Polonia negli anni 2015 e 2016 con le sue conseguenze politiche*, in [Nomos. Le attualità nel diritto](#), 1/2017, 1 ss.

²⁵ Di «declino del paradigma multilivello» discorre espressamente A. CANTARO, *Il superamento della Multilevel Theory nei rapporti tra l'Europa, gli Stati membri e i livelli di governo sub-statale*, cit., 121. M. BENVENUTI (*Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli 2016, 23) sostiene che la riflessione costituzionalistica, nell'«investire in maniera così intensa sul processo di sovranazionalizzazione, segnato per almeno un decennio [...] dal *tópos* della “Costituzione europea”, abbia dato talora prova di *wishful thinking*». Sui difetti strutturali dell'Unione europea cfr. ora L. MELICA, *L'Unione incompiuta*, Jovene, Napoli 2015.

²⁶ Cfr. M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, cit., 6 (ma *passim*), il quale fa riferimento a un «populismo mediatico», che è fenomeno distinto ma strettamente correlato al populismo politico, caratterizzando il contesto culturale nel quale quest'ultimo trova il proprio *humus*. Sul punto sia consentito rinviare al mio *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, cit., 2 ss.

²⁷ Cfr. M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino 2017, spec. 23 ss.; J.-W. MÜLLER, *What is Populism?*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2016, trad. it. *Cos'è il populismo?*, Università Bocconi Editore, Milano 2017, 59 ss. (e, *ivi*, N. URBINATI, *Un termine abusato, un fenomeno controverso*, VII ss.). Cfr. anche, in tema, L. ZANATTA, *Il populismo*, Carocci, Roma 2013; L. INCISA DI CAMERANA, *Populismo*, e D. GRASSI, *Il neopopulismo*, entrambi in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO, *Dizionario di Politica*, nuova ed. agg., UTET, Torino 2016, rispettivamente 732 ss. e 737; M. ANSELMINI, *Populismo. Teorie e problemi*, Mondadori, Milano 2017; D. PALANO, *Populismo*, Editrice Bibliografica, Milano 2017.

Su populismo e costituzionalismo cfr. almeno G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, e A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo. (Sulla cd. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, entrambi in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, V, Jovene, Napoli 2009, rispettivamente 1991 ss. e 2007 ss.; C. PINELLI, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Dem. dir.*, 3-4/2010, 29 ss., e, *ivi*, L. CEDRONI, *Democrazia e populismo*, 38 ss., e L. VIOLANTE, *Appunti per un'analisi del populismo giuridico*, pp. 107 ss.; V. COCOZZA, *Popolo, popolazione, populismo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, Torino 2016, 636 ss.

²⁸ Cfr. J.-W. MÜLLER, *What is Populism?*, cit., 5 ss.

Una simile definizione, tuttavia, non trova un esatto riscontro nel contesto nordamericano. Se si volge lo sguardo oltreoceano, si può notare, infatti, che il termine «*populism*» non ha, negli Stati Uniti, la connotazione negativa che gli viene solitamente attribuita nel dibattito pubblico del Vecchio continente. In ambito politico, l'espressione è adottata soprattutto per indicare (e promuovere) una politica d'ispirazione egualitaria, in contrapposizione polemica con l'orientamento centrista, incline alla tecnocrazia ed espressivo di un'eccessiva accondiscendenza nei confronti dei poteri economici, che, secondo gli oppositori, caratterizzerebbe, in particolare, l'azione del *Democratic Party*²⁹. La diversa prospettiva offerta dal contesto statunitense consente di mettere meglio a fuoco anche alcune tendenze in atto nel dibattito pubblico e negli studi giuridici europei (e particolarmente in quelli italiani), che sembrano riecheggiare, pur in un contesto culturale diverso, alcuni motivi dello stesso dibattito americano. Nell'ambito del quale, com'è stato notato in un recente, approfondito studio sul tema³⁰, già da diversi decenni alcuni autori hanno cominciato a prendere le distanze dalla visione "elitista" del costituzionalismo dominante, che, in tesi, confiderebbe in modo eccessivo sulle élite istituzionali (soprattutto, giudici e Corti), invocando, al contrario, «una lettura della carta costituzionale più aperta alle ragioni del *common man*»³¹. Alcuni di tali autori propugnano apertamente un costituzionalismo *populist*; Richard D. Parker ha persino proposto un «manifesto populista», nel quale ha contestato tre idee centrali del costituzionalismo contemporaneo: quella secondo cui i vincoli costituzionali avrebbero lo scopo di contenere gli eccessi della «*popular political energy*», anziché coltivarla, promuovere e liberare quest'ultima; l'idea, alla prima correlata, secondo la quale la Costituzione avrebbe la qualità essenziale di un'«*higher law*»; la convinzione che il diritto costituzionale avrebbe quale sua principale funzione quella di stare «*above the battle*» per proteggere gli individui e le minoranze contro la maggioranza dominante³². Tale Autore, muovendo dall'adozione di un atteggiamento positivo nei confronti della forza politica popolare, che potrebbe influenzare e persino controllare l'azione di governo, giunge a sostenere che il diritto costituzionale dovrebbe essere votato a promuovere e non a limitare il principio maggioritario³³. Quella di Parker è solo una delle voci (tra le più estremiste) di una corrente che, mutuando la formula adottata da Corso³⁴, può essere definita "costituzionalismo popolarista", al cui interno sono state collocate elaborazioni che, pur con accenti diversi, contestano che i vincoli costituzionali debbano farsi valere prevalentemente per via giudiziaria. In questa prospettiva, Mark Tushnet propone, ad esempio, di «portare la Costituzione lontano dai tribunali», confidando nell'attuazione che ad essa può dare il Congresso e promuovendo la condivisione di una teoria dell'interpretazione costituzionale che sia indipendente dalle decisioni della Corte Suprema (e che anzi offra parametri utili alla valutazione di queste ultime)³⁵; Akhil Reed Amar, prendendo le mosse da una ricostruzione storica delle origini della Costituzione che rivaluta l'influenza che nell'elaborazione del testo ebbero gli anti-federalisti, sostiene che il ruolo della giurisdizione nell'interpretazione della legge fondamentale vada ridimensionato, anche perché quest'ultima non riconosce alla Corte Suprema una posizione

²⁹ Cfr. J.-W. MÜLLER, *op. ult. cit.*, 14 s.

³⁰ Cfr. L. CORSO, *I due volti del diritto. Élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, Giappichelli, Torino 2016.

³¹ Cfr. L. CORSO, *op. ult. cit.*, 9.

³² R.D. PARKER, "Here the People Rule". *A Constitutional Manifesto*, in *Valparaiso University Law Review*, n. 3, 1993, 531; dello stesso A. cfr. anche *The Effective Enjoyment of Rights*, in *German Law Journal*, n. 1, 2011, 451 ss.

³³ In tal senso, R.D. PARKER, "Here the People Rule", cit., 532, definisce la democrazia «*a regime in which offices are open to ordinary citizens and in which ordinary people are allowed, and even expected, to act collectively to influence, and even control, the government. After all, democracy-its aspirations, its operation, its dangers-is what, most fundamentally, our Constitution is about*».

³⁴ L. CORSO, *I due volti del diritto*, cit., spec. 8 ss. e 133 ss., alla quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁵ M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1999.

prevalente nell'architettura costituzionale³⁶; Larry D. Kramer, valorizzando le esperienze del colonialismo prerivoluzionario, sostiene che il costituzionalismo americano delle origini affidava a strumenti di interpretazione e di protesta popolare, e non alle Corti, il compito di far valere la *supremacy clause*³⁷.

Nell'ambito di tale articolata corrente di pensiero, si promuove un atteggiamento interpretativo denominato «costituzionalismo protestante»³⁸, che muove dal presupposto che nessuna istituzione (e specialmente non la Corte Suprema) abbia il monopolio dell'interpretazione costituzionale: così come le persone leggono la Bibbia da sole e decidono di credere cosa essa significhi – scrive Jack N. Balkin –, allo stesso modo i cittadini potrebbero decidere autonomamente cosa significhi la Costituzione e sostenerla nella vita pubblica. Affinché il «*constitutional project*» abbia successo, non è sufficiente, infatti, che le persone lo supportino, ma queste ultime devono anche essere in grado di criticare il modo in cui finora tale progetto sia stato attuato. In pratica, la gente comune dovrebbe sempre poter dissentire e protestare contro le interpretazioni della Costituzione date dai tribunali, rivendicando come propria la stessa legge fondamentale. Solo a queste condizioni il popolo potrebbe conservare la propria *fede costituzionale*³⁹.

Il richiamo, pur sintetico, delle principali tesi del “costituzionalismo popolarista” nordamericano aiuta a comprendere come i motivi propri del populismo siano presenti anche in alcune influenti elaborazioni teoriche sul costituzionalismo, che propongono soluzioni concrete, anche se non del tutto convincenti, come subito si dirà, alle carenze di una concezione elitaria della stessa dinamica inter-istituzionale. Benché le suddette tesi risentano fortemente del contesto culturale nel quale sono state elaborate, esse mostrano significative analogie con quelle che, nel dibattito costituzionalistico europeo (e in quello italiano, in particolare), si presentano come le posizioni più critiche nei confronti del c.d. «neocostituzionalismo». Quest'ultimo, com'è noto, è un orientamento ampiamente diffuso nella dottrina italiana; i suoi assunti principali sono: il riferimento alla dimensione morale ai fini della determinazione del diritto (essendo l'ordinamento dello Stato costituzionale fondato su principi la cui interpretazione presuppone il richiamo ai valori di cui essi sono espressione); l'importanza decisiva, sempre ai fini della determinazione del diritto, riconosciuta alle procedure argomentative dell'interprete; la rilevanza attribuita all'interpretazione giurisdizionale e al ruolo delle Corti costituzionali e supreme nel far valere i vincoli costituzionali⁴⁰. L'incertezza determinata dalle notevoli potenzialità dell'«interpretazione per valori» e il ruolo preponderante riconosciuto agli organi giurisdizionali, a discapito di quelli rappresentativi, sono stati i profili delle concezioni

³⁶ Cfr. A.R. AMAR, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, in *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, 457 ss.; ID., *America's Constitution. A Biography*, Random House, New York 2006; ID., *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We live by*, Basic Books, New York 2012.

³⁷ Cfr. L.D. KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press 2004.

³⁸ Cfr. S. LEVINSON, *Constitutional Faith*, Princeton University Press, Princeton 1988, 9 ss.; J.M. BALKIN, *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2011, 1 ss.

³⁹ J.M. BALKIN, *Constitutional Redemption*, cit., 10. Come nota L. CORSO, *I due volti del diritto*, cit., 119, tale atteggiamento presenta somiglianze con l'originalismo di ANTONIN SCALIA, del quale si veda almeno *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 57, 849 ss. e *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton 1997. Cfr. anche *La mia concezione dei diritti. Intervista di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quad. cost.*, 3/2013, 669 ss.

⁴⁰ Cfr. G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Laterza, Roma-Bari 2005, 64 s. In tema si rinvia, soprattutto, allo studio di S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2001; nonché ID., *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di “Neocostituzionalismo e positivismo giuridico”*, in *Dir. quest. pubbl.*, 3/2003, 51 ss.; ID., *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Mat. st. cult.*, 2/2008, 405 ss.; e ancora ai contributi di M. PERINI, *Sul “neocostituzionalismo” di Susanna Pozzolo*, e di A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, entrambi in *Dir. quest. pubbl.*, 3/2003, rispettivamente 15 ss. e 37 ss.; e di T. MAZZARESE, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico. Note a margine*, in *Ragion pratica*, 2/2003, 557 ss. In tema v. ora N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 919 ss.

neocostituzionalistiche maggiormente criticati, soprattutto da quegli autori che si sono rifatti a teorie neopositivistiche del diritto⁴¹.

L'atteggiamento populista, tuttavia, muove da premesse diverse: presuppone, come si è visto, un'antropologia ottimistica e si lega strettamente ad una "visione protestante" dell'interpretazione giuridica.

I motivi populistici sopra tratteggiati potrebbero definire gli sviluppi di un costituzionalismo che intendesse farsi carico delle esigenze indotte dal fallimento (reale o presunto) del sistema istituzionale finora allestito per far fronte alle complesse esigenze di regolazione della società globalizzata. I rischi di una simile ipotesi di sviluppo, tuttavia, a parere di chi scrive non devono essere sottovalutati.

4. Sovranità e visibilità del potere: l'attualità di una «metafora assoluta» nel contesto globalizzato

La questione centrale che, dunque, si pone è se, dinanzi al declino dei paradigmi del costituzionalismo multilivello, l'unica risposta possibile alle degenerazioni di una globalizzazione incontrollata sia quella che può essere data dai principi di un nuovo costituzionalismo populista, che, riscontrata l'insufficienza del sistema delle garanzie costituzionali, si affidi alle riscoperte virtù del popolo e agli strumenti di esercizio diretto (o partecipativo) della sua sovranità.

Una prima osservazione critica che può essere avanzata nei confronti di tale prospettiva è che l'affidamento alle capacità taumaturgiche degli organi giurisdizionali non appare avere minore consistenza dell'"appello al cielo" nel quale finisce con il tradursi il richiamo alle virtù del popolo sovrano. Del resto, non è un caso se gli autori che hanno predicato una declinazione populista della teoria costituzionalistica abbiano poi espresso l'esigenza di alimentare una "religione civile" nella quale dovrebbe trovare espressione quella "fede costituzionale" idonea ad assicurare l'effettivo rispetto dei diritti degli individui e delle minoranze riconosciuti e garantiti dalla Costituzione.

Il rischio maggiore insito in tali ricostruzioni, soprattutto se trapiantate in contesti culturali privi degli "anticorpi" di cui sembra disporre il tessuto sociale americano, è quello d'incoraggiare il recupero dell'idea di una sovranità assoluta e illimitata, un paradigma che non ha più diritto di cittadinanza nella dimensione della democrazia costituzionale. Il popolo, infatti, com'è stato detto, in tale forma ordinamentale, pur collocandosi al centro della rete di snodi che regolano la trasmissione del potere, non acquista mai «il monopolio di quest'ultimo»⁴². Tale entità può esprimersi, infatti, sempre e soltanto nelle «forme» e nei «limiti» della Costituzione, per usare l'espressione impiegata dal secondo comma dell'art. 1 della nostra Carta.

L'insofferenza populistica verso ogni forma di mediazione tra popolo e *leader*, e, dunque, nei confronti delle formazioni sociali che storicamente hanno svolto un ruolo essenziale nella dinamica di funzionamento della democrazia rappresentativa, implica il recupero di concezioni "identitarie" della rappresentanza politica, necessarie a garantire il "collante" di un sistema che, altrimenti, non riuscirebbe a reggersi, senza idonee strutture intermedie tra comunità statale e apparato governante⁴³. Si tratta, com'è evidente, di una concezione lontana dagli scopi tradizionali del costituzionalismo moderno e, in particolare, da quello della limitazione del potere politico⁴⁴. Una limitazione che, nella prospettiva populista, appare più inutile che impossibile, posto che il potere democratico è di per sé

⁴¹ Sull'attualità del positivismo giuridico si veda, in particolare, il dibattito tra A. BALDASSARRE e R. GUASTINI: del primo, in particolare, i saggi *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Giappichelli, Torino 2005, 201 ss., e *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 2007, 3251 ss.; del secondo lo scritto dal titolo *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, 2007, 1373 ss. In argomento, cfr. anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 3/2006, 685 ss.

⁴² G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità*, cit., 1991 ss.

⁴³ Cfr., sul tema, G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Laterza, Roma-Bari 2005. In tema sia consentito rinviare ora al mio *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, cit.

⁴⁴ Cfr., per tutti, M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 136, il quale individua, oltre all'obiettivo proprio del costituzionalismo di contenere il potere, quello di utilizzare lo stesso per il miglioramento della società.

inteso come *buono* e, dunque, non bisognoso di limitazioni (che si tradurrebbero, oltretutto, in auto-limitazioni).

Le declinazioni populiste del principio di sovranità esercitano probabilmente un notevole fascino agli occhi di una porzione non irrilevante dell'opinione pubblica, suscitando in essa l'illusione di essere in grado di fronteggiare una globalizzazione ormai non più percepita come fonte di opportunità, ma di costi socialmente insostenibili.

La riscoperta del principio di autorità nella dimensione nazionale è un fenomeno che sta riguardando tutte le realtà europee. Si pensi soltanto al dibattito apertosi nel Regno Unito successivamente al referendum del 23 giugno 2016 sulla *Brexit* e alla sentenza della *High Court* sul caso *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* del 3 novembre 2016, emessa sullo sfondo delle diverse declinazioni del principio di sovranità (nazionale, parlamentare, popolare) e confermata successivamente dalla pronuncia della *Supreme Court* del 24 gennaio 2017. Proprio la questione del principio di sovranità rilevante ai fini dell'attivazione della procedura *ex art. 50* del Trattato sull'Unione costituiva, com'è stato detto, il «nucleo argomentativo» del dibattito relativo alle implicazioni della *Brexit*. Il problema era, com'è noto, quale fosse il «corpo politico» legittimato a dare avvio alla predetta procedura⁴⁵.

La diffusa riscoperta della sovranità, forma politica e giuridica che torna periodicamente a veicolare insopprimibili istanze di rinnovamento sociale, è l'espressione più evidente della crisi della globalizzazione come paradigma positivo. Una sovranità che, plasmandosi secondo la logica di un nuovo «costituzionalismo populista», potrebbe ispirare importanti trasformazioni costituzionali.

Giunti a questo punto dell'analisi, occorre chiedersi allora se il costituzionalismo populista sia solo una degenerazione teorica del costituzionalismo moderno, la reazione di rigetto alle esasperazioni dei processi di costituzionalizzazione del diritto sovranazionale e del diritto internazionale, o se ci sia qualche istanza degna di considerazione alla base delle concezioni che oggi tendono a rivalutare il principio di sovranità popolare e spingono verso il ridimensionamento delle istituzioni di garanzia.

Sembra doversi concludere che, se le soluzioni prospettate dai populistici non risultano convincenti, appaiono, invece, concreti i problemi dagli stessi posti in evidenza. Le gravi difficoltà delle istituzioni rappresentative, determinate oltre che dal fattore esogeno del processo di globalizzazione, da una serie di fattori endogeni (come l'endemica instabilità del sistema partitico, il transfughismo parlamentare, il dilagare della corruzione) rischiano di segnare un declino irreversibile del modello democratico costituzionale⁴⁶. Più in generale, alla base della questione sta il problema del radicamento dei principi costituzionali (o dei valori repubblicani di cui i primi sono espressione) nella coscienza dei consociati, tema, tuttavia, estremamente scivoloso, sul quale le posizioni, in dottrina, sono molto distanti⁴⁷.

D'altro canto, chi scrive ha pure condiviso, in altra sede, le diffuse critiche ad un sistema istituzionale che affida ormai, in troppe occasioni, agli organi giurisdizionali il riconoscimento *ex*

⁴⁵ A. TORRE, *In difesa del Parlamento. La High Court of Justice britannica entra in campo sul Brexit*, in [eticaeconomia](#), 14 novembre 2016. Cfr. anche F. ROSA, *Westminster First*, nel [FORUM DPCE OnLine-Brexit](#), del sito telematico dell'[Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo](#), 27 gennaio 2017; S. GIANELLO, *Il caso "Miller" davanti alla UK Supreme Court: i principi del costituzionalismo britannico alla prova della Brexit*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 1/2017, 1 ss.

⁴⁶ In tema si rinvia ai contributi pubblicati in A. MORELLI, *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Giuffrè, Milano 2015.

⁴⁷ Così, ad esempio, per A. BARBERA [*Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, *Annali VIII* (2015), 264], i principi costituzionali sarebbero oggi «assai più radicati nella coscienza degli italiani di quanto non lo fossero in quei primi decenni in cui la Carta costituzionale aveva iniziato il suo cammino». In senso difforme cfr. L. VENTURA, *L'irriducibile crisi della democrazia repubblicana*, in *Scritti in onore di Aldo Loiodice*, vol. III, Cacucci, Bari 2012, 569 ss.; ID., *Rigore costituzionale ed etica repubblicana. Distorsione dei principi costituzionali in tema di democrazia e forma di governo*, in L. VENTURA-A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano 2015, 1 ss. In tema, cfr. ora Q. CAMERLENGO, *Virtù costituzionali*, Mimesis, Milano-Udine 2017.

novo dei diritti, oltre che la loro protezione nei casi concreti⁴⁸. Un assetto che amplia notevolmente, rispetto al passato, le opportunità di garanzia dei diritti di libertà, ma senza riuscire a farlo in condizioni di eguaglianza e di pari trattamento, posto che, in assenza di una disciplina generale che assicuri a tutti il godimento delle situazioni giuridiche di volta in volta in gioco, soltanto chi è nelle condizioni (anche, e soprattutto, economiche) di poter attivare i necessari rimedi giurisdizionali può sperare di ottenere giustizia.

Sul piano speculativo, la progressiva “rimozione” o neutralizzazione, più o meno manifesta, della sovranità dal campo d’indagine della scienza costituzionalistica, oltre a privare quest’ultima di strumenti d’analisi necessari alla comprensione di fenomeni tutt’altro che virtuali, non giova alle esigenze epistemiche di una disciplina orientata primariamente allo studio dei limiti giuridici imposti (e imponibili) al potere politico⁴⁹.

La sovranità svolge, infatti, nel diritto costituzionale un ruolo ancora oggi insostituibile: *quello di dare forma, di rendere riconoscibile e, dunque, giuridicamente limitabile il potere*. Se è pensabile un sovrano senza Costituzione (nel peculiare significato attribuito a tale termine dal costituzionalismo moderno), appare invece inconcepibile una Costituzione senza sovrano. E l’illusione di attribuire a quest’ultima la potestà sovrana ha come unico effetto quello di occultare i soggetti della sovranità, dietro l’*auctoritas* di un testo che non può che vivere attraverso le letture e le applicazioni dei suoi interpreti.

La sovranità conserva, nel patrimonio concettuale del costituzionalismo, la funzione propria di quelle che Hans Blumenberg chiamava «metafore assolute»⁵⁰, “traslati” che non riescono ad essere ridotti in termini logici, ma che forniscono una rappresentazione complessiva della realtà (in questo caso, di quella ordinamentale), orientando l’agire dell’individuo.

La sovranità, dunque, *racconta* una realtà giuridica che non può essere trascurata. Il problema è, piuttosto, quello di capire se il potere politico *reale* sia ancora contenuto nella *forma* della sovranità popolare o se quest’ultima non costituisca oggi una sorta di guscio vuoto, in relazione al quale agiscono limiti istituzionali sempre più simili ad ingranaggi obsoleti che girano a vuoto. Si tratta, com’è evidente, di una questione che non mette in discussione l’esistenza degli organi di garanzia ma che, semmai, in una prospettiva di politica del diritto, suscita interrogativi sulle esigenze di aggiornamento dell’assetto istituzionale.

⁴⁸ Sia consentito a rinviare al mio *I diritti senza legge*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1452 ss. Rileva come in Italia non si sia mai sviluppato un dibattito ampiamente partecipato sul tema dei rapporti fra corti e legislatori S. BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, il Mulino, Bologna 2012, 186.

⁴⁹ Per una diversa ricostruzione, come si è detto, si rinvia a A SPADARO, *Dalla “sovranità” monistica all’“equilibrio” pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, cit., 1 ss. Sullo statuto epistemologico della scienza costituzionalistica sia consentito rinviare al mio *Come lavora un costituzionalista? Per un’epistemologia della scienza del diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 513 ss.

⁵⁰ H. BLUMENBERG, *Paradigmen zu einer Metaphorologie*, *Archiv für Begriffsgeschichte*, VI, Bonn, H. Bouvier und Co., 1960, trad. it. *Paradigmi per una metaforologia*, Bologna, Raffaello Cortina Editore, 2009, 4 ss.

Vittoria Berlingò*

L'effettività dell'integrazione lavorativa del disabile alla luce delle più recenti riforme della pubblica amministrazione

SOMMARIO: 1. *L'integrazione lavorativa del disabile dopo la sentenza della Corte di Giustizia.* – 2. *I più recenti interventi normativi di revisione e razionalizzazione della l. n. 68 del 1999.* – 3. *Il d. lgs. n. 75 del 2017 e gli 'accomodamenti ragionevoli'.* – 4. *L'integrazione lavorativa del disabile nel nuovo Codice dei contratti pubblici.* – 5. *L'osservanza degli obblighi in materia di lavoro dei disabili tra i requisiti di partecipazione alle pubbliche gare.* – 6. *Brevi considerazioni conclusive.*

1. *L'integrazione lavorativa del disabile secondo la Corte di Giustizia.*

La recente riforma sulla riorganizzazione della pubblica amministrazione offre lo spunto per tornare a riflettere in materia di inserimento lavorativo dei soggetti disabili, nella parte in cui si collega alla trama normativa delineata dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, recante *Norme per il diritto al lavoro dei disabili*, concorrendo, senz'altro, a rafforzarne la tenuta¹.

È noto, infatti, come il dettato legislativo appena riferito sia stato oggetto di censure da parte della Commissione europea, che ha ottenuto la condanna dello Stato italiano da parte della Corte di giustizia per la mancata attuazione della direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, sul *Quadro generale per la parità di trattamento dei disabili in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*², con specifico riferimento alle soluzioni 'ragionevoli' per i disabili, che, ai sensi dell'art. 5, si sostanziano in obblighi a carico del datore di lavoro di adottare «provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili»³.

Il parametro normativo offerto dalla disposizione riferita, letto alla luce dei considerando 20 e 21 ed in conformità all'articolo 2, quarto comma, della Convenzione dell'ONU, ampliava lo spettro delle garanzie riconducibili alla comprensiva situazione giuridica di diritto al lavoro del disabile, assegnando una autonoma rilevanza, accanto all'insieme di garanzie, agevolazioni ed iniziative a carico di autorità pubbliche, già previste dalla legge n. 68 del 1999, anche ad un trattamento

*Professore associato di Diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina.

¹ Cfr. D. GAROFALO, *Disabili e lavoro. Profilo soggettivo*, in *Dir. pra. lav.*, 1999, 37 ss.; A. TURSI, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, 745 ss.; M. BIAGI, *Disabili e diritto del lavoro*, in *Guida al lavoro*, 1999, 12 ss.; A. MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in M. CINELLI - P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, 2000, 27 ss.; C. LA MACCHIA, *Il collocamento (quasi) obbligatorio delle persone disabili*, in (a cura di) M. CINELLI - G. FERRARO - O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 706 ss.; S. GIUBBONI, *Il licenziamento del prestatore disabile dopo la l. n. 68/99*, in *Rass. giur. Umbra*, 2000, 291 ss.

² Con riguardo a Corte di giustizia, quarta sezione, 4 luglio 2013, C-312/2011, si vedano, *ex multis*, M. CINELLI, *Insufficiente per la Corte di Giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 935 ss.; G. MILIZIA, *L'UE condanna l'Italia per la disparità di trattamento dei disabili sul lavoro*, in *Dir.&Gius.*, 2013, 1001 ss.; C. DANISI, *Disabilità, lavoro e 'soluzioni ragionevoli': l'inadempimento dell'Italia alla Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, 2014, 1005 ss.; M. MARASCA, *La Corte di giustizia boccia l'Italia: verso i disabili un «irragionevole» trattamento sul luogo di lavoro*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2013, 629 ss.

³ Per un recente bilancio delle politiche europee in materia, cfr. Commissione europea, "Progress Report on the Implementation of the European Disability Strategy (2010 – 2020)", 2 febbraio 2017.

‘personalizzato’ del disabile, per il tramite di ‘provvedimenti efficaci e pratici’, frutto di ‘ragionevoli’ scelte compiute dal datore di lavoro, al fine di favorirne l’effettiva integrazione lavorativa.

Nel nuovo solco tracciato dal pronunciamento della Corte di giustizia, Sezione IV, 4 luglio 2013, C-312/2011, si inserisce, da ultimo, il d. lgs. 25 maggio 2017, n. 75, introducendo istituti che - volti ad assicurare una traduzione in pratica più corretta e completa dell’articolo 5 della direttiva 2000 del 1978 - consentono di arricchire l’insieme degli strumenti riconducibili al *genus* di misure preordinate al pieno inserimento del disabile nel mondo del lavoro, con misure *ulteriori* rispetto a quelle fin qui previste dall’ordinamento italiano, idonee a garantire il solo accesso, come nel caso della l. n. 68 del 1999 o limitate ad assegnare a soggetti esterni al rapporto lavorativo agevolazioni per azioni di supporto, come quelle di competenza delle Regioni ai sensi della l. n. 104 del 1992.

2. I più recenti interventi normativi di revisione e razionalizzazione della l. n. 68 del 1999.

I più recenti interventi normativi in materia di inserimenti dei lavoratori disabili vanno, ormai, tutti interpretati e applicati alla luce del vincolo sugli ‘accomodamenti ragionevoli’ desunto dalla direttiva 2000/78/CE, secondo il pronunciamento della Corte di Giustizia.

Tale assunto va ribadito per rimarcare la prioritaria rilevanza da accordare in tal senso – e non già per la sua portata meramente semplificatrice o razionalizzatrice – al d. lgs. 14 settembre 2015, n. 151, che pure, in attuazione della l. 10 settembre 2014, n. 183⁴, è già intervenuto in argomento, apprestando una revisione degli adempimenti previsti dalla l. n. 68 del 1999.

A ben guardare fin dal decreto n. 151 del 2015 prende avvio una nuova fase, che - senza rinnegare il superamento operato dalla l. n. 68 del 1999 del modello assistenziale proprio della legge 2 aprile 1968 n. 482, recante *Disciplina generale delle assunzioni obbligatorie presso le pubbliche amministrazioni e le aziende private*, impermeabile alle istanze organizzative e produttive delle imprese – mira a favorire una reale ed effettiva inclusione lavorativa⁵.

In forza delle modifiche apportate dal d. lgs. n. 151 del 2015 al regime di assunzione, di cui all’art. 7 della l. n. 68 del 1999, la regola diventa quella della richiesta nominativa di avviamento agli uffici competenti e quella del collocamento ‘concordato’ mediante la stipula delle convenzioni tra gli stessi uffici e il datore di lavoro, pubblico o privato, di cui all’art. 11 della l. n. 68, riconducibili al più generale modello di ‘collocamento mirato’, definito dall’art. 2 della stessa legge come «insieme di strumenti tecnici e di supporto che permettano di valutare adeguatamente le persone con disabilità nelle loro capacità lavorative e di inserirle nel posto adatto, attraverso analisi di posti di lavoro, forme di sostegno, azioni positive e soluzioni dei problemi connessi con gli ambienti, gli strumenti e le relazioni interpersonali sui luoghi quotidiani di lavoro e di relazione».

⁴ Più in generale, sulla portata della finalità «di garantire la fruizione dei servizi essenziali in materia di politica attiva del lavoro su tutto il territorio nazionale, nonché di assicurare l’esercizio unitario delle relative funzioni amministrative», di cui all’art. 1, comma 3, della legge delega n. 183 del 10 dicembre 2014, quale obiettivo del legislatore diretto al “riordino” della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive, cfr. A. RICCARDI, *La riforma dei servizi per il lavoro e il collocamento della gente di mare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 645 ss., che sottolinea la rilevanza dei caratteri dell’accentramento e della verticalizzazione per descrivere l’ ‘architettura istituzionale’ del sistema nella Rete Nazionale dei servizi per le politiche del lavoro, come ridisegnata dal d.lgs. n. 150 del 2015. Essa prevede il coinvolgimento di soggetti pubblici e privati (la neo costituita Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro, le strutture regionali per le politiche attive del lavoro disciplinate dal decreto, l’Inps, l’Inail, le agenzie per il lavoro e i soggetti autorizzati all’attività di intermediazione, i fondi interprofessionali per la formazione continua, i fondi bilaterali, l’Isfol, Italia Lavoro, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione), nell’ambito della quale al Ministro del lavoro e delle politiche sociali è demandato un ruolo essenziale, attraverso la preliminare determinazione degli indirizzi generali in materia di politiche attive del lavoro, di cui all’art. 2, nonché l’indirizzo e la vigilanza sull’Anpal, disciplinati dall’art. 3.

⁵ A commento della normativa, di cui al testo, si v. D. GAROFALO, *Jobs act e disabili*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2016, 89 ss.

Tale scelta, peraltro, sembra porsi in linea anche con gli indirizzi maggioritari assunti dalla giurisprudenza nazionale, secondo cui, pur quando risulti impossibile il collocamento dei lavoratori selezionati e avviati a colloquio, per carenza delle qualifiche e delle capacità tecnico-professionali necessarie, «lo strumentario a disposizione dell'impresa [consente], se attivato in modo corretto, di adempiere effettivamente all'obbligo di avviamento attraverso i rimedi alternativi previsti dalla legge, *in primis*, le convenzioni, con ciò ravvisandosi la necessità di una condotta attiva e cooperativa nei confronti del soggetto pubblico [uffici competenti] da parte del datore di lavoro il quale, secondo il principio enunciato, non potrebbe limitarsi a dare impulso formale alla procedura attraverso la mera richiesta numerica o, in termini di equipollenza, mediante l'invio del prospetto informativo. Tale condotta, apparentemente 'neutra', risulterebbe contraria al disposto normativo e alla *ratio* complessiva della legge, celando in realtà un intento elusivo»⁶.

L'operatività dell'obbligo per il datore di lavoro, pubblico e privato, che occupi almeno 15 dipendenti, di inoltrare la richiesta di assunzione o l'equiparato invio telematico del prospetto informativo previsto dall'art. 9, comma 6, l. n. 68 del 1999, indicante «il numero complessivo dei lavoratori dipendenti, il numero e i nominativi dei lavoratori computabili nella quota di riserva, i posti di lavoro e le mansioni disponibili», viene assicurata dal d. lgs. n. 151 del 2015 abrogando la condizione, per l'insorgere dell'obbligo, del ricorrere di nuove assunzioni.

Se tuttavia a partire dal 1° gennaio 2018 tutti i datori di lavoro sono tenuti a conferire le richieste o il prospetto, in forza della decorrenza dell'abrogazione ora richiamata, e quindi indipendentemente dall'incremento di assunzioni, è anche vero che, ad oggi, risulta mancare un tassello fondamentale, pure previsto dal citato d. lgs. n. 151, per il conseguimento di un sistema non meramente «burocratico» dell'avviamento obbligatorio teso a garantire sul piano dell'effettività le istanze di tutela dei lavoratori disabili.

Infatti, non sono state adottate da parte del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, previa intesa in sede di Conferenza unificata le Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità⁷. Ai sensi dell'art. 1 del d. lgs. n. 151 del 2015, le stesse devono assolvere al compito, in particolare, di promuovere una rete integrata con i servizi sociali, sanitari, educativi e formativi del territorio, nonché con l'INAIL, in relazione alle competenze in materia di reinserimento e di integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro, per l'accompagnamento e il supporto della persona con disabilità presa in carico al fine di favorirne l'inserimento lavorativo; nonché accordi territoriali con le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, le cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, le associazioni delle persone con disabilità e i loro familiari, e le altre organizzazioni del terzo settore rilevanti, al fine di favorire l'inserimento lavorativo delle persone con disabilità. Sempre in forza del medesimo disposto, le Linee guida devono individuare, nelle more della revisione delle procedure di accertamento della disabilità, modalità di valutazione bio-psico-sociale della disabilità, criteri di predisposizione dei progetti di inserimento lavorativo che tengano conto delle barriere e dei facilitatori ambientali rilevati, nonché definire indirizzi per gli uffici competenti funzionali alla valutazione e progettazione dell'inserimento lavorativo in ottica bio-psico-sociale, analizzare le caratteristiche dei posti di lavoro da assegnare alle persone con disabilità, anche con riferimento agli accomodamenti ragionevoli che il datore di lavoro è tenuto ad adottare, e, infine, di promuovere l'istituzione di un responsabile dell'inserimento lavorativo nei luoghi di lavoro, con compiti di predisposizione di progetti personalizzati per le persone con disabilità e di risoluzione dei problemi legati alle condizioni di lavoro dei lavoratori con disabilità, in raccordo con l'INAIL per le persone con

⁶ Per la giurisprudenza richiamata, cfr. G. DI MARTINO, *Sulla necessaria «partecipazione attiva» del datore di lavoro all'avviamento obbligatorio dei disabili ai sensi della l. n. 68/1999: insufficienza della mera richiesta numerica e ricorso a strumenti alternativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 411 ss.

⁷ Per un giudizio sulla scelta di 'delegificazione', operata dal d. lgs. n. 151 del 2015, in termini di 'subappalto regolativo', cfr. D. GAROFALO, *Jobs act e disabili*, cit.

disabilità da lavoro; insieme con l'individuazione di buone pratiche di inclusione lavorativa delle persone con disabilità.

Ciò non di meno, per alcuni dei criteri direttivi da osservare nell'adozione delle Linee guida, possono, *medio tempore*, supplire parzialmente – come si è in precedenza accennato - le disposizioni introdotte dal d. lgs. n. 75 del 2017, in attuazione delle deleghe fissate nell'art. 17, lett. n) e z), della l. n. 124 del 2015, sia pure con un effetto limitato ai rapporti di pubblico impiego, come anche alcune previsioni contenute nel nuovo Codice dei pubblici appalti per i suoi riflessi sull'osservanza della disciplina concernente gli obblighi di comunicazione.

3. L'integrazione lavorativa del disabile nella riforma sulla riorganizzazione della pubblica amministrazione.

Nell'ambito della disciplina sulle procedure per le assunzioni presso le pubbliche amministrazioni, l'art. 35 del d. lgs. n. 165 del 2001, al comma 2 prevede che l'assunzione di persone con disabilità da parte delle amministrazioni pubbliche, aziende ed enti pubblici, avviene per chiamata numerica degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della normativa vigente, previa verifica della compatibilità dell'invalidità con le mansioni da svolgere.

Il modello del 'collocamento mirato' si inverte in conformità a quanto previsto dal successivo articolo 39, secondo il quale le amministrazioni pubbliche promuovono o propongono programmi di assunzioni per portatori di handicap mediante sottoscrizione della convenzione, di cui all'art. 11 della l. n. 68 del 1999.

Alle previsioni, ora richiamate, il d. lgs. n. 75 del 2017 ne ha affiancato di nuove. Infatti, l'art. 10, comma 1 ha introdotto nel d. lgs. n. 165 del 2001 l'art. 39-*bis*, istituendo presso il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri la Consulta nazionale per l'integrazione in ambiente di lavoro delle persone con disabilità⁸. Alla Consulta vengono assegnati diversi compiti, fra i quali: elaborare piani, programmi e linee di indirizzo per ottemperare agli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68; effettuare il monitoraggio sul rispetto degli obblighi di comunicazione di cui all'articolo 39-*quater*; proporre alle amministrazioni pubbliche iniziative e misure innovative finalizzate al miglioramento dei livelli di occupazione e alla valorizzazione delle capacità e delle competenze dei lavoratori disabili nelle pubbliche amministrazioni; prevedere interventi straordinari per l'adozione degli accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro previsti dall'articolo 3, comma 3-*bis*, del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216; verificare lo stato di attuazione e la corretta applicazione delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della disabilità da parte delle amministrazioni, con particolare riferimento alle forme di agevolazione previste dalla legge e alla complessiva disciplina delle quote di riserva.

In particolare, anche al fine di consentire il monitoraggio sul rispetto degli obblighi di comunicazione, il nuovo art. 39-*quater* dispone che le amministrazioni pubbliche, tenute a dare attuazione alle disposizioni in materia di collocamento obbligatorio, «inviano il prospetto informativo di cui all'articolo 9, comma 6, della legge n. 68 del 1999, al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e al Centro per l'impiego territorialmente competente». Prevede, inoltre: «Entro i successivi sessanta giorni le amministrazioni pubbliche di cui al comma 1 trasmettono, in via telematica, al servizio inserimento lavorativo disabili territorialmente competente, al Dipartimento

⁸ Il comma 2, dell'art. 39-*bis* del d. lgs. n. 165 del 2001 dispone: «La Consulta è composta da un rappresentante del Dipartimento della funzione pubblica, un rappresentante del Dipartimento per le pari opportunità, un rappresentante del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, un rappresentante del Ministero della salute, un rappresentante dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), un rappresentante dell'Agenzia nazionale politiche attive del lavoro (ANPAL), due rappresentanti designati dalla Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, due rappresentanti delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale e due rappresentanti delle associazioni del mondo della disabilità indicati dall'osservatorio nazionale di cui all'articolo 3 della legge 3 marzo 2009, n. 18».

della funzione pubblica e al Ministero del lavoro e delle politiche sociali una comunicazione contenente tempi e modalità di copertura della quota di riserva. In tale comunicazione sono indicati anche eventuali bandi di concorso per specifici profili professionali per i quali non è previsto il solo requisito della scuola dell'obbligo, riservati ai soggetti di cui all'articolo 8 della legge 12 marzo 1999, n. 68, o, in alternativa, le convenzioni di cui all'articolo 11 della citata legge». Tali informazioni sono altresì trasmesse alla già menzionata Consulta nazionale per l'integrazione in ambiente di lavoro delle persone con disabilità, nonché raccolte nell'ambito della Banca dati delle politiche attive e passive in materia di occupazione.

A garanzia dell'adozione di 'accomodamenti ragionevoli' preordinati ad un'efficace integrazione lavorativa dei disabili, il d. lgs. n. 75 del 2017 ha, poi, introdotto la figura del responsabile dei processi di inserimento delle persone con disabilità, sia pure nei limiti fissati dal nuovo art. 39-ter del d. lgs. n. 165 del 2001. Per le amministrazioni con più di 200 dipendenti, l'istituendo responsabile sarà tenuto a curare i rapporti con il centro per l'impiego territorialmente competente per l'inserimento lavorativo dei disabili, nonché con i servizi territoriali per l'inserimento mirato; predisporre, sentito il medico competente della propria amministrazione ed eventualmente il comitato tecnico di cui alla legge n. 68 del 1999, gli accorgimenti organizzativi; proporre, ove necessario, le soluzioni tecnologiche per facilitare l'integrazione al lavoro anche ai fini dei necessari accomodamenti ragionevoli⁹; nonché verificare l'attuazione del processo di inserimento, recependo e segnalando ai servizi competenti eventuali situazioni di disagio e di difficoltà di integrazione.

4. *L'integrazione lavorativa del disabile nel nuovo Codice dei contratti pubblici.*

L'inserimento della violazione delle norme a tutela del lavoro dei disabili tra i motivi di esclusione dalla procedura di gara, di cui all'art. 80, comma 5, lett. i) del Codice sui pubblici appalti del 2016, può iscriversi all'interno di un approccio normativo diretto a favorire appalti pubblici c.d. «socialmente responsabili», quale aspetto di un più ampio «modello sociale unico», in linea ora con la strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva».

L'apporto offerto da taluni documenti, soprattutto di *soft law*, dell'Unione europea consente, infatti, di individuare una politica di promozione dei c.d. 'aspetti sociali', nel cui contesto gli Stati membri sono sollecitati ad introdurre, nelle procedure di gara, previsioni che attribuiscono rilevanza alle c.d. clausole sociali e nella cui cornice si colloca a pieno titolo la normativa in commento del Codice italiano degli appalti pubblici, ed in particolare la clausola di esclusione per violazione del diritto al lavoro dei disabili¹⁰.

Al riguardo, la pubblicazione della Commissione europea, dal titolo «*Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*», impiega, infatti, l'espressione "*Buying social*" per indicare la possibilità offerta alle amministrazioni pubbliche di addivenire ad «operazioni di appalto che tengano conto di uno o più dei seguenti aspetti sociali: opportunità di occupazione, lavoro dignitoso, conformità con i diritti sociali e lavorativi, inclusione sociale

⁹ Sulle implicazioni del telelavoro ai fini di una effettiva integrazione del lavoratore disabile nell'ambiente del lavoro, cfr. V. PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il Jobs Act?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 41 ss., che richiama le previsioni contenute nell'art. 14, comma 1, della l. n. 124 del 2015, sulla promozione della conciliazione vita-lavoro nelle pubbliche amministrazioni, dove è utilizzata la formula più comprensiva, sussumibile nel c.d. *smart working* o "lavoro agile", di «sperimentazione [...] di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa», garantendo, nel contempo, che «i dipendenti che se ne avvalgono non subiscano penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera».

¹⁰ Cfr. sul tema, si veda già V. BERLINGÒ, *Partecipazione a pubbliche gare ed appalti riservati*, in F. SAITTA (a cura di), *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Padova, Cedam, 2016, cap. XXIV dell'*e-book*; ID., *Buying Social in the new Public Procurement Law. The European and Italian systems*, in *Prawo zamówień publicznych*, 2015-3, 12 ss.; nonché P. MICHARA, *Contrattazione e servizi "relazionali" ai sensi delle Direttive Comunitarie 2014/23/UE e 2014/24/UE. Spunti per un inquadramento*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2016, 461 ss.

(inclusione delle persone con disabilità), pari opportunità, accessibilità, progettazione per tutti, considerazione dei criteri di sostenibilità, tra cui gli aspetti legati al commercio etico e una più ampia conformità di natura volontaristica con la responsabilità sociale di impresa (RSI), nel rispetto dei principi sanciti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dalle direttive sugli appalti».

La generica locuzione “aspetti sociali”, riferita alla materia degli appalti pubblici in primo luogo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e successivamente sviluppata, con alcune comunicazioni della Commissione europea del 2001, poi con le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, e, da ultimo, con le direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE, ha nel tempo acquisito un sempre maggiore rilievo giuridico, tanto da consentire alle amministrazioni di contribuire indirettamente alla promozione dello sviluppo, concorrendo al perseguimento dei più generali obiettivi di coesione – tra cui un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, nonché della qualità e del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro – annoverati, peraltro, tra i pilastri del processo di integrazione europea, con la Carta dei diritti fondamentali, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Nella comunicazione interpretativa COM (2001)566 del 15 ottobre 2001, la Commissione europea ha indicato le possibilità offerte dal diritto comunitario di considerare gli aspetti sociali nelle procedure degli appalti pubblici, al fine di «garantire, in particolare, un'interazione positiva e dinamica delle politiche economiche, sociali e dell'impiego, che si rinforzano vicendevolmente».

Sia prima che dopo la pubblicazione della comunicazione, la Corte di Giustizia aveva ulteriormente evidenziato queste possibilità in una serie di importanti pronunce (fra le più citate, si ricordano le sentenze 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus*, e 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *Wienstrom*).

Le successive direttive sugli appalti adottate in data 31 marzo 2004 hanno consolidato il quadro giuridico di riferimento. Esse individuano le modalità di integrazione degli aspetti sociali nelle specifiche tecniche, nei criteri di selezione, nei criteri di aggiudicazione e nelle clausole di esecuzione dell'appalto. Va, in particolare, considerata la previsione di appalti riservati a laboratori per i lavoratori con disabilità, in quanto strettamente connessa alla finalità di promozione delle politiche sociali sottesa alla clausola di esclusione per violazione del diritto al lavoro dei disabili.

Si può rilevare, al riguardo, che l'art. 19, direttiva 2004/18/CE, recepito dall'art. 52 del previgente Codice degli appalti, è stato sostanzialmente confermato dall'art. 20, direttiva 2014/24/UE, trasfuso, a sua volta, nell'art. 112 del d. lgs. n. 50 del 2016¹¹.

Come emerge dalla sottolineatura operata in ordine al lavoro dei disabili, la stazione appaltante di commesse pubbliche finisce con l'influire sulle stesse politiche produttive delle imprese, orientandole ad investire in ‘aspetti sociali’ della propria attività e segnando il definitivo distacco da

¹¹ Secondo la formulazione dell'istituto offerta dal nuovo Codice dei contratti pubblici, «Fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati. Ai sensi del presente articolo si considerano soggetti con disabilità quelli di cui all'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68, le persone svantaggiate, quelle previste dall'articolo 4 della legge 8 novembre 1991, n. 381, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni. Il bando di gara o l'avviso di preinformazione danno espressamente atto che si tratta di appalto o concessione riservata». Al tal riguardo, cfr. S. VARVA, *Promozione dei soggetti svantaggiati negli appalti pubblici. La regolazione locale e la direttiva 2014/24/UE*, in *Lav. e dir.*, 2016; più in generale P. CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della “dignità umana”*, in *Foro Amm.*, TAR, 2010, 1875 ss.

un criterio in passato ritenuto essenziale, ossia l'interesse economico quale obiettivo primario ed assoluto in materia di appalti¹².

La più recente evoluzione del diritto europeo trascende, quindi, l'originaria prospettiva, squisitamente mercantile dell'Unione, per accedere ad un approccio più equilibrato, valorizzando esigenze che concorrono a garantire, in pari misura, uno sviluppo economico e sociale sostenibile.

5. L'osservanza degli obblighi in materia di lavoro dei disabili tra i requisiti di partecipazione alle pubbliche gare.

La lettera i) dell'art. 80 del nuovo Codice del 2016, con una formulazione analoga a quella già presente nel corrispondente art. 38, comma 1, lett. l) del Codice del 2006, commina l'esclusione dalla procedura di gara per l'operatore economico che «non presenti la certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 ovvero autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito»¹³.

Le previsioni codicistiche recepiscono, quindi, in seno ad un contesto normativo di portata generale, quale quello dei contratti pubblici, l'inclusione, tra i requisiti di partecipazione alle procedure di gara, della dichiarata osservanza della disciplina in materia di lavoro dei disabili, sancita dal richiamato art. 17, l. n. 68 del 1999¹⁴.

In particolare, ai sensi di tale ultimo disposto, le imprese che intendono partecipare a procedure per l'affidamento di appalti pubblici hanno l'obbligo di presentare preventivamente, a pena di esclusione, una dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme disciplinatrici del diritto al lavoro dei disabili, nonché apposita certificazione, rilasciata dagli uffici competenti, circa l'ottemperanza alle norme di tale legge. L'adempimento in questione, peraltro, fa perno, sotto il profilo formale, su una particolare procedura di controllo, disciplinata dal precedente art. 9, comma 6, della stessa legge n. 68 del 1999, secondo il quale «i datori di lavoro pubblici e privati, soggetti alle disposizioni della presente legge, sono tenuti ad inviare in via telematica agli uffici competenti un prospetto informativo dal quale risultino il numero complessivo dei lavoratori dipendenti, il numero e i nominativi dei lavoratori computabili nella quota di riserva di cui all'articolo 3, nonché i posti di lavoro e le mansioni disponibili per i lavoratori di cui all'articolo 1».

Invero, dopo l'entrata in vigore dell'art. 77-bis, d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, in materia di documentazione amministrativa, deve ritenersi sufficiente la semplice dichiarazione, in luogo della certificazione prevista dal citato art. 17. Va, infine, tenuto presente che il d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133), ha disposto la modifica dell'art. 17, comma 1, l. n. 68 del 1999, che, nella sua attuale formulazione, recita: «Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la [sola]

¹² In argomento M. MATTALIA, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, 465 ss.; L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urb. e app.*, 2016, 1001 ss.; P. MICHARA, *La attività altruistiche ad alta intensità di manodopera e i "regimi particolari" nel d.lgs. 50/2016*, in C. MARZUOLI - S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017, 221 ss.

¹³ Per un commento alla disciplina, si rinvia a V. BERLINGÒ, *Requisiti: Violazione delle norme a tutela dei disabili*, in *L'Amministrativista*, Bussola del 10 dicembre 2017.

¹⁴ Con riguardo all'entrata in vigore del nuovo codice ed alla disciplina di diritto transitorio, si segnala che, ai sensi dell'art. 216, comma 1, del nuovo Codice del 2016, è previsto come lo stesso si applichi «alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte». A differenza di altri istituti, l'inserimento, da parte dell'art. 80, comma 5, lett. i) del d. lgs. n. 50/2016, della violazione della normativa sul diritto al lavoro dei disabili tra i motivi di esclusione dalla partecipazione alla gara, non pone un problema di diritto transitorio stante la sostanziale coincidenza di formulazione tra la disposizione ora richiamata e la corrispondente norma del vecchio Codice del 2006, di cui all'art. 38, comma 1, lett. l.

dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione».

In ogni caso, la violazione delle norme a tutela dei disabili, in forza della previsione dell'art. 38, comma 1, lett. l), del Codice del 2006, e ora dell'art. 80, comma 5, lett. i) del Codice del 2016, si annovera tra le c.d. cause soggettive di esclusione dalla gara, per mancanza di un requisito legale di partecipazione.

L'obiettivo della piena socializzazione dei disabili – perseguito dalla legge n. 68 del 1999 sul versante dell'inserimento e dell'integrazione lavorativa – viene in rilievo come un valore in sé, direttamente riconducibile a più di un parametro costituzionale (segnatamente, agli artt. 2, 3, 4, 32, 35 e 38 della Carta) ed assume, pertanto, una pregnanza normativa, che travalica i più ristretti confini dell'interesse alla regolarità ed alla convenienza economica delle contrattazioni della pubblica amministrazione, sicché la sua inosservanza non può ritenersi sanabile alla stregua di una mera irregolarità formale¹⁵.

Ne consegue l'inclusione del rispetto delle norme a tutela dei disabili tra i requisiti soggettivi di ordine generale, detti anche di 'ordine pubblico' o di moralità, direttamente attinenti alle condizioni soggettive del concorrente, nonché ai criteri di selezione, che – a differenza dei criteri di scelta rilevanti nella fase di individuazione dell'offerta migliore – attengono all'astratta idoneità dei concorrenti ad eseguire la prestazione contrattuale, anche sotto il profilo dell'etica.

La chiara matrice di ordine pubblico, già rinvenibile nella previsione di cui all'art. 38 del codice del 2006, fa sì che la sua applicazione non venga fatta dipendere dall'inserimento o meno dell'obbligo ivi previsto fra le specifiche clausole delle singole gare, con la conseguenza che il bando, privo di riferimento agli obblighi derivanti dalla norma legislativa anzidetta, deve intendersi dalla stessa comunque integrato¹⁶.

Il precetto in esame rientra tra quelle disposizioni di legge dalle quali si può ricavare una regola certa e applicabile ad ogni categoria di procedure concorsuali, sicché deve essere ritenuta auto-esecutivo e di immediata applicazione anche ai procedimenti i cui bandi non l'abbiano richiamata e indipendentemente da ogni pedissequa formula ripetitiva contenuta nella *lex specialis*¹⁷.

Se è vero che le preminenti esigenze della certezza del diritto e della tutela della *par condicio* dei concorrenti impediscono all'amministrazione di disattendere arbitrariamente i precetti fissati nella normativa di gara dalla stessa formulata, è altrettanto incontestabile che il rispetto della *lex specialis* non può mai condurre l'amministrazione a ritenersi esonerata dalla puntuale osservanza degli obblighi derivanti da altri, superiori, dettati positivi. Tale conclusione si impone non solo in virtù del fondamentale canone di legalità, immanente in ogni attività amministrativa, ma, altresì, per l'ovvia considerazione che un argomento del genere, qualora portato alle sue estreme conseguenze, si tradurrebbe in un'inammissibile elusione della portata vincolante di precisi disposti legislativi, mediante la predisposizione di bandi di gara artatamente lacunosi¹⁸.

Non può trascurarsi, infatti, che la normativa di gara è posta da un atto amministrativo al quale vengono sovente estesi i principi dell'«eterointegrazione precettiva». In altre parole, se l'amministrazione fissa una regola contraria alla legge, per chi ha interesse ad invalidarla si apre la via dell'impugnativa del bando di gara, nei modi e nei tempi stabiliti dalla legge processuale

¹⁵ Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555.

¹⁶ Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2007, n. 256.

¹⁷ Cons. Giust. Amm., 29 luglio 2005, n. 487.

¹⁸ Cfr. Cons. St., Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 5023: «La dichiarazione di cui all'art. 17, l. n. 68 del 1999, e s.m.i., costituisce un requisito di partecipazione fondamentale, la cui omissione è causa di esclusione per la forza cogente derivante dalla legge, anche ove non richiamata dalla singola *lex specialis*». *Contra* Cons. St., Sez. V, 24 novembre 2011, n. 6240; Cons. St., Sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5497, per le quali: «Non vi è ragione di escludere da una gara la ditta che, nel rispetto delle disposizioni dettate dalla *lex specialis* di gara, abbia presentato una dichiarazione, generale ed onnicomprensiva, attestante l'inesistenza di tutte le cause di esclusione previste dall'art. 38, ed abbia così anche dichiarato di essere in regola con le norme sul lavoro dei disabili. Beninteso, la dichiarazione così resa rimane soggetta alle verifiche del caso, per cui, ove emerga la sussistenza, in concreto, della citata causa di esclusione, segue l'effetto espulsivo.»

siccome interpretata dalla giurisprudenza, a seconda della natura, immediatamente lesiva o meno, della clausola censurata; nel diverso caso in cui la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara un contenuto previsto come obbligatorio dall'ordinamento giuridico, invece, non sussiste alcun onere di tempestiva impugnazione, soccorrendo al riguardo il suddetto meccanismo di integrazione automatica: in tal guisa, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., si colmano in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione¹⁹.

Il bando, dunque, non può affatto considerarsi l'unica fonte della disciplina degli specifici requisiti di partecipazione, non potendo esso prescindere dalle altre fonti normative esterne ad esso.

Con specifico riferimento all'adempimento dell'onere di produzione documentale imposto dall'art. 17, l. n. 68 del 1999, si può segnalare come dello stesso sia stata proposta una qualificazione nei termini di requisito di partecipazione alla gara, e non come condizione dell'aggiudicazione, richiedendosi, conseguentemente, che la produzione della relativa documentazione avvenga al momento della presentazione della domanda, e non all'esito della gara e prima dell'aggiudicazione definitiva.

Tale qualifica poggia su due fondamentali ordini di argomentazione.

Sul versante teleologico, le finalità della disposizione in esame – ossia quella di garantire all'amministrazione la conclusione del contratto con un'impresa che osservi la normativa sul diritto al lavoro dei disabili, ma anche quella di assicurare e di perseguire il più ampio rispetto di quest'ultima – risultano conseguite con maggiore efficacia ove la disposizione venga letta nel senso che il rispetto della normativa a tutela dei disabili deve essere attestato al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Secondo quanto statuito dai Giudici di Palazzo Spada, la finalità ultima dell'art. 17 è quella di incentivare le assunzioni obbligatorie, vincolando i concorrenti alle procedure ad evidenza pubblica a mettersi in regola rispetto alle norme in materia di disabili, nonché quella di «combattere, favorendo un progressivo mutamento dell'atteggiamento culturale della società civile e della comunità economica nei confronti delle persone minorate, la perniciosa sottovalutazione dell'importanza di talune norme di garanzia»²⁰. L'opzione ermeneutica che richiede l'osservanza della normativa a tutela dei disabili solo al momento della conclusione del contratto con l'impresa vincitrice della gara garantisce con minore efficacia la tutela dei disabili, posto che, in quest'ultimo caso, il carattere eventuale e futuro della sanzione dell'esclusione potrebbe indurre le imprese partecipanti a rinviare ad un tempo successivo la regolarizzazione, sotto il profilo considerato, della propria organizzazione.

Secondo una argomentazione letterale, il testo della disposizione, laddove prescrive alle imprese che «partecipino a bandi» di «presentare preventivamente» la documentazione ivi descritta, individua chiaramente nella presentazione della domanda di partecipazione la fase procedimentale nella quale va adempiuta quella prescrizione, escludendo, al contempo, la riferibilità dell'avverbio «preventivamente» all'aggiudicazione definitiva della gara.

Gli argomenti da ultimo illustrati consentono di fare chiarezza anche sull'esatta individuazione del termine di presentazione della produzione documentale richiesta dall'art. 17²¹.

Il loro richiamo permette di ritenere ormai superato l'orientamento²², secondo cui la norma andrebbe intesa nel senso che l'ottemperanza agli obblighi di assunzione deve essere attestata unicamente dall'impresa vincitrice della gara, pena l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto condizione per addivenire all'aggiudicazione definitiva ovvero alla stipulazione del contratto, senza precludere la partecipazione alla gara.

¹⁹ Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555.

²⁰ Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555, già prima richiamata.

²¹ Cons. St., Sez. VI, 21 luglio 2003, n. 4204, secondo cui «Gli oneri di attestazione prescritti dall'art. 17 devono essere adempiuti da tutti i concorrenti alle pubbliche gare già in sede di partecipazione, ossia allegando la prescritta attestazione in sede di trasmissione dell'offerta»; mentre TAR. Lombardia, Brescia, 6 maggio 2003, n. 493 statuisce che: «Anche dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, purché anteriormente all'aggiudicazione (provvisoria)».

²² TAR, Abruzzo, Pescara, 6 aprile 2001, n. 348

Con specifico riguardo, poi, al novero dei principi generali applicabili alle procedure ad evidenza pubblica, rientra, tra gli altri, il principio della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione.

In proposito, è opportuno ricordare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare il principio di diritto secondo cui «nelle gare d'appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità»²³.

Tale indirizzo è stato ampiamente condiviso dalla giurisprudenza prevalente²⁴. In particolare, in una recente pronuncia, il T.A.R. del Lazio ne ha fatto applicazione, giustificando l'esclusione dalla gara di un operatore economico per temporanea inottemperanza agli obblighi relativi all'assunzione dei soggetti disabili, circostanza, quest'ultima, sopravvenuta rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte²⁵.

Ed invero, in una recente pronuncia il Consiglio di Stato ha chiarito che il principio di continuità nel possesso dei requisiti di ammissione si impone «non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e speciale per contrattare con la P.A.»²⁶.

Con riguardo all'individuazione dei soggetti tenuti ad adempiere all'obbligo di esibizione documentale imposto dall'art. 17, va considerato superato l'orientamento che lo pone in capo soltanto all'impresa provvisoriamente aggiudicataria, e non anche alla generalità dei concorrenti²⁷.

Può ritenersi, di contro, ormai unanimemente accolta l'interpretazione secondo cui ogni singola impresa interessata è tenuta ad adempiere ai predetti obblighi di esibizione ancor prima di prendere parte alla gara, di modo che l'ottemperanza alle disposizioni della legge n. 68 del 1999 condizioni (non già l'aggiudicazione, bensì) la stessa ammissione dei concorrenti alla procedura²⁸.

In ogni caso, nelle ipotesi di esonero attualmente ammesse l'onere di allegazione si ridurrà alla produzione della sola dichiarazione di regolarità, non dovendosi discutere della sussistenza o meno dell'obbligo di assunzione, ma semmai della sussistenza o meno dell'obbligo di attestazione (sulla regolarità della propria posizione) in sede di gara²⁹. Giova ricordare che sull'imposizione dell'obbligo dichiarativo anche a carico delle imprese ora menzionate milita non solo la richiamata finalità di ordine pubblico della norma, ma anche l'esigenza di evitare che la stazione appaltante debba verificare *aliunde* se l'impresa occupa un numero di lavoratori tale da esentarla dall'assunzione dei disabili.

²³ Cons. St., Ad. Plen. 20 luglio 2015, n. 8 e n. 29 febbraio 2016, n. 6.

²⁴ Tar. Aosta, Valle d'Aosta, Sez. I, 14 giugno 2016, n. 29; T.A.R. Catania, Sicilia, Sez. I, 6 ottobre 2016, n. 2422.

²⁵ Tar Lazio, Roma, Sez. II, 27 giugno 2016, n. 11528.

²⁶ Cons. St., Sez. III, 6 marzo 2017 n. 1050; orientamento condiviso da Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 settembre 2017, n. 4470 secondo cui, quando «la gara è aggiudicata ed il contratto stipulato, deve differenziarsi la posizione dell'aggiudicatario da quella delle imprese concorrenti collocatesi in posizione non utile. Mentre per il primo, il momento contrattuale costituisce l'appendice negoziale e realizzativa della procedura ed impone il mantenimento, giusto quanto chiarito dalla Plenaria, dei requisiti richiesti e dichiarati in sede di partecipazione, per le seconde la procedura è da considerarsi terminata: l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione». Del resto, si conclude, «sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione».

²⁷ T.A.R. Lombardia, Brescia, 6 maggio 2003, n. 493

²⁸ Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2002, n. 3733

²⁹ Tar Liguria, Sez. II, 10 aprile 2013, n. 620.

Più di recente, il Consiglio di Stato propone di verificare la sussistenza dell'obbligo dichiarativo alla luce di un criterio c.d. «condizionalistico», nel senso che in tanto potrà ritenersi sussistente l'obbligo di dichiarare, in quanto la dichiarata osservanza di un requisito sostanziale, in concreto imposto da una normativa di settore, si renda necessario per dirimere ogni incertezza in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti di applicazione della stessa normativa³⁰. Facendo applicazione di tale criterio, i giudici amministrativi concludono che le imprese pacificamente esenti dal rispetto delle cc.dd. 'quote di riserva' nell'assunzione di soggetti disabili di cui alla l. n. 68 del 1999, non sono comunque tenute al rispetto di un obbligo dichiarativo (per così dire 'di segno meramente negativo'). Ciò in quanto un problema di rispetto della normativa in tema di assunzioni obbligatorie si pone - a rigore - solo nel caso di impresa in concreto assoggettata a tale normativa.

Nelle procedure ad evidenza pubblica, l'omissione (così come l'incompletezza) della dichiarazione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. l), del d.lgs. n. 163 del 2006, ed ora dall'art. 80, comma 5, lett. i) del Codice del 2016, rappresenta una autonoma violazione di legge, sanzionabile, come tale, con l'esclusione dalla gara, senza che possano effettuarsi valutazioni circa la sussistenza in concreto del requisito³¹.

La dichiarazione deve essere puntuale ed esaustiva in quanto l'amministrazione, sulla base della stessa, può decidere in merito alla legittima ammissione alla gara e, conseguentemente, la difformità della stessa dal vero o la sua incompletezza non possono essere sanate *ex post*³². Di contro, in presenza di una dichiarazione equivoca, poco chiara o erronea, deve ritenersi consentito all'amministrazione richiedere l'intervento chiarificatore del concorrente in relazione a quanto dichiarato, in ossequio al disposto dell'art. 46, comma 1, del Codice del 2006, ed ora articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 - così come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50* - che disciplina il c.d. 'potere di soccorso' della stazione appaltante, la cui estensione è stata oggetto della pronuncia dell'Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014, n. 9.

L'attuale impostazione sembra la più aderente alle prescrizioni di legge, atteso che il citato art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 consente che, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, se necessario, i concorrenti siano invitati a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, riguardanti i requisiti generali per l'ammissione alla gara. In particolare, secondo la disciplina attuale - nella sua nuova formulazione modificata ad opera del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 - la stazione appaltante è tenuta ad assegnare al concorrente un termine non superiore a dieci giorni perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, la legge prevede l'esclusione del concorrente dalla gara e specifica, altresì, che

³⁰ Sez. VI, 19 marzo 2015, n. 1422.

³¹ Cons. St., Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 5023.

³² Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), parere 28 ottobre 2014, n. 81. Da ultimo, sul tema, cfr. M. FORLIVESI, *Sulle clausole sociali di equo trattamento nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 686 ss., da cui si evince: « Per quanto concerne il rispetto della normativa sul collocamento obbligatorio i giudici amministrativi condividono l'orientamento ministeriale evocato dall'appellata secondo cui dal computo dei lavoratori impiegati ai fini della quota di riserva debbano essere esclusi i lavoratori assunti in virtù delle clausole sociali di continuità occupazionale in quanto l'incremento occupazionale del personale già impegnato in un appalto e acquisito per "cambio appalto" ha carattere provvisorio, destinato a ridursi al termine dell'esecuzione dell'appalto, e pertanto non deve essere computato nella quota di riserva. Tuttavia si rileva che "l'eccezione sollevata dall'aggiudicataria risulta essere generica e priva di specifica e articolata argomentazione non avendo essa allegato (né supportato da un adeguato mezzo di prova) in modo analitico e puntuale quale sia la consistenza della base organica una volta scomputati i dipendenti assunti in ragione del subentro in appalti in applicazione delle clausole sociali, né è stato indicato, neppure genericamente, quanti siano i lavoratori dipendenti che dovrebbero essere esonerati dal computo in quanto asseritamente assunti in virtù delle clausole sociali". Pertanto la dichiarazione resa nella domanda di partecipazione dall'aggiudicataria sulla regolare applicazione della normativa in materia di assunzione obbligatoria risulta "non completa", "fuorviante", "foriera di inutili aggravii procedurali e di assai dubbia esattezza"».

costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Il pieno riconoscimento di un tale principio nel settore delle gare pubbliche si pone in linea con quello di carattere più generale - sancito dall'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241 del 1990 - secondo cui il responsabile del procedimento adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria e può chiedere «il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete [...]»; detto principio soddisfa la primaria esigenza di consentire la massima partecipazione alla selezione, consentendo di correggere l'eccessivo rigore delle forme insito nella logica 'della caccia all'errore' e di eliminare quelle situazioni di esclusioni dalle gare anche per violazioni puramente formali. Come chiarito dall'Adunanza Plenaria, nelle procedure di gara il 'potere di soccorso', si sostanzia unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti, ovvero di completarli, ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti, pur non consentendo tuttavia la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal Codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali, e sempre che la contraddittorietà della dichiarazione non sia tale da farla risultare come inesistente, con esclusione del potere di chiedere chiarimenti o integrazioni³³.

Con riguardo all'ipotesi di esclusione in esame, sembra essere prevalente un orientamento secondo il quale la comminatoria di esclusione per le imprese che non dichiarino preventivamente di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili concerne solo i casi in cui tale dichiarazione risulti del tutto mancante e la dichiarazione prevista dall'art. 17 l. n. 68 del 1999 non venga depositata a seguito di esplicita e doverosa richiesta della stazione appaltante, in ossequio al c.d. 'potere di soccorso' dalla stessa esercitato³⁴. In linea con tale impostazione, il giudice amministrativo ha negato la sussistenza degli elementi idonei ad integrare la fattispecie tipica della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. i) del d.lgs. n. 50 del 2016 nell'ipotesi in cui un operatore economico concorrente, la cui domanda conteneva la dichiarazione di «non essere tenuto alla disciplina della legge n. 68 del 1999», forniva - su richiesta della stazione appaltante - la dichiarazione espressa³⁵.

Con riguardo alle ipotesi di mera e generica dichiarazione sostitutiva attestante, in modo omnicomprendente, l'ottemperanza della disciplina contributiva, previdenziale e di tutela e sicurezza del lavoro, per le quali si è finora esclusa una equipollenza funzionale rispetto agli adempimenti procedurali puntualmente imposti dall'art. 17 della l. n. 68 del 1999, si deve registrare una recente apertura da parte del giudice amministrativo, per la specifica fattispecie in cui il disciplinare di gara consenta e ritenga come opzione preferibile che la domanda di ammissione e le autodichiarazioni siano redatte secondo un modello prestampato allegato dall'amministrazione allo stesso disciplinare³⁶.

Merita, infine, un richiamo l'orientamento giurisprudenziale³⁷ che, anche in merito alla causa di esclusione, fa applicazione della categoria del c.d. 'falso innocuo', nelle specifiche ipotesi di dichiarazioni di non assoggettabilità alle norme della l. n. 68 del 1999, che, pur riferendosi a circostanze non veritiere, siano comunque rese da una impresa di fatto non assoggettabile a dette norme per motivi diversi da quelli dichiarati. Si tratta, in tali ipotesi, di un falso inidoneo, anche solo potenzialmente - sulla base di una valutazione *ex ante*³⁸ - ad incidere sull'esito della procedura di evidenza pubblica, e per ciò stesso qualificabile come 'falso innocuo'.

³³ Cons. St., Sez. III, 9 maggio 2014, n. 2376.

³⁴ Tar Liguria, Genova, Sez. II, 26 settembre 2014, n. 1381.

³⁵ Tar Lazio, Roma, Sez. I bis, 13 luglio 2017, n. 8449.

³⁶ Cons. St., Sez. V, 26 maggio 2015, n. 2636.

³⁷ T.A.R. Umbria, Sez. I, 1 aprile 2011, n. 103.

³⁸ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 1° marzo 2011, n. 599.

Secondo un recente (seppure non univoco) orientamento giurisprudenziale, ai fini dell'esclusione dalla gara di appalto per omissione di una delle dichiarazioni previste dall'art. 38 del Codice del 2006, occorre, invero, effettuare una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative, atteso che il comma 1 dell'art. 38 ricolleggerebbe l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, non prevedendo il comma 2 analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione; ne conseguirebbe che solo l'insussistenza, in concreto, di tali cause di esclusione previste dalla norma da ultimo indicata comporta l'effetto espulsivo³⁹.

³⁹ Cons. St., Sez. V, 24 marzo 2011, n. 1795. Al riguardo, si segnala altresì che, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, il Presidente dell'ANAC ha inteso emanare due Comunicati, pubblicati rispettivamente in data 11 maggio 2016 e 8 novembre 2017, contenenti alcune indicazioni operative in materia di procedure ad evidenza pubblica. In particolare, con il primo comunicato, il Presidente dell'ANAC ha inteso emanare *Indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, d.lgs. n. 50 del 18.4.2016* per regolamentare, tra l'altro, l'ipotesi della presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione da parte dell'operatore economico nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, di cui, ai sensi del comma 12 del citato art. 80 del nuovo Codice del 2016, la stazione appaltante dà apposita segnalazione all'Autorità. Quest'ultima, in base alle predette 'Indicazioni', – se ritiene che le dichiarazioni siano state rese con dolo o colpa grave, in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti, oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione per due anni dell'operatore economico nel casellario informatico gestito dalla stessa ANAC, ai fini della conseguente esclusione. Al riguardo, ai sensi dell'art. 213, comma 9, del Codice cit., l'Autorità prescrive le modalità di funzionamento dell'Osservatorio dei contratti pubblici, nonché le informazioni obbligatorie che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori sono tenuti a trasmettere all'Osservatorio medesimo, stabilendo i termini e le forme di comunicazione. Il successivo comma 10 prevede che l'Autorità gestisce il Casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'art. 80 del Codice medesimo. L'adozione degli atti di competenza dell'Autorità volti a individuare le informazioni obbligatorie e le relative modalità di trasmissione presuppone il preventivo adeguamento di tutti i sistemi informatici per renderli compatibili con le previsioni introdotte dal nuovo Codice, anche in un'ottica di semplificazione e razionalizzazione dei processi, nonché l'emanazione degli atti regolamentari che disciplinano talune nuove competenze attribuite all'Autorità. Nelle more, al fine di evitare l'interruzione dei flussi informativi necessari al corretto svolgimento della contrattualistica pubblica e dell'attività di vigilanza dell'Autorità, il Presidente dell'ANAC, con il comunicato di cui sopra, ha statuito che «con riferimento alle procedure di scelta del contraente avviate in vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, restano fermi gli obblighi di comunicazione previsti dal richiamato decreto legislativo e dal d.p.r. n. 207 del 2010, che dovranno essere assolti secondo le modalità di trasmissione già determinate dall'Autorità con atti a carattere generale». Allo scopo di agevolare l'assolvimento dell'obbligo di trasmissione delle informazioni riferite anche alle procedure bandite in applicazione del nuovo Codice, l'Autorità ha ritenuto opportuno mantenere a disposizione dei soggetti obbligati le modalità telematiche già in uso, accessibili dal [sito web](#) dell'ANAC alla sezione 'servizi'. Tuttavia, atteso che detti sistemi telematici sono stati configurati sulla base delle disposizioni normative del Codice del 2006, il Presidente dell'ANAC ha inteso introdurre indicazioni operative per far fronte all'evenienza pratica che, con riferimento a procedure bandite ai sensi del nuovo Codice del 2016, debbano essere inserite informazioni che non trovano esatta corrispondenza nelle fattispecie descritte nei modelli a suo tempo messi a disposizione dall'Autorità per la Vigilanza dei contratti pubblici. Difatti, la comunicazione delle informazioni relative a episodi di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici, relativi a lavori, servizi o forniture, incidenti sui requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice del 2006, nonché le altre notizie utili emerse in sede di gara, avevano già formato oggetto del comunicato del Presidente dell'Autorità per la Vigilanza dei contratti pubblici, del 18 Dicembre 2013. Veniva, in quella occasione, introdotto l'obbligo per le stazioni appaltanti di utilizzo del Modello A, da inviare all'Autorità a mezzo posta elettronica (nonché per conoscenza all'operatore economico segnalato). Pertanto, con il citato Comunicato dell'11 maggio 2016, il Presidente dell'ANAC dispone che «i riferimenti normativi contenuti nel Modello A allegato al Comunicato su richiamato devono intendersi riferiti alle corrispondenti disposizioni del nuovo Codice, secondo quanto indicato dalla Tabella 2», che, a sua volta, sancisce la corrispondenza tra l'art. 80, comma 5, lett. i) del nuovo Codice del 2016, e l'art. 38, comma 1, lett. l), del Codice del 2006. In data 8 novembre del 2017, il Presidente dell'ANAC ha emanato, inoltre, *Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. n. 445 del 2000 mediante utilizzo del modello di D.G.U.E.* Tale intervento trova giustificazione nel fatto che, come specificato dallo stesso documento, il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ha apportato alcune modifiche all'art. 80 del Codice del 2016, rendendo necessario l'aggiornamento del primo Comunicato: «attesa la rilevanza delle questioni interessate» l'Autorità specifica di avere ritenuto opportuno fornire alcune indicazioni operative di massima «volte a consentire il normale svolgimento delle operazioni di gara nelle more dell'adozione di un atto a carattere generale che avverrà nel rispetto delle procedure previste dall'art. 213 del d.lgs. 50/2016». Nei suoi due primi paragrafi il Comunicato si

6. *Brevi considerazioni conclusive.*

Il prevalere, negli indirizzi giurisprudenziali da ultimo recensiti, di un criterio sostanzialistico a favore delle imprese, comunque sia non assoggettabili al vincolo delle «quote di riserva», potrebbe apparire come un orientamento in controtendenza rispetto all'affermarsi, anche in Italia, degli itinerari di riforma volti a rendere sempre più effettiva l'integrazione del lavoratore disabile, nel quadro della sempre più ampia «parabola dell'integrazione del disabile»⁴⁰.

Per converso, anche queste linee di tendenza giurisprudenziali, se lo sguardo si appunta su di uno scenario più generale, possono essere lette in una chiave di coordinamento sistemico delle misure dirette pur sempre al conseguimento di una viepiù intensa effettività nella tutela del lavoratore disabile. Non si può, infatti, trascurare il dato che le iniziative predisposte sia dal d. lgs. n. 151 del 2015, sia, più di recente, dal d. lgs. n. 75 del 2017 – al fine di perseguire quella più effettiva tutela di cui si è detto – fanno leva sul coinvolgimento e sulla partecipazione ai nuovi organismi di consultazione, monitoraggio e pianificazione – istituiti allo scopo di propiziare una maggiore effettività dell'integrazione lavorativa del disabile – proprio delle rappresentanze di imprenditorialità sociale agevolate dagli indirizzi giurisprudenziali di cui sopra.

Di là, quindi, da ogni apparente aporia, sembra potersi concludere nel senso di un reale avanzamento del sistema, nel suo complesso considerato, in favore di un inserimento sempre più pieno ed effettivo del disabile nel mondo del lavoro.

concentra rispettivamente sull'ambito soggettivo di applicazione del motivo di esclusione attinente all'assenza di condanne penali (art. 80, commi 1 e 3) e sull'ambito soggettivo del motivo di esclusione attinente alla presenza di cause di decadenza, sospensione e divieto derivanti da misure di prevenzione o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 del d.lgs. n. 159 del 2011 (art. 80, comma 2). Nel terzo paragrafo, si affrontano alcune questioni strettamente legate alle modalità di dichiarazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 80, che deve essere resa dal legale rappresentante dell'impresa concorrente con riferimento a tutti i soggetti indicati al comma 3 dell'art. 80 del Codice del 2016. L'ultima parte è dedicata alla fase di verifica delle dichiarazioni sull'assenza dei motivi di esclusione e sulla presenza delle condizioni di partecipazione da parte delle stazioni appaltanti, con particolare attenzione per alcuni problemi applicativi principalmente legati al fatto che il Codice non fornisce specifiche indicazioni in ordine ai tempi e alle modalità delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti sul possesso dei requisiti di partecipazione. Nel silenzio della legge, secondo la ricostruzione interpretativa che emerge dal Comunicato, è possibile potere ricavare indicazioni operative dal disposto dell'art. 85, comma 5, del Codice e dell'art. 71 del d.p.r. 445/2000 (richiamato dal D.G.U.E). In particolare, ferma restando l'obbligatorietà del controllo sul primo classificato, da effettuarsi prima dell'aggiudicazione dell'appalto, nel Comunicato si osserva che nelle precedenti fasi della procedura le stazioni appaltanti sono tenute a verificare i requisiti generali e speciali, anche ai sensi dell'art. 83, comma 8, del Codice, sulla base delle autodichiarazioni presentate dai concorrenti, di cui è verificata la completezza e conformità a quanto prescritto dal bando. Le stazioni appaltanti – prosegue il Presidente dell'ANAC – possono procedere al controllo della veridicità e sostanza di tali autodichiarazioni anche a campione e in tutti i casi in cui ciò si rendesse necessario per assicurare la correttezza della procedura, ivi compresa l'ipotesi in cui sorgano dubbi sulla veridicità delle stesse.

⁴⁰ S. TRIOLO, *Il diritto allo studio tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, 2012, come citato da E. CARLONI, *Il diritto all'istruzione come diritto di cittadinanza*, in A. BARTOLINI - A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 81 ss.

Andrea Bonomi*

Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Alcune osservazioni critiche sull'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale con riferimento al mancato tentativo di valutare la possibilità di un'interpretazione adeguatrice.* – 3. *I profili sostanziali della supposta incostituzionalità dei reati di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione.* – 3.1. *La violazione del principio di tassatività o determinatezza delle fattispecie criminose.* – 3.2. (segue) *La violazione del principio di offensività.* – 3.3. (segue) *La violazione dell'art. 2 Cost. in riferimento al diritto di disporre liberamente della propria sessualità: la dignità è disponibile e rinunziabile?*

1. *Premessa.*

Recentemente, con ordinanza emessa il 6 febbraio 2018, la Corte di Appello di Bari ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, n. 4) prima parte e n. 8 l. n. 75/1958 in particolare nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata, intendendosi per reclutamento l'intermediazione nella fase di incontro fra domanda e offerta di libero esercizio prostitutivo, per favoreggiamento il sostegno nella fase di esercizio del libero meretricio.

La questione di legittimità è prospettata per il sospetto contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25, comma 2, 27 e 41 Cost.

La Corte di Appello muove dal principio che il diritto di disporre della sessualità nei termini contrattualistici dell'erogazione della prestazione sessuale, a fronte del pagamento di denaro o di altra compatibile utilità, è un diritto costituzionalmente garantito, come si evincerebbe dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Quest'ultima, nella [decisione n. 561 del 1987](#), ha affermato come la sessualità sia “uno degli essenziali modi di espressione della persona umana”, per cui “il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le situazioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire”.

Da questa premessa la Corte d'Appello di Bari trae la conseguenza che “sicuramente intacca l'invulnerabilità di tale diritto una previsione normativa che sanziona penalmente il compimento, ad opera di terzi, di attività materiali che tuttavia non siano in grado di incidere sulla primigenia attività autodeterminativa delle cd. *escort* nella gestione della propria corporeità in cambio di vantaggi patrimonialmente apprezzabili”¹:

In conclusione, si dovrebbe valutare “inesigibile la connotazione di penale illiceità nei riguardi di comportamenti intesi ad intermediare il contatto tra *escort* e clienti (reclutamento) ovvero ad offrirne occasione di più comodo esercizio (favoreggiamento)”².

L'ordinanza prosegue affermando che non sarebbe accettabile neppure l'ipotesi che tali comportamenti possano arrecare offesa alla moralità pubblica e al buon costume perché “invero la tutela della morale pubblica e del buon costume, nella misura in cui comporta l'inibizione penale delle condotte di reclutamento delle *escort*, va a costringere inevitabilmente l'espansione attuativa

*Ricercatore di diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ Cfr. i punti 12-13 dell'ordinanza di rimessione.

² Cfr. il punto 13 dell'ordinanza di rimessione.

della presupposta libertà autodeterminativa sessuale ed offende il carattere inviolabile del relativo diritto...”³.

Ancora risulterebbe violato l’art. 41 Cost.: non vi sarebbe, infatti, alcun dubbio sul fatto che le forme di supporto agevolativo dell’iniziativa economica privata al libero esercizio prostitutivo – quali quelle dell’intermediazione e dell’agevolazione –, “ove ancora disincentivate dal carattere deterrente della loro inclusione nell’ambito della penale rilevanza, non possono avere libero giuoco e consentire la fisiologica espansione di tale forma d’iniziativa economica, private della possibilità di evolversi al pari delle altre forme imprenditoriali operanti nel nostro ordinamento”⁴.

Quanto poi alla violazione degli artt. 13, 25, comma 2 e 27 Cost., la Corte di Appello di Bari esamina la questione anche dal punto di vista del principio di offensività, quale principio d’indubbia rilevanza costituzionale alla luce della [sentenza n. 364 del 1988](#) della Corte costituzionale.

A questo riguardo la Corte osserva che sia la condotta propriamente reclutativa, sia quella favoreggiatrice “non solo non arrecano alcuna lesione alla suddetta e presupposta libertà autodeterminativa, ma addirittura ne facilitano la piena attuazione, arrecando vantaggi ai soggetti che ne sono destinatari: invero se la *escort* sceglie liberamente di offrire sesso a pagamento chi le dà una mano nell’effettuazione di tale sua scelta produce un vantaggio e non un danno allo stesso bene giuridico tutelato”⁵. L’ulteriore conclusione è quella per cui “sicuramente le condotte (interferenti) prive di penale offensività debbono identificarsi in quelle che non condizionano la volontà della prostituta al libero esercizio della prostituzione, perché ove di condizionamento sia a parlarsi (nel senso della determinazione o rafforzamento dell’intendimento prostitutivo) ricorre evidentemente la figura dell’induzione alla prostituzione della cui legittimità costituzionale non vi è ragione di dubitare”⁶.

Infine, in riferimento alla lesione dell’art. 25, comma 2 Cost. e dunque del principio di determinatezza o tassatività dallo stesso enucleabile, la Corte d’Appello di Bari non incentra i propri dubbi di costituzionalità in relazione alla fattispecie di reclutamento ai fini di esercizio della prostituzione perché essa “esige soltanto una forma di attualizzazione interpretativa della nozione di reclutamento; nozione evidentemente connessa al momento storico di approvazione della normativa suddetta, finalizzata alla rimozione dello sfruttamento della prostituzione siccome esercitata nelle cosiddette case chiuse”⁷; la Corte prospetta, invece, i dubbi in ordine al favoreggiamento della prostituzione, che si atteggia per definizione quale reato a forma libera intendendo punire “chiunque in qualsiasi modo favorisca la prostituzione altrui”, e in questo senso “il problema della

³ Cfr. il punto 14 dell’ordinanza di rimessione, la quale prosegue nel senso che “la libertà tutelata dall’art. 2 della Costituzione [non può] ammettere deroghe al proprio portato di esclusività ed inviolabilità autoaffermapiva in ragione del quale non è concepibile che proprio l’ordinamento che si pone a garanzia di attuazione della stessa ne crei le ragioni di inibizione alla sua compiuta realizzazione” (punto 16 dell’ordinanza di rimessione).

⁴ Cfr. il punto 17 dell’ordinanza di rimessione, la quale prosegue così: “trattasi indubbiamente di una ghezzizzazione indebita del libero esercizio di una peculiare forma di lavoro autonomo che non trova giustificazione rispetto ad altre forme di professionalità riconosciute dall’ordinamento e che sicuramente contraddice la finalità del dettato costituzionale in tema di libera iniziativa economica privata, che si assume debba essere tutelata dal rischio del danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

⁵ Cfr. il punto 20 dell’ordinanza di rimessione, la quale prosegue così: “Né in senso contrario può argomentarsi ritenendo che la condotta ausiliativa abbia un portato di offensività siccome idonea a rappresentare il primo passo verso lo sfruttamento economico ad opera di terzi del corpo della donna. È invero agevole replicare, per un verso, che lo ‘sfruttamento’ economico della prostituzione rappresenta fattispecie autonoma di reato, secondo l’articolazione della Legge Merlin, rispetto a quella di reclutamento e favoreggiamento, e, per l’altro verso, che proprio il costruire l’offensività delle norme sanzionatorie della condotta d’intermediazione agevolativa in ragione di una supposta capacità di interferire con altre fattispecie penalmente rilevanti comprova che le stesse da sole non sono dotate di intrinseca offensività” (punto 21 dell’ordinanza di rimessione).

⁶ Cfr. il punto 22 dell’ordinanza di rimessione, la quale prosegue così: “ove la condotta ausiliatrice sia causale non in quanto interferente sulla pratica attuazione di una scelta già autonomamente assunta ma in quanto incidente sul processo di formazione della volontà di autodeterminazione sessuale della *escort*, allora essa va ad integrare una modalità d’induzione alla prostituzione e, quindi, acquisisce un diverso titolo di penale rilevanza” (punto 23 dell’ordinanza di rimessione).

⁷ Cfr. il punto 24 dell’ordinanza di rimessione.

costituzionalità... si pone non tanto in relazione alla descrittività della condotta costitutiva del “favorire la prostituzione altrui” ma alla correlazione di tale generica condotta con il raddoppio d’indeterminatezza connesso all’utilizzo dell’espressione “in qualunque modo”, di guisa che la sanzione penale pare davvero non conoscere limiti al suo spazio operativo”⁸.

La Corte di Appello da ultimo definisce “fallace”⁹ il tentativo di perimetrare concettualmente il favoreggiamento della prostituzione mediante un intervento correttivo esterno che consista nell’assumere quale linea di demarcazione della fattispecie la condotta di favoreggiamento della prostituta.

Questa considerazione parte dal presupposto che sia concettualmente impossibile che una qualsiasi forma di ausilio alla prostituta, ovvero operato a causa e/o nell’esercizio della sua attività, non si riverberi positivamente sulla prostituzione stessa dalla medesima praticata.

Inoltre, “se sulla base di tale opzione interpretativa si vuol tutelare da incostituzionalità la carenza di determinatezza della fattispecie del reato di favoreggiamento... si ricade nella violazione ancor più inaccettabile del principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost., poiché condotte di pacifica idoneità ausiliativa vengono arbitrariamente sottratte alla scure della sanzione penale rispetto ad altre di pari efficacia strumentale al solo scopo di porre un limite alla caotica onnicomprensività della nozione di favoreggiamento della prostituzione”¹⁰.

2. Alcune osservazioni critiche sull’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale con riferimento al mancato tentativo di valutare la possibilità di un’interpretazione adeguatrice.

A dire il vero, l’ordinanza di rimessione, i cui contenuti sono stati, sia pure per sommi capi, ricordati, sembra foriera di un vizio originario che potrebbe portare ad una pronuncia di inammissibilità da parte della Corte costituzionale.

Infatti non pare in alcun modo esplicitato nell’ordinanza il percorso argomentativo in grado di condurre la Corte di Appello di Bari a ritenere che la normativa che deve applicare non sia assolutamente interpretabile in senso conforme alla Costituzione: il giudice d’appello non ha dimostrato affatto di aver profuso uno sforzo interpretativo volto ad assodare se una tale interpretazione adeguatrice fosse possibile¹¹.

Peraltro, è noto che la più recente giurisprudenza costituzionale – con particolare riferimento al nuovo indirizzo inaugurato dalla [decisione n. 221 del 2015](#) – sembra applicare un principio diverso rispetto a quello che fin dal 1996 in tema di obbligo di interpretazione conforme la Consulta aveva seguito.

Infatti il principio diventa ora quello per cui la frase della storica [sentenza n. 356 del 1996](#) “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma *perché è impossibile* offrirne interpretazioni costituzionali” viene modificata in questo senso: è sufficiente per il giudice motivare in modo

⁸ Cfr. il punto 25 dell’ordinanza di rimessione.

⁹ Cfr. i punti 25 e 26 dell’ordinanza di rimessione.

¹⁰ Cfr. il punto 26 dell’ordinanza di rimessione.

¹¹ In tal senso cfr. anche N. MADIA, *Legge Merlin e fenomeno delle Escort: un binomio al vaglio di costituzionalità*, in [Diritti Comparati](#), 22 febbraio 2018, 1 ss., secondo il quale la Corte di Appello di Bari non ha verificato «se gli argomenti utilizzati per sollevare l’eccezione di costituzionalità non potessero essere specularmente utilizzati per escludere dall’area d’incidenza del precetto, in omaggio ad una sua esegesi attualizzante, talune fattispecie concrete»; in tema cfr. già F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Studi in onore di Costantino Mortati*, 4, Milano, 1977, 461, il quale ragionava chiaramente del «dovere del giudice di adeguare, nei limiti consentiti dalla tipicità, la legislazione penale ai nuovi valori costituzionali, interpretando estensivamente o restrittivamente la norma penale quando questa non corrisponda in pieno al valore costituzionale (ad es.: individuando il momento consumativo del furto non nello spoglio ma nel passaggio della cosa nella disponibilità piena dell’agente), riplasmando gli interessi tutelati nella loro accezione più conforme alla Costituzione, valori da questa protetti...».

plausibile la scelta di non seguire una interpretazione che supera i dubbi di costituzionalità, giacché la fondatezza delle diverse interpretazioni attiene al merito della questione.

Nella suddetta [pronuncia n. 221 del 2015](#) la Corte costituzionale non ha accolto l'eccezione opposta dall'Avvocatura dello Stato: quest'ultima chiedeva alla Corte di esprimersi nel senso dell'inammissibilità per non avere il giudice rimettente adeguatamente verificato la possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata.

La Consulta ha rilevato come, al contrario, il giudice avesse mostrato di aver sperimentato tale possibilità, pur giungendo alla conclusione che il testo della legge non avrebbe consentito di conseguire, dati i limiti inerenti ai poteri interpretativi del giudice, un risultato in linea con i principi costituzionali, il quale poteva essere perseguito solo attraverso la dichiarazione di incostituzionalità.

La Corte ha riconosciuto come il giudice *a quo* avesse tentato una lettura corretta, adeguata e conforme alla Costituzione e l'avesse consapevolmente esclusa: tuttavia, la stessa Corte ha concluso, al contrario di quanto accadeva precedentemente, nel senso che tale lettura era in realtà possibile, come dimostrato dalla giurisprudenza che l'aveva seguita.

In virtù del «depotenziamento»¹² dell'opera di interpretazione conforme a Costituzione determinatosi a partire dalla [decisione n. 221 del 2015](#) alla Corte di Appello di Bari sarebbe risultato sufficiente dimostrare di aver individuato, sì, una interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni in tema di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione, esponendo, però, al contempo i motivi sulla base dei quali non poteva adottare questa soluzione eseguita.

Ma nemmeno questo è ascrivibile all'ordinanza di rimessione, che, dopo aver motivato in punto di rilevanza della questione, non si è dedicata affatto alla *quaestio* dell'interpretazione conforme.

Tuttavia, al di là di quella che sarà la sorte nel caso specifico dell'ordinanza in esame e dunque anche se la Consulta dovesse rispondere con una formula meramente processuale e pertanto senza scendere nel merito della questione posta alla sua attenzione, comunque i profili di costituzionalità sollevati dalla medesima ordinanza consigliano alcune riflessioni: questo tanto più che non è per nulla escluso che in futuro altre questioni siano sollevate sulla stessa tematica sostanziale.

3. I profili sostanziali della supposta incostituzionalità dei reati di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione.

3.1. La violazione del principio di tassatività o determinatezza delle fattispecie criminose.

In riferimento alla tematica sostanziale innanzitutto devono essere distinte due ipotesi.

La prima riguarda la scelta di prostituirsi imposta dall'azione costringente di terzi.

A questo proposito occorre dire che nella legislazione penale della gran parte degli ordinamenti viene allestita una tutela intransigente nei confronti delle condotte di avviamento coattivo alla prostituzione: viene, infatti, in considerazione un'aggressione alla libertà sessuale che può assumere livelli di gravità ancora più accentuata quando si accompagna alla lesione della libertà personale, ossia ad una vera e propria forma di moderna schiavitù.

La seconda ipotesi riguarda la scelta di prostituirsi del tutto libera, sebbene in certi casi indotta dalle circostanze o da condizionamenti o da fattori predisponenti: in merito a tale libera scelta «soccorre il diritto di prostituirsi quale aspetto della più generale libertà di disporre di sé»¹³.

Focalizzando l'attenzione solo su questa seconda ipotesi, è bene ricordare che il fenomeno della prostituzione ha ricevuto nel corso del tempo varie regolamentazioni, benché i modelli classici di disciplina si riducano sostanzialmente a tre: il proibizionismo, che sanziona sia la parte venditrice, sia la parte acquirente della prestazione, sulla scorta di una condanna morale del meretricio; il regolamentarismo, che ha lo scopo di eliminare la prostituzione di strada mediante l'apertura delle

¹² L'espressione è di C. TOMBA, *Il "depotenziamento" dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un "nuovo" riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. cost.*, 2015, 2063.

¹³ F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *La giust. pen.*, 2013, 473-474.

case di tolleranza; l'abolizionismo, che persegue la decriminalizzazione della prostituzione in sé e per sé al fine di perseguire la pratica dello sfruttamento e del favoreggiamento del meretricio.

La scelta verso cui si è orientato l'ordinamento italiano con la l. n. 75/1958 è quella di un «abolizionismo ristretto»¹⁴, in virtù del quale «si vieta la prostituzione al chiuso, mentre è ammessa quella all'aperto, anche se essa comporta crescenti problemi di ordine pubblico»¹⁵.

Ma soprattutto la l. n. 75/1958 punisce tutta una serie di specifiche condotte satellitari e serventi rispetto all'attività di prostituzione, che trovano, quali fattispecie di chiusura, le ipotesi di sfruttamento e di favoreggiamento: si potrebbe così efficacemente concludere che tale legge «fa terra bruciata intorno alla persona che si prostituisce»¹⁶.

In sintesi, in nome della tutela della sua dignità, la normativa tuttora in vigore, punendo l'altrui condotta per così dire collaborativa, spinge la persona dedita alla prostituzione in una condizione di «solitudine non solo professionale, ma... esistenziale. La prostituta la si vuole libera, ma isolata, perché chiunque le sta vicino o la favorisca rischia di incorrere in responsabilità penale»¹⁷.

Tanto premesso, ci si potrebbe chiedere quale sia l'oggetto di tutela della legge in esame e, a monte del problema, se siffatta legge protegga effettivamente un determinato bene giuridico o no.

Del tema ci si occuperà più avanti.

A questo proposito ci si limita per il momento ad osservare quanto segue.

Se alcune voci dottrinali più risalenti nel tempo individuavano l'oggetto tutelato dalla legge nella «pubblica moralità» e più specificamente nella sola «moralità sessuale»¹⁸, la dottrina più recente¹⁹ e anche la stessa Corte costituzionale, che si è occupata della questione²⁰, sembrano pressoché concordi nel rinvenire l'oggetto di tutela in questione sia nella moralità pubblica e nel buon costume, sia nella libertà e dignità delle persone che si prostituiscono di fronte alle insidie di terzi.

Sebbene, infatti, lo scopo specifico del sistema così come delineato dal legislatore nel 1958 debba essere individuato nella moralizzazione della vita pubblica e nell'interesse dello Stato a preservare la moralità della società civile e il buon costume, tuttavia dal significativo titolo della legge e dal complesso delle disposizioni – le quali puniscono severamente chiunque interferisca nelle attività delle meretrici, lasciando impunte queste ultime – si dovrebbe evincere che la *ratio* della normativa sia anche quella di difendere la libertà personale e la dignità della prostituta contro lo sfruttamento e la strumentalizzazione da parte di terzi della sua attività.

Partendo da queste premesse, la domanda che a questo punto viene spontaneo porsi è la seguente: i reati di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione sono costituzionalmente legittimi?

La stessa domanda si è posta anche il giudice di Bari nella predetta ordinanza di rimessione.

¹⁴ Così L. CRUCIANI, *Limiti agli atti di disposizione del corpo: dal binomio ordine pubblico-buon costume alla dignità*, in U. BRECCIA - A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di R. ROMBOLI, Pisa, 2007, 200.

¹⁵ L. CRUCIANI, *op. e loc. cit.*

¹⁶ F. GIUNTA, *Le prostituzioni*, cit., 476.

¹⁷ F. GIUNTA, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁸ In questi termini A.A. CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, 69, secondo il quale «lo spirito della “legge Merlin” si risolve... nella volontà di tutelare più vigorosamente la pubblica moralità» e l'*intentio legis* «denota, in effetti, la volontà di riaffermare con maggior decisione alcune esigenze inquadabili, senza dubbio, nel fondamentale valore della moralità sessuale»; M. PETRONE, *Moralità pubblica e buon costume (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 68, secondo cui non può dubitarsi che, consistendo tutte le figure criminose previste in materia di prostituzione in comportamenti contrastanti con l'interesse dello Stato ad un ordinato svolgimento delle manifestazioni sessuali, debbano esse continuare ad essere inquadrate, malgrado la disciplina autonoma, fra i delitti contro il buon costume.

¹⁹ Cfr. in tal senso, *inter alios*, G. LA CUTE, *Prostituzione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 465; G. PIOLETTI, *Prostituzione*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 282-283; L. PAVONCELLO SABATINI, *Prostituzione (disposizioni in materia di)*, in *Enc. giur. trecc.*, XXV, Roma, 1991, *ad vocem*, 8-9; F. SERRAINO, *Principio di offensività e favoreggiamento della prostituzione*, in *Foro it.*, 2005, II, 459-460.

²⁰ Cfr. [la sentenza n. 44 del 1964](#), in cui la Corte poteva osservare che “particolari ragioni di tutela della dignità umana hanno indotto il legislatore ad abolire la regolamentazione della prostituzione, la registrazione, il tesseramento e qualsiasi altra degradante qualificazione o sorveglianza sulle donne che esercitano la prostituzione...” (punto 3 del cons. in dir.).

Pare opportuno fin da subito osservare che i dubbi di costituzionalità incentrati sulla violazione sia del principio di offensività, sia di quello di tassatività o determinatezza delle fattispecie criminose potranno essere difficilmente accolti *in subiecta materia* da parte della Corte costituzionale.

Il principio di tassatività o determinatezza della norma penale viene definito in dottrina «l'ultimo e più raffinato frutto dell'evoluzione del principio di legalità»²¹ e indica l'esigenza che il *Begriffskern* della norma penale fornisca una descrizione del fatto punibile tale che sia facilmente riconoscibile la corrispondenza, o meno, di un comportamento realizzatosi concretamente alla fattispecie astratta prevista dalla disposizione incriminatrice²².

La Corte, che nella sua giurisprudenza ha potuto individuare siffatto principio nella riserva di cui all'art. 25, comma 2 Cost., ha chiarito che per assodare il rispetto dello stesso occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce: in particolare, «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero di clausole generali o concetti elastici, non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato [l'art. 25, comma 2 Cost.], quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo»²³.

Non a caso la Consulta è sembrata orientata ad assolvere espressioni normative indeterminate qualora fosse possibile un'interpretazione tale da ridurre il margine di incertezza della norma.

Si veda più nel dettaglio la questione.

Il Giudice delle leggi è parso indirizzato a dichiarare l'incostituzionalità di previsioni incriminatrici per violazione del principio di tassatività o determinatezza solo in seguito alla verifica

²¹ M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale – Art. 1-84*, Milano, 2004, 42.

²² Sul punto cfr. P.G. GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, Milano, 1972, 156 ss.; M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 315 ss.; F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 61 ss.

²³ Cfr. concordemente, *inter alia*, [le decisioni n. 122 del 1993](#), [n. 34 del 1995](#), [n. 5 del 2004](#), [n. 327 del 2008](#), [n. 282 del 2010](#), [n. 172 del 2014](#): la citazione di cui sopra nel testo è tratta comunque dalla [sentenza n. 282 del 2010](#), nella quale la Corte può così concludere che «in questo quadro, la prescrizione di «vivere onestamente», se valutata in modo isolato, appare di per sé generica e suscettibile di assumere una molteplicità di significati, quindi non qualificabile come uno specifico obbligo penalmente sanzionato... Tuttavia, se è collocata nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5 e se si considera che è elemento di una fattispecie integrante un reato proprio, il quale può essere commesso soltanto da un soggetto già sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, essa assume un contenuto più preciso, risolvendosi nel dovere imposto a quel soggetto di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di «vivere onestamente» si concreta e si individualizza. Quanto alla prescrizione di «rispettare le leggi», contrariamente all'opinione espressa dal rimettente, essa non è indeterminata ma si riferisce al dovere, imposto al prevenuto, di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, che impongano cioè di tenere o non tenere una certa condotta; non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale. Né vale addurre che questo è un obbligo generale, riguardante tutta la collettività, perché il carattere generale dell'obbligo, da un lato, non ne rende generico il contenuto e, dall'altro, conferma la sottolineata esigenza di prescriverne il rispetto a persone nei cui confronti è stato formulato, con le garanzie proprie della giurisdizione, il suddetto giudizio di grave pericolosità sociale. Infine, in ordine alla prescrizione di «non dare ragione di sospetti», ancora una volta essa non va considerata in modo isolato ma nel contesto delle altre prescrizioni contemplate dall'art. 5, tra cui assume particolare rilevanza, al fine di dare concretezza al dettato normativo, il divieto posto al sorvegliato speciale di non frequentare determinati luoghi o persone». Sul punto da ultimo cfr. sinteticamente N. PIGNATELLI, *sub art. 25*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna, 2018, 177.

dell'impossibilità di rendere determinata la norma sottoposta al suo giudizio o mediante vere e proprie decisioni manipolative o attraverso un intervento interpretativo: in quest'ultimo caso ha voluto precisare che la norma impugnata è determinata “nei sensi e nei limiti di cui in motivazione”, pronunciando così una decisione interpretativa di rigetto.

Tutto questo è valido anche senza considerare che in alcune decisioni, sebbene non in tutte²⁴, la medesima Corte ha sostenuto il principio secondo cui il requisito di determinatezza della fattispecie criminosa non deve essere ritenuto leso se sulla disposizione legislativa, pur se genericamente formulata, si forma un orientamento interpretativo consolidato di origine giurisprudenziale: infatti “la costante enunciazione di coerenti statuizioni da parte della... Corte di Cassazione fuga ogni preoccupazione di incertezza circa le conseguenze penali della violazione della norma impugnata”²⁵.

Partendo da queste basi, risulta pertanto arduo o quanto meno non scontato che la Corte dichiari l'incostituzionalità della previsione secondo cui è punito “chiunque in qualsiasi modo favorisca la prostituzione altrui”.

Al di là della formazione di un diritto vivente di origine giurisprudenziale sulla previsione incriminatrice in esame, non pare così facile dimostrare che la formulazione linguistica della fattispecie in questione sia tale da impedire all'operatore e *in primis* al giudice – per usare le già citate parole della Corte – “di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente... di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo”.

Del resto, esiste un precedente, sebbene lontano nel tempo, che depone a sfavore dell'accoglimento della questione di costituzionalità della norma che incrimina il favoreggiamento per violazione del principio di tassatività delle fattispecie incriminatrici.

Il riferimento è alla [decisione n. 44 del 1964](#).

In tale occasione la Corte era stata posta di fronte alla *quaestio* di legittimità costituzionale della norma che incrimina chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui: essa infatti non sarebbe stata formulata con determinazione sufficientemente precisa e si sarebbe ridotta al nome o titolo del reato senza specificazione del contenuto; di conseguenza, sarebbe stato violato il principio costituzionale della espressa riserva di legge in materia penale.

Ebbene la Consulta osservò, nel rigettare la questione che era stata posta alla sua attenzione, che “i concetti di agevolazione e di sfruttamento della prostituzione altrui presentano una obiettività ben definita, anche perché acquisiti da tempo nel Codice penale e sottoposti a lunga elaborazione dottrinale. Essi hanno un preciso ed inconfondibile significato, che non si presta ad equivoche interpretazioni... E la circostanza che sia stata usata una formula, la quale, pur essendo di più ampio contenuto, risulti sinteticamente espressa, non costituisce un vizio della norma... ma un fatto normale in materia penale. Ed invero, tutti i comandi giuridici sono per loro natura di carattere generale ed astratto; ed è ben noto che, nell'indicare i fatti tipici costituenti reato, la legge a volte fa una descrizione minuta di essi, ma spesso si limita a dare un'ampia nozione del fatto, senza scendere a particolari di esecuzione... il principio in virtù del quale nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge (art. 1 del Codice penale) non è attuato nella legislazione penale seguendo sempre un criterio di rigorosa descrizione del fatto. Spesso le norme penali si limitano ad una descrizione sommaria ed all'uso di espressioni meramente indicative, realizzando nel miglior modo possibile l'esigenza di una previsione tipica dei fatti costituenti reato...”.

(segue) 3.2. *La violazione del principio di offensività.*

²⁴ Nella [sentenza n. 327 del 2008](#) la Corte afferma infatti che l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non vale di per se stessa “a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale”.

²⁵ Così [la sentenza n. 122 del 1993](#). Criticamente su questo orientamento della Corte cfr. M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza*, cit., 370; A. ODDI, *Ordinamento militare, libertà costituzionali e determinatezza dei reati*, in *Giur. cost.*, 2001, 779.

Ad analoghe riflessioni e conclusioni si potrebbe giungere in riferimento al principio di offensività, che pure l'ordinanza di remissione ha ritenuto violato: infatti tanto la condotta reclutativa quanto quella favoreggiatrice non arrecherebbero alcuna lesione alla libertà autodeterminativa della prostituta ma anzi ne faciliterebbero la piena attuazione.

A questo proposito ci si potrebbe limitare a constatare che sono modestissimi gli interventi della Corte costituzionale che abbiano dichiarato l'illegittimità di una qualche norma per violazione del principio dell'offensività²⁶, che, come ben noto, non è espresso nella Costituzione italiana ma è ricondotto *in primis* all'art. 25 cpv. Cost.²⁷.

In ogni caso, anche nelle rare ipotesi in cui ciò è avvenuto quasi mai tale principio è stato utilizzato da solo, ma ad esso i giudici costituzionali hanno fatto ricorso perlopiù in aggiunta o sul tronco di un principio più consolidato, come nel caso dei principi di ragionevolezza o di legalità, oppure in relazione alla funzione rieducativa della pena e ai connotati del diritto penale del fatto²⁸.

Questa constatazione non osta comunque a che la Corte possa decidere di sanzionare una previsione incriminatrice in quanto contrastante col principio di offensività: di conseguenza, è necessario verificare se esso possa dirsi effettivamente violato dalle norme che incriminano il reclutamento e il favoreggiamento.

²⁶ Si ricorda la sentenza sull'ubriachezza aggravata e cioè la [sentenza n. 354 del 2002](#) sull'art. 688 cpv. cod. pen. (ubriachezza in luogo pubblico aggravata dalla presenza di precedenti suppostamente "indizianti", ma in realtà non connessi al fatto dell'art. 688 e dunque espressione di una valutazione sul tipo d'autore), la quale motiva l'annullamento a causa dell'"aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale posto sotto il presidio di questa Corte..."; si ricorda altresì la sentenza sull'aggravante della presenza nel territorio dello Stato dell'extracomunitario irregolare e cioè la [sentenza n. 249 del 2010](#) sull'art. 61-bis cod. pen., norma contrastante con l'art. 25 cpv. Cost. non per l'inoffensività in senso stretto, ma per violazione del principio del diritto penale del fatto – che vieta la punibilità per ragioni relative alla mera presunta pericolosità dell'autore – che però è un presupposto dell'offensività.

²⁷ Oltre che nell'art. 25, cpv. – e forse pure nell'art. 49, comma 2 cod. pen. che esclude la punibilità del reato c.d. impossibile (cfr. sul punto F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, cit., 451) –, il principio di offensività trova anche implicito riconoscimento negli artt. 3, 13 e 27, commi 1 e 3 Cost. e dunque nel principio di eguaglianza, nel vincolo e nel rango del bene giuridico più importante e tipico colpito dal diritto penale costituito dalla libertà personale e nel complesso delle garanzie che compongono lo statuto dell'intervento penale, a cominciare dalla distinzione fra pene e misure di sicurezza e dall'esigenza che il fatto punibile esprima un disvalore tale da giustificare un'esigenza non solo di personalizzazione della responsabilità (che un fatto di inosservanza formale neanche comporterebbe), ma anche di rieducazione-risocializzazione: partendo da queste basi, il principio di offensività opera come limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario nel perseguire penalmente condotte segnate da un giudizio di disvalore, così come ha stabilito la Corte costituzionale – che pure nella [sentenza n. 62 del 1986](#) aveva osservato che "può certo discutersi sulla costituzionalizzazione o meno del principio di offensività" – nella [sentenza n. 360 del 1995](#), che per la prima volta ha affermato in motivazione l'esistenza di un sindacato sull'offensività astratta in generale (cfr. in tal senso C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 91), con concetto ribadito anche in seguito (cfr., ad es., Corte cost., [sentenza n. 263 del 2000](#)).

²⁸ Sul punto cfr., per tutti, le osservazioni perspicue di V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) 10 ottobre 2011, 3, secondo il quale il principio d'offensività «generato con pretese molto ambiziose... si è dimostrato incapace di un controllo qualitativo sui "beni giuridici", e foriero di prestazioni ancora deboli anche per quanto concerne il controllo sulle "tecniche di tutela", oggetto di possibile sindacato solo nei margini del più generale (e duttile) principio di ragionevolezza», osservando infine che – come dimostra la sent. n. 250 del 2010 sul reato c.d. di clandestinità – «il giudizio di meritevolezza circa beni/interessi/valori suscettibili di protezione penale appare un territorio dove la Corte costituzionale dimostra tutta la propria cautela: il merito dell'incriminazione penale come anche le scelte in termini di sussidiarietà – la *Strafwürdigkeit* come la *Strafbedürfnis* – da questa angolatura, appaiono dominio esclusivo della politica, e la Corte dimostra una indubbia deferenza al riguardo»; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) 20 settembre 2013, partic. 37, il quale si augura che «la pochezza delle pronunce... sia il segno della fase ancora nascente, o di sviluppo, di questo principio, che già... è stato capace di orientare un enorme contributo ermeneutico e di approdi istituzionali e persino legislativi»; A. MOLINAROLLI, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività. Un'analisi integrata dei principi*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) 12 ottobre 2016, 21-22.

A questo proposito è stato sostenuto che, poiché l'attività di prostituzione non costituisce un illecito né penale né amministrativo nel nostro ordinamento, «non si vede come una condotta volta a favorire una attività non illecita possa essere ritenuta *lesiva di un qualche bene giuridico*»²⁹.

In questo senso si è aggiunto che non potrebbe reggere, a ben guardare, il parallelismo, pure apparentemente possibile, fra favoreggiamento della prostituzione e spaccio di sostanze stupefacenti.

Infatti, dal momento che anche l'assuntore di sostanze stupefacenti, nel momento in cui acquista dette sostanze, lo fa per conseguire un vantaggio, secondo una sua prospettiva soggettiva, allora lo spacciatore sembrerebbe arrecare al compratore un vantaggio piuttosto che un danno, con un'evidente assimilazione all'ipotesi del favoreggiamento della prostituzione³⁰.

In realtà, si fa osservare che la detenzione di sostanze stupefacenti, anche se in modica quantità, costituisce comunque un illecito amministrativo e quindi una condotta giuridicamente, anche se non penalmente, vietata, per cui la condotta dello spacciatore che vende droga ad un soggetto pare plausibilmente riconducibile al principio di offensività: il consenso dell'acquirente di droga, pur trattandosi di soggetto non ancora caduto nella tossicodipendenza e dunque capace di scelte libere, «*non sarebbe comunque giuridicamente efficace*, dal momento che coll'acconsentire un tale soggetto realizzerebbe *ipso facto* quantomeno un illecito amministrativo»³¹.

Invece col favoreggiamento alla prostituzione – così come col reclutamento della stessa, si potrebbe aggiungere – si agevola un'attività del tutto lecita e dunque non si può ritenere inefficace il consenso a tale condotta da parte della prostituta: questo a meno di non voler ritenere che osti a tale consenso l'art. 5 cod. civ. nella misura in cui vieta atti di disposizione del proprio corpo in violazione, *inter alia*, del buon costume.

Tuttavia, secondo questa tesi dottrinale, tale disposizione codicistica dovrebbe ritenersi «del tutto superata, e... in odore di incostituzionalità» o, meglio, potrebbe essere ritenuta costituzionalmente legittima «solo a patto di reinterpretarla in sintonia con i principi di una concezione liberale e non autoritaria (né moralistica) del diritto...»³².

Si conclude in ultimo osservando che risultano insufficienti i tentativi, pur lodevoli, di temperare la frizione della norma che incrimina il favoreggiamento della prostituzione con il principio costituzionale di offensività attraverso una reinterpretazione costituzionalmente orientata della norma stessa, mediante la quale, appunto, ricondurla nell'alveo di parametri accettabili sotto il profilo costituzionale.

A titolo esemplificativo, si porta la distinzione, operata in giurisprudenza, fra favoreggiamento della prostituzione e favoreggiamento della prostituta, e si pensa che solo il primo costituirebbe reato.

In virtù di tale distinzione, è stato assolto, ad esempio, il cameriere che, svolgendo attività quali acquistare bevande per la prostituta e consegnarle la biancheria, è stato ritenuto in condizione di agevolare la prostituta come persona ma non la sua attività di meretricio; all'opposto è stato ritenuto colpevole di favoreggiamento un soggetto che si era limitato ad intrattenere i clienti della prostituta chiacchierando e preparando loro del caffè, poiché è stato escluso in tale fattispecie che si trattasse di mere cortesie separate dall'attività di prostituzione.

Si rileva come queste aperture giurisprudenziali nella loro ambiguità non risolvano affatto il problema dell'incostituzionalità del favoreggiamento in esame.

Infatti, anche chi favorisce la prostituta con dei comportamenti analoghi a quelli del cameriere nel caso sopra citato ne favorirebbe pure l'attività di prostituzione; così come non avrebbe senso punire

²⁹ Così A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in *L'Ind. pen.*, 2013/2, 242.

³⁰ Per tale accostamento cfr. ancora A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., 243, il quale osserva altresì che «un altro punto in comune tra le due ipotesi è che in entrambi i casi si verte nell'ambito del "vizio": sia la prostituzione che il drogarsi sono attività di tipo "vizioso". Conseguentemente, in entrambi i casi si potrebbe ravvisare una sorta di immoralità della condotta, in un caso da parte della prostituta, e nell'altro caso da parte del drogato».

³¹ A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., 244.

³² Entrambe le ultime citazioni sono tratte da A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., 241 e 244 nota 16.

per un grave reato il soggetto di cui al secondo caso portato come esempio per una condotta in fin dei conti analoga per non dire quasi identica a quella del primo soggetto.

Di conseguenza, è stato osservato che «il favoreggiamento come tale non dovrebbe mai essere punibile, perché per definizione attuato nei confronti di soggetti che liberamente acconsentono ad esso»³³.

A dire il vero, non sembra che la tesi esposta debba andare totalmente esente da critiche.

È certamente sostenibile che, per i motivi in precedenza delineati, occorre distinguere l'attività di spaccio di sostanze stupefacenti da quella di favoreggiamento della prostituzione e che l'esercizio della stessa prostituzione è un'attività lecita, sebbene non sia punita sotto il profilo né amministrativo né tanto meno penale.

Tuttavia, a parte il fatto che la liceità dell'esercizio dell'attività di prostituzione non è da tutti accettata e condivisa in dottrina³⁴, il principio di offensività non sembra comunque violato dalle fattispecie incriminatrici di cui si discorre: esse perseguono lo scopo di impedire che le persone dedite alla prostituzione vengano strumentalizzate, reclutate e comunque indotte alla loro attività valutata come umiliante.

Le norme penali in questione tutelano il bene della dignità di questi soggetti³⁵.

Certo si può anche convenire sul fatto che l'attività di meretricio sia una pratica giuridicamente lecita; ci si deve chiedere però se questa liceità sia davvero espressione del diritto di disporre liberamente della propria sessualità, di quel diritto che la stessa Corte costituzionale nella famosa [sentenza n. 561 del 1987](#) ha riconosciuto essere “senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire”³⁶.

(segue) 3.3. *La violazione dell'art. 2 Cost. in riferimento al diritto di disporre liberamente della propria sessualità: la dignità è disponibile e rinunziabile?*

Si apre così una questione interpretativa di non facile soluzione: la condotta con cui un soggetto si prostituisce è espressione del diritto, riconosciuto dall'art. 2 Cost. come principio fondamentale, di disporre liberamente della propria sessualità?

Non pare in effetti che possa sostenersi una risposta negativa sulla base del “limite” del buon costume.

³³ A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., 245.

³⁴ A giudizio di L. PAVONCELLO SABATINI, *Prostituzione (disposizioni penali in materia di)*, cit., 2, proprio sulla base del rilievo che è stato sostanzialmente criminalizzato tutto ciò che attiene all'esercizio della prostituzione viene in considerazione una disciplina penale diretta a contrastare quella che resta un'attività illecita, sebbene gli autori non vengano perseguiti.

³⁵ In senso contrario, oltre che ovviamente Cadoppi nello scritto più volte citato nelle precedenti note, cfr. anche A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in [Archivio Penale](#), 2013, n. 3, 10-11, il quale osserva quanto segue: «il favoreggiamento della prostituzione, non ledendo l'autodeterminazione della vittima e non ledendo alcun ulteriore bene giuridico (nell'accezione penalistica), contrasta con il principio di laicità perché non danneggia altre persone, ecco perché il favoreggiamento costituisce un'ipotesi classica di “paternalismo penale”. Un atteggiamento paternalistico quello che si riscontra nella giurisprudenza... Davvero il favoreggiamento del mestiere di “escort” lede la libertà di autodeterminazione delle donne? E, soprattutto, la “dignità” teoricamente lesa da tale attività costituisce un quid in grado di legittimare la sanzione penale? Qualche riserva critica sia consentita, almeno per il penalista laico, dal momento che la dignità è un concetto ad ampio spettro, in grado di essere plasmato a piacimento dal legislatore e dall'interprete ed incapace di fornire qualsivoglia direttrice selettiva del penalmente rilevante. Una diversa prospettiva, capace di legittimare la tutela penale, potrebbe solo essere quella offerta da una lettura restrittiva della dignità, declinata in chiave soggettiva come capacità di autodeterminazione, così da scongiurare tendenze paternalistiche».

³⁶ Come ben ricorda da ultima D. TEGA, *sub art. 2*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, cit., 25, a partire proprio dalla dec. n. 561 del 1987 la Consulta ha man mano riconosciuto una tutela costituzionale a numerosi “nuovi diritti”; sul punto cfr. già R. ROMBOLI, *La “relatività” dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, n. 4, 570-71.

In altri termini, poiché si tratta di un principio generale dell'ordinamento giuridico o addirittura di un "valore" di rilevanza costituzionale, l'unico limite cui va incontro l'attività di prostituzione consapevole appare rappresentato dal «concetto-polmone»³⁷ del buon costume codificato nell'art. 5 cod. civ. in tema di atti di disposizione del proprio corpo: il buon costume peraltro va inteso nella sua limitatissima accezione di ossequio al pudore sessuale³⁸.

In riferimento al buon costume così come contemplato nel suddetto art. 5, si può considerarlo un «valore residuale»³⁹: esso, infatti, viene preso in considerazione solo nel caso in cui si possa escludere che l'atto dispositivo del proprio corpo abbia comportato una diminuzione permanente dell'integrità fisica ed allora in tal caso l'atto dispositivo sarà illecito se contrasta con il buon costume⁴⁰.

Tuttavia, sembra che si possa dire che tale "limite" del buon costume prescinde da una valutazione etica del fatto sessuale, il quale pertanto non potrebbe essere punito in quanto deviante o innaturale: il "limite" in questione opera soltanto in considerazione del rapporto relazionale fra lo stesso fatto e i soggetti che vi rimangono estranei e cioè quando vi sia pubblicità dell'atto sessuale, caso nel quale si ricadrebbe nel "concetto" di oscenità di cui all'art. 529 cod. pen.⁴¹.

In questo senso è stato bene osservato che risulta giustificata la punizione dell'adescamento offensivo o l'eventuale divieto di esercizio della prostituzione in luogo pubblico o aperto al pubblico⁴².

Una volta sgombrato il campo dall'ostacolo, rappresentato dal buon costume, a ritenere sussistente la libertà di autodeterminarsi liberamente in merito alla propria sessualità, non ogni problema pare però *ex se* superato.

La questione infatti si complica in qualche modo non foss'altro perché l'attività di prostituzione, rispetto ad una qualsiasi attività sessuale, è caratterizzata per essere un'attività sessuale a pagamento.

A questo proposito è stato rilevato che, più che un'attività lecita, quella inerente l'esercizio del meretricio è un'attività giuridicamente tollerata e che questa tolleranza non è affatto imposta dalla necessità di garantire una libertà meritevole di tutela: infatti «chi vende sesso si degrada»⁴³, con la conseguenza che «nessun principio costituzionale impedirebbe... di abbandonare la politica della tolleranza e di sposare quella della sanzione»⁴⁴.

³⁷ Così R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo - Art. 5*, Bologna-Roma, 1990, 232, il quale osserva che in ogni caso «è fuori dubbio che l'elemento più caratterizzante della nozione di buon costume consiste nella sua predisposizione a funzionare come "concetto-polmone" che consente all'ordinamento di avere innovazioni sostanziali senza necessità di procedere a modifiche formali, infatti, data la labilità e la genericità del concetto in esame, esso è suscettibile inevitabilmente di mutare, non soltanto da un particolare momento storico ad un altro, ma anche da persona a persona, con la conseguente possibilità che la sua concreta applicazione determini più o meno evidenti discriminazioni».

³⁸ È ben noto che con riguardo al "concetto" di buon costume si è riproposta la nota contrapposizione, sorta e sviluppatasi in ordine a tale concetto quale limite alla libertà di manifestazione del pensiero stabilito dall'art. 21 Cost., fra la tesi c.d. penalistica, secondo cui occorre far riferimento alla sola sfera sessuale ed al pudore sessuale, e quella c.d. costituzionalistica, in base alla quale il "concetto" dovrebbe avere un'estensione più ampia rapportabile grosso modo ai *boni mores* latini ed alla comune coscienza morale di un certo tempo. Cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1982, 119; M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, 63.

³⁹ Così sempre R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo*, cit., 233.

⁴⁰ Nell'ipotesi, invece, di lesioni che abbiano comportato una diminuzione permanente dell'integrità fisica, l'atto dispositivo sarà, per ciò solo, illecito, restando del tutto irrilevante il suo rapporto con il "concetto" di buon costume. Cfr. R. ROMBOLI, *op. e loc. ult. cit.*

⁴¹ In questi termini cfr. anche L. MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*, in *Foro it.*, 1989, I, 2115, nonché la Corte cost. nella [sentenza n. 368 del 1992](#), in cui la Corte stessa afferma, *inter alia*, che «la <pubblicità> – intesa come reale o potenziale percezione da parte della collettività, o comunque di terzi non consenzienti, del messaggio trasmesso per mezzo di scritti, disegni, immagini o rappresentazioni – si configura come un requisito essenziale della nozione del «buon costume»» (punto 3 del cons. in dir.).

⁴² In tal senso cfr. G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, in U. BRECCIA - A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, cit., 227.

⁴³ Così M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, 2002, 401.

⁴⁴ M. LUCIANI, *op. e loc. cit.*, il quale conclude che «è importante ribadire che, qui, non c'è alcuna libertà meritevole di tutela e che sui piatti della bilancia stanno soltanto gli interessi della collettività (la salute e la morale) e la dignità di esseri umani che sono usati come oggetti. È di questo che, nel bilanciamento, si deve tener conto, modulando gli interventi

Si potrebbe così concludere nel senso che in un ordinamento democratico e pluralista la libertà di disporre senza condizionamenti della propria sessualità non pare potersi spingere fino al punto di incidere sulla dignità della persona umana, la pietra su cui l'ordinamento stesso è inciso.

Da ciò il passo sarebbe breve nell'arrivare all'affermazione che la repressione penale del favoreggiamento e del reclutamento non limita affatto una libertà costituzionalmente garantita e dunque non comporta per nulla una lesione dell'art. 2 Cost. visto come contenitore di un catalogo aperto dei diritti di libertà.

A queste conclusioni potrebbe opporsi – ed in effetti è stato obiettato⁴⁵ – l'argomento secondo cui il “concetto” di dignità può essere inteso in due significati.

In un primo significato sarebbe individuabile una dignità oggettiva.

Essa costituirebbe un qualcosa di esterno alla volontà del soggetto da proteggere e derivante da parametri di tipo sociale o morale di riferimento ricavabili dall'opinione collettiva o comunque dalle norme di cultura di una certa società.

Infatti, la donna maggiorenne che liberamente decide di prostituirsi in base al “concetto” oggettivo di dignità manca di dignità perché la sua scelta di autodeterminarsi sessualmente nel senso del meretricio non è conforme alle norme sociali o morali diffuse nella società, ma è moralmente o socialmente deviante; *a fortiori* allo stesso modo dovrebbero essere giudicati i responsabili di una condotta di favoreggiamento o di reclutamento della prostituzione.

In un secondo significato, invece, sarebbe enucleabile una dignità soggettiva.

Essa conseguirebbe alle libere scelte di un soggetto capace di autodeterminarsi: di conseguenza, ciascuno avrebbe una propria dignità e un proprio tipo di dignità, e, soprattutto, ogni dignità sarebbe diversa da soggetto a soggetto; ciò che è ripugnante moralmente per qualcuno potrebbe essere bensì dignitoso per qualcun altro e questo dovrebbe valere anche in materia di libertà sessuale.

Se ne trae la conclusione che, se il diritto penale può tutelare la dignità sotto un profilo non oggettivo ma solo soggettivo, allora non si può punire una condotta – qual è quella di favoreggiamento o di reclutamento della prostituzione – solo perché essa è poco dignitosa per un'ampia maggioranza della popolazione.

Si potrebbero invece e, anzi, si dovrebbero sottoporre a pena quei comportamenti lesivi della dignità soggettiva, come quelli che costringono un soggetto ad agire diversamente rispetto a quanto lo stesso considera dignitoso e dunque, a titolo ancora esemplificativo, a prostituirsi contro la propria volontà.

A dire la verità, questa distinzione in seno al “concetto” di dignità non lascia completamente persuasi per un motivo assorbente.

Infatti, ai fini della individuazione della nozione di dignità oggettiva, fare riferimento all'opinione collettiva o alle norme di cultura o morali di una certa società pare operazione inevitabilmente vaga e difficilmente ancorabile a parametri certi e obiettivi; così come, allo stesso modo, ritenere che la dignità sia un “concetto” diverso da soggetto a soggetto porta a relativizzare eccessivamente il “concetto” stesso.

Più proficuo pare invece impostare il problema sotto un altro profilo.

Risulta decisivo verificare se possa essere configurata un'indisponibilità ed irrinunciabilità della dignità di un individuo con vincoli assoluti nei confronti del titolare stesso.

La dignità umana è un bene costituzionalmente tutelato e su questo nessuno pone dei dubbi.

È un bene che gode di una particolare posizione di primazia fra i beni protetti dalla Costituzione: così è considerato anche dalla giurisprudenza costituzionale e da buona parte degli studiosi.

Il punto è stabilire se la tutela della dignità si imponga, o meno, anche nei riguardi del medesimo titolare del bene e se, di conseguenza, possano o debbano essere vietati e puniti comportamenti di un individuo in nome della sua dignità.

repressivi in base al solo scopo di perseguire la tutela di questi valori. Lo spazio per le scelte legislative insomma, è aperto, ma bisogna aver ben chiaro in mente quale sia il bilanciamento che deve guidarle e legittimarle» (cfr. M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, cit., 401-402).

⁴⁵ Cfr. A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., 232-233.

Sul punto i commentatori si dividono e manifestano piuttosto opinioni opposte.

Si parta dall'ipotesi di ritenere che – come vuole una parte della dottrina costituzionalistica⁴⁶ – la dignità dell'individuo capace non può mai essere protetta coercitivamente contro il medesimo: ciò sarebbe, infatti, in contraddizione insanabile con il principio della sua autodeterminazione e la dignità in siffatta ipotesi si convertirebbe in un disvalore costituzionale, cioè «in un retaggio di una concezione paternalistica incompatibile con le “basi filosofiche” del costituzionalismo»⁴⁷.

Se si ritiene, dunque, che sussista «il diritto a vivere una vita poco dignitosa, se ciò sia il frutto di una scelta volontaria, senza costrizioni»⁴⁸, allora è evidente che non si può sostenere che la prostituzione sia un'attività semplicemente tollerata da un punto di vista giuridico, ma se ne deve affermare il collegamento con una libertà garantita *ex art. 2 Cost.*, quella di esprimere la propria sessualità.

L'ulteriore conseguenza è che la repressione penale dell'attività di favoreggiamento o di reclutamento della prostituzione non può ritenersi costituzionalmente legittima sulla base del presupposto che essa tutelerebbe il bene della dignità della prostituta.

Infatti la prostituta ha deciso di disporre della propria dignità e più in particolare di rinunciarvi o comunque di rinunciare a una “porzione” o “quota” di essa: secondo la tesi esposta questa decisione è legittima.

L'intervento penale, in altri termini, si giustificerebbe semmai soltanto in un'ottica “paternalistica”.

Il principio cosiddetto paternalistico, infatti, ritiene che sia una ragione sufficiente, per intervenire con il diritto penale, l'esigenza di evitare che il soggetto consenta una condotta di terzi ritenuta dannosa nei suoi confronti: il soggetto può essere rappresentato dalla prostituta e i terzi dal reclutatore o dal favoreggiatore.

Tuttavia, tale principio non può trovare accoglimento in un ordinamento, come il nostro, in cui – come si ricava anche dalla giurisprudenza del Giudice delle leggi – lo strumento penale costituisce l'*extrema ratio*: esso ha, infatti, il solo scopo di garantire le condizioni minime del vivere democratico in attuazione del generale principio del *favor libertatis*, in base al quale «il *di più* di libertà soppressa costituisce un *abuso*»⁴⁹.

A conclusioni diverse si perviene, invece, qualora si ritenga – con altra parte della dottrina costituzionalistica e non solo⁵⁰ – che il rispetto della dignità umana implica la tutela dell'elementare ma indisponibile diritto di chiunque di essere trattato come uomo, da uomini suoi pari; ciò indipendentemente dal rapporto sociale nel quale lo stesso si venga a trovare⁵¹.

A questa conclusione si perviene quindi qualora si ritenga che la dignità sia una dote «indisponibile»⁵² o un «valore oggettivo e inderogabile, sottratto alla libera disponibilità dell'individuo che ne è portatore»⁵³.

⁴⁶ Cfr. G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2008, 379 ss.

⁴⁷ G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, cit., 381, il quale suggerisce di riflettere sulle «conseguenze assurde cui si perverrebbe se la dignità potesse legittimare restrizioni di libertà nei confronti del suo titolare: si potrebbe, ad esempio, ammettere l'imposizione di una separazione legale a un coniuge, oggetto di soprusi e di menomazione alla sua dignità da parte dell'altro, dal quale pure non desiderasse separarsi» (380).

⁴⁸ G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, cit., 380.

⁴⁹ G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, cit., 226, secondo cui «ne risulta confermata l'inammissibilità, nello Stato pluralista, di un uso della sanzione penale strumentale alla realizzazione di fini etici o trascendenti...» (226-27); sul “concetto” di paternalismo cfr., fra i molti contributi perlopiù critici su di esso, quello di S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 105 ss., alla quale si rinvia per un esame di tutta una serie di casi di paternalismo di norme, quali quello dell'obbligo di indossare il casco o le cinture di sicurezza (cfr. *op. cit.*, 112 ss.) o quello del consumo di sostanze stupefacenti (cfr. *op. cit.*, 118 ss.).

⁵⁰ Cfr. perlomeno i riferimenti compiuti nelle tre note successive.

⁵¹ Sul punto cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 113 ss.

⁵² M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 18.

⁵³ G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 840, il quale conclude che con riferimento a tale valore oggettivo e inderogabile il soggetto «a)... non può validamente dismetterlo; b) la sua determinazione non è rimessa alla persona interessata, ma ad un terzo, ossia,

L'adozione di questa soluzione interpretativa renderebbe possibile considerare la repressione penale del favoreggiamento e del reclutamento non illegittima sotto il profilo della compatibilità costituzionale: tale condotta, infatti, andrebbe ad incidere su di un bene non disponibile dalla prostituta ma che l'ordinamento, per così dire, deve proteggere "a prescindere".

In questo senso non si potrebbe sostenere neppure la violazione dell'art. 41 Cost., pure prospettata dall'ordinanza di rimessione, almeno se la dignità è ritenuta indisponibile e irrinunciabile e posto che tale disposizione costituzionale afferma che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto, *inter alia*, con la dignità umana.

Infatti, nel nostro ordinamento «la libertà del singolo di perseguire il proprio fine di profitto è tutelata a condizione che non comprometta altri valori che la Costituzione considera preminenti»⁵⁴, con particolare riferimento *in primis* proprio al valore della dignità umana.

L'adesione a quest'ultima tesi interpretativa lascerebbe irrisolto solo il seguente problema: perché l'attività di favoreggiamento, pur legittimamente punita, deve essere però sanzionata penalmente con la medesima pena edittale prevista per fatti che appaiono caratterizzati da un tasso di offensività assai diverso, come lo sfruttamento e l'induzione alla prostituzione?

Non sussiste forse nella fattispecie una lampante violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.?

Alla domanda parte della dottrina ha risposto in senso affermativo⁵⁵, mentre la Corte costituzionale ha già risposto in passato in modo negativo.

La Corte, infatti, con la [sentenza n. 119 del 1973](#) ha chiarito che, da un lato, non sussiste alcuna violazione del principio di uguaglianza, come conseguenza di una irragionevole disciplina adottata dal legislatore: allo stesso compete la valutazione della congruità fra reato e pena e su di essa nessun sindacato si rende possibile in sede di giudizio di costituzionalità, sempre che non ricorra il caso che la sperequazione assuma dimensioni tali da non essere sorretta da benché minima giustificazione.

Nella specie la Consulta ha osservato che "non ricorre siffatto caso perché la latitudine della pena, che va da un minimo di due ad un massimo di sei anni di reclusione e da un minimo di centomila ad un massimo di quattro milioni di multa, ben consente al giudice di infliggere in concreto una pena del tutto proporzionata alla gravità della violazione"⁵⁶.

Dall'altro lato, la stessa Corte ha rilevato che non "giova affermare, che l'induzione, il reclutamento, la gestione o direzione di una casa di prostituzione nella loro obbiettività e nelle loro modalità esecutive appaiono più gravi dei fatti di favoreggiamento. Infatti, come bene osserva l'Avvocatura generale dello Stato, non si può escludere che, in concreto, certe ipotesi criminose risultino più gravi (e quindi meritevoli di maggiore pena) di altre che, in astratto, sono soltanto apparentemente di maggiore gravità; onde è da ritenere che il legislatore ha preferito lasciare al giudice un largo potere di valutazione della concreta varietà del fatto, prendendo in considerazione tutti gli elementi indicati dall'art. 133 del codice penale fra cui la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo ed il luogo ed ogni altra modalità dell'azione"⁵⁷.

In ogni caso, per ritornare alla tesi interpretativa appena esaminata, che conduce a ritenere costituzionalmente non illegittimo il favoreggiamento e il reclutamento alla prostituzione, pare di un

in ultima istanza al giudice». In senso analogo cfr. G. PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare in Italia*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, 2296. Il profilo della rinunciabilità dei diritti fondamentali e pertanto anche della dignità è particolarmente studiato dalla dottrina tedesca: cfr., per tutti, le perspicue osservazioni di C. HILLGRUBER, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München, 1992, spec. 134 ss., che analizza la *quaestio* attraverso lo schema concettuale della "protezione contro se stesso".

⁵⁴ Così A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Introduzione alla Costituzione*, Roma-Bari, 1987, 91. Sull'art. 41 Cost. cfr., da ultima, L. CASSETTI, *sub art. 41*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana*, cit., 268.

⁵⁵ Cfr. G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, cit., 227, il quale osserva che «inopportuna appare, poi, la sottoposizione di tali condotte (art. 3, l. 75/1958) alla medesima pena edittale prevista per fatti caratterizzati da un tasso di offensività assai diverso (ad es., lo sfruttamento in senso stretto o l'attività svolta nell'ambito di organizzazioni nazionali ed estere dedite al reclutamento)».

⁵⁶ Punto 3 del cons. in dir.

⁵⁷ Punto 3 del cons. in dir.

certo interesse abbozzare un pur prudente accostamento fra l'attività di favoreggiamento e di reclutamento in questione e la pratica dello spettacolo del "lancio dei nani" che ha luogo nelle discoteche francesi: questa pratica consiste nella possibilità riservata agli spettatori di utilizzare come proiettili le persone affette da nanismo, lanciandole il più lontano possibile.

Il Consiglio di Stato francese ha riscontrato una lesione della dignità della persona umana nell'utilizzo come proiettile di una persona affetta da handicap fisico: la dignità stessa è stata valutata quale principio assoluto che non tollera discriminazioni neanche ad opera del suo titolare e che, in quanto tale, è sovraordinato rispetto alla garanzia di altre libertà fondamentali, quali quelle di lavoro e di iniziativa economica⁵⁸.

Si badi bene che questa decisione è stata presa sebbene fossero state predisposte misure di sicurezza finalizzate ad escludere pericoli per l'incolumità fisica del soggetto e benché il nano avesse liberamente scelto di prestarsi allo spettacolo suddetto⁵⁹: proprio questo è il punto che più interessa ora evidenziare.

Se si assume la tesi da ultimo ricordata in relazione alla dignità, potrebbe ritenersi legittima la repressione penale dei soggetti che lanciano il nano, pur senza incriminare in alcun modo anche la condotta di quest'ultimo, fondando tale legittimità sulla protezione dell'indisponibile bene della dignità del nano stesso: il parallelismo con l'attività di favoreggiamento e di reclutamento della prostituzione sarebbe tutto meno che affrettato.

Per concludere, occorre prendere posizione sulla questione se la dignità – nella fattispecie quella del soggetto che decide volontariamente di prostituirsi – sia, o meno, un bene disponibile e dunque rinunciabile⁶⁰.

Solo in seguito si può rispondere a ragion veduta all'interrogativo se la prostituzione sia un'attività semplicemente tollerata da un punto di vista giuridico o se essa, invece, sia ricollegabile ad una libertà garantita ex art. 2 Cost., ovvero al diritto di esprimere la propria sessualità: questa ipotesi considererebbe costituzionalmente illegittima la punizione del reclutamento e del favoreggiamento della prostituzione in quanto essi si limiterebbero a favorire una libertà garantita dalla Costituzione.

Agli studiosi e agli operatori, ma *in primis* alla Corte costituzionale, l'ardua sentenza.

⁵⁸ Per una panoramica delle decisioni del Consiglio di Stato *de quibus*, il cui orientamento è volto ad evitare il rischio di erigere il soggetto a potenziale tiranno di se stesso, cfr. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., 839-840 nota 94.

⁵⁹ Sul punto cfr. F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino, 2012, 112; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 18 nota 27, mentre G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., 842, arriva a sostenere che il comportamento del nano che acconsente ad essere trattato pubblicamente come un oggetto contribuirebbe a legittimare un ben preciso *Menschenbild*, che in quanto tale finisce per riflettersi negativamente anche sulla posizione degli altri nani non consenzienti, e conclude così nel senso che l'orientamento del Consiglio di Stato francese non consacra «affatto la dignità quale *droit de l'homme*, bensì quale *droit de l'humanité*. Il che implica, più precisamente, che in tal modo... ciascun soggetto è reso non già "creditore", bensì "debitore" del dovere di rispetto della propria dignità nei confronti dell'intero genere umano o di una determinata collettività di persone...» (843). Quanto ad indicazioni di autori francesi che hanno criticato anche aspramente l'indirizzo del Consiglio di Stato, cfr. lo stesso G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., 846 nota 108.

⁶⁰ Sul punto cfr. le osservazioni di R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in *Foro it.*, 1991, I, 15 ss., partic. 20.

Davide Galliani
Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione*

SOMMARIO. 1. *Il momento del giudice.* – 2. *Il giudice da proteggere dal giudice stesso.* – 3. *La motivazione rinforzata e la massima tutela concreta dei diritti.* – 4. *Cultura del precedente e ...* – 5. ... *cultura della motivazione* – 5.1. *Qualche punto fermo.* – 6. *Il post De Tommaso.* – 7. *Morale della favola.*

“Ciò che è costituzionale
credo che si decida e si difenda in posti pubblici come questo,
come anche in un commissariato, in un’aula scolastica,
in una prigione, in un ospedale, su un posto di lavoro,
alle frontiere attraversate dai richiedenti asilo.
Ciò che è costituzionale si misura al pianoterra della società”
Erri De Luca**

1. Il momento del giudice.

In questo scritto vorrei discutere taluni problemi che caratterizzano *il mestiere del giudice*, in particolare il dipanarsi *oggi* della sua attività interpretativa tra Costituzione e Convenzione¹. Lo spunto iniziale e la parte conclusiva riguardano il tema delle misure di prevenzione, che utilizzo come una sorta di testa di ponte per sviluppare argomenti di più ampio respiro, che corrono lungo il crinale della formidabile questione dell’esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Penso non di meno sia utile una premessa di tutto il ragionamento, se si vuole il pre-giudizio dal quale muovo. Sono esistiti periodi nei quali al centro del fenomeno giuridico si collocavano vuoi la dottrina-sapiente vuoi il legislatore-codicistico. Oggi è *il momento del giudice*. Come alla dottrina e al legislatore, nemmeno al giudice può essere attribuito il monopolio del formarsi del diritto. Il riduzionismo è un approccio deleterio, chiunque ne sia il beneficiario. Il diritto è complessità, appartiene alla classe dei fenomeni – umani e sociali – complessi. Questo non significa che il peso assunto dai suoi formanti sia sempre lo stesso. Ed oggi quello del giudice è di particolarissima rilevanza. Da qui prendo le mosse.

2. Il giudice da proteggere dal giudice stesso.

Collocato al centro della scena del fenomeno giuridico, è inevitabile che il giudice finisca per esporsi a nuove insidie. Ne indico una: il giudice deve essere *protetto* dal giudice stesso².

* Ho esposto alcune argomentazioni contenute in questo scritto al convegno annuale LA.PE.C. (sez. Palermo) su *I principi e l’esecuzione delle sentenze della Corte EDU* (9-10 marzo 2018), sessione *Misure di prevenzione e CEDU*. Ringrazio per la lettura e i suggerimenti i colleghi Andrea Pugiotto, Antonio Ruggeri, Roberto Bin, Anna Lorenzetti, Michele Taruffo, Oreste Pollicino, Elisabetta Lamarque e i giudici Lello Magi, Roberto Conti, Antonio Balsamo, Vladimiro Zagrebelsky e Paulo Pinto de Albuquerque. La responsabilità di quanto si dice è in ogni caso unicamente di chi scrive (il testo è aggiornato al 22 marzo 2018).

** Il testo in epigrafe è tratto dalla dichiarazione spontanea resa da Erri De Luca al Tribunale di Torino il 19 ottobre 2015, appena prima della lettura del dispositivo della sentenza con la quale è stato assolto dal reato di istigazione a delinquere perché il fatto non sussiste. La (cauta) motivazione della sentenza è stata poi depositata il 18 gennaio 2016.

¹ Il termine *mestiere*, riferito al giudice, è utilizzato da S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato, A. Barbera, II, *L’organizzazione costituzionale*, IV ed., il Mulino, Bologna, 1997, 433 e da G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, il Mulino, Bologna, 2014.

² Spero di dimostrare che la scelta di riferirsi al giudice in quanto tale (non al giudice costituzionale, al giudice di legittimità, al giudice di merito, al giudice convenzionale) sia stata una opzione non del tutto opinabile. Penso che possa esistere un *approccio* comune al diritto, il quale dovrebbe caratterizzare ogni giudice, salva evidentemente la necessità, di volta in volta, di evidenziare una o più peculiarità che caratterizzano il ruolo della corte entro la quale il giudice è

Leopoldo Elia, nel 1962, quindi pochi anni dopo l'entrata in funzione della Corte costituzionale, mise in guardia da quello che definì il mito della giurisdizionalità. Sostenne che, in materia di misure di prevenzione, non era sufficiente accontentarsi di un facile spostamento di competenze, dalla polizia al p.m. al giudice³.

Aveva tre volte ragione: 1) è sempre necessario riflettere sulle misure di prevenzione in sé, *indipendentemente* dalle garanzie giurisdizionali, che significa non abituarsi al pensiero che, per richiamare Franco Bricola, si possa trasformare l'*anormale* in *normale* per via del concetto *sfinge* della difesa sociale⁴; 2) al giudice può essere *comunque* attribuita una eccessiva discrezionalità, che dipende molte volte dalla (evidente) cattiva qualità della legge, ma altre da una precisa (e opinabile) scelta in tale senso da parte del legislatore; 3) corriamo il rischio di dimenticare che la soggezione (costituzionale) del giudice *soltanto* alla legge serve anche per *proteggere* il giudice da altri giudici.

Non esiste paese al mondo in riferimento al quale è possibile affermare l'esistenza di un *completo* assoggettamento di un giudice ad un altro giudice⁵. Il nostro ordinamento conferma la regola⁶.

3. La motivazione rinforzata e la massima tutela concreta dei diritti.

Se il nuovo mito del precedente giurisprudenziale, con il suo fratello gemello del consolidamento, rischiano di limitare *oltremisura* il ruolo del giudice, una diversa strada – non meno rischiosa, ma più rispettosa del senso più profondo del mestiere di giudice (ricercare la verità per rendere giustizia) – potrebbe essere quella della motivazione rinforzata, utilizzata in diversi ambiti nel nostro ordinamento.

Si pensi alle interpretative di rigetto della Corte costituzionale, che, per la giurisprudenza di legittimità, si seguono salva possibilità di distaccarsene con motivazione rinforzata, la quale serve anche per dimostrare alla Consulta, ai fini dell'ammissibilità della q.l.c., che si è tentata

chiamato a svolgere il suo mestiere. Che poi un determinato approccio influenzi in misura considerevole l'attività interpretativa è una conseguenza inevitabile, come cercherò di argomentare nel prosieguo.

³ Sottolineo che la [sentenza n. 2 del 1956](#) della Corte costituzionale riguardava proprio talune misure di prevenzione. Il pensiero di Leopoldo Elia si trova esposto come noto in L. ELIA, *Misure di prevenzione e libertà personale*, Milano, 1962, ora in ID., *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, 2005.

⁴ ... sulla cui base si svolgono deboli e pericolose operazioni di ortopedia giuridica, che non riescono a spiegare come possa la Costituzione tollerare truffe delle etichette così vistose: cfr. F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione* (1975), ora in ID., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 35 per il concetto-sfinge di difesa sociale, 43 per l'intolleranza della Costituzione nei confronti di truffe delle etichette così vistose e 63 per le operazioni di ortopedia giuridica tanto deboli quanto pericolose.

⁵ Mi riferisco alla dimensione verticale del precedente. Il problema vero non è se un precedente vincola lo stesso giudice, cosa che mi pare talmente incomprensibile (da un punto di vista giuridico) quasi da non meritare molta attenzione. La questione si pone in senso verticale. Ed appunto non esiste sistema al mondo nel quale si possa parlare di un *completo* assoggettamento di un giudice ad un altro giudice, essendo l'unica plausibile eccezione (il Brasile) talmente discussa da far pensare che non si tratti di una vera e propria eccezione. Si veda quanto dice a proposito Michele Taruffo in numerosi scritti e da ultimo in *Note sparse sul precedente giudiziale*, relazione al convegno dell'Accademia dei Lincei del 6 luglio 2017 su *I precedenti*, in corso di pubblicazione negli atti del convegno. Ho potuto leggere la relazione di Michele Taruffo in *paper*. Esprimo qui pubblicamente la mia gratitudine per le attenzioni che il maggior studioso italiano della motivazione ha voluto dedicarmi in questi anni di proficuo dialogo. E' grazie a lui che ho compreso l'importanza *costituzionale* della motivazione ed è anche per questo che gli sono profondamente grato. In fondo, il diritto costituzionale è pur sempre una "disciplina di frontiera", come sosteneva A. PIZZORUSSO, *La Costituzione, il diritto costituzionale e le altre discipline (Come vedono i costituzionalisti l'utilizzo della Costituzione da parte delle altre discipline)*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1999, 183.

⁶ Gli inglesi sostengono che un precedente si supera quando è *right to do*, quando è giusto farlo. Se vale per loro, a maggior ragione dovrebbe valere per i giudici italiani, i quali, peraltro, per la Corte di giustizia, hanno il compito di modificare una giurisprudenza interna (anche *consolidata*) che ritengono incompatibile con gli scopi del diritto europeo. Nel caso di una direttiva europea questo deve avvenire a prescindere dall'attuazione (*Wagner Miret*, C-334/92) e anche prima della scadenza del termine per l'attuazione (*Mangold*, C-144/04). Il giudice italiano, stando alla Corte di giustizia, deve fare *tutto il possibile* per evitare che sia compromesso il risultato voluto dalla direttiva.

l'interpretazione costituzionalmente orientata. Lo stesso avviene in riferimento alle istanze di parte con le quali si chiede al giudice di sollevare una q.l.c., che possono (per legge) respingersi solo con motivazione adeguata⁷.

Si consideri anche il ruolo del giudice di appello, nel momento in cui condanna dopo una assoluzione in primo grado (e ora quando assolve dopo una condanna): anche in questo caso è richiesta, tra le altre cose, una motivazione rinforzata, figlia della necessità di rendere giustizia oltre ogni ragionevole dubbio. Un caso simile avviene a fronte dell'art. 35 *ter* dell'ordinamento penitenziario, che, ancora più della legge Pinto, pensava di fare del giudice interno un mero *ricettore-ripetitore* della giurisprudenza di Strasburgo. Dimenticandosi che, appunto con una motivazione rinforzata, il giudice (italiano) può garantire *più* di quanto fatto dalla Corte di Strasburgo (basta a proposito il richiamo dell'art. 53 della Convenzione).

Il ricorso alla motivazione rinforzata sembra adeguato anche per quanto riguarda *in generale* i rapporti tra giudici italiani e Corte di Strasburgo e quindi il tema dell'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Dato che il giudice italiano è soggetto alla legge e dato che la legge è soggetta agli obblighi internazionali, il punto di partenza (costituzionale) è la soggezione del giudice agli obblighi internazionali⁸. Piuttosto che ricercare i limiti della soggezione del giudice agli obblighi internazionali nei *pericolosissimi* controlimiti⁹ o quasi controlimiti¹⁰, sarebbe meglio dire che il giudice italiano deve per Costituzione rispettare la giurisprudenza di Strasburgo, ma con un limite, sostanziale non formale. Non conta se una sentenza è resa o meno contro l'Italia, se è di Grande Camera o di Camera, se contiene o meno opinioni separate, se è pilota o meno¹¹.

⁷ Restando al giudice costituzionale, si potrebbe anche sottolineare la necessità di motivazione rinforzata di una sentenza di accoglimento rispetto ad una interpretativa di rigetto, per via degli effetti irreversibili che la prima produce (devo lo spunto ad Antonio Ruggeri).

⁸ Per usare le precise parole di M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa*, 3 marzo 2001, 1: è questa la "bomba" lasciata dal legislatore costituzionale del 2001. L'invito a riflettere ulteriormente, in questo caso, come in altri, non è stato ascoltato, con la pesantissima aggravante che il testo riformato era la Costituzione.

⁹ Dovrebbero essere pochi, da richiamare sporadicamente, rischiano invece di essere tanti, invocati quotidianamente. Se tutto è supremo, niente più è supremo. Una spirale, a mio parere, molto pericolosa.

¹⁰ I misteriosi "tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale", dei quali discute il complicato § 7 del *cons. in dir.* della sentenza [n. 49/2015](#) della Corte costituzionale, una decisione che non ha avuto positivo accoglimento in dottrina, ma che non di meno sembra essere ancora utilizzata dal giudice delle leggi. Certo, gli indici indicati nel 2015 si sono persi nel tempo, nel senso che non sono stati più approfonditi, tuttavia il riferimento al consolidamento, pur con alterne fortune, sembra essere ancora presente (da ultimo, nella [sentenza n. 43 del 2018](#), la quale però a sua volta dimostra la problematicità del riferimento al consolidamento, in quanto la Consulta si accontenta di *una* sentenza della Corte di Strasburgo, che innova rispetto ai precedenti, per restituire gli atti al giudice *a quo*). Vedi in ogni caso la nota successiva.

¹¹ Dei quattro indici, due mi sembrano facilmente risolvibili (la soggezione dei giudici agli obblighi internazionali discende da *ogni* pronuncia della Corte, *indipendentemente* dallo Stato resistente; la presenza di opinioni separate nulla significa circa l'esistenza della stessa soggezione), mentre sugli altri due spendo qualche appunto. Da una parte, mi limito a riportare i dati a proposito della pronunce rese in Grande Camera rispetto a quelle di Camera: 27 su 993, 22 su 823, 19 su 891 e 15 su 916. Vale a dire 83 su 3.623 sentenze, dal 2016 al 2013, il 2,2%. Se una sentenza di G.C. fosse indice di consolidamento, la conclusione potrebbe essere che il consolidamento a Strasburgo praticamente quasi non esiste. Dall'altra parte, rispetto alle sentenze e alle procedure pilota, vi è un problema di fondo. Non mi riferisco alla loro natura politico-diplomatica più che giuridica (è concepibile che una violazione accertata per un ricorrente – di serie A – possa essere sospesa per tutti gli altri – di serie B – che magari sono migliaia, in attesa dell'operato statale, vigilato da un comitato dei ministri?). Piuttosto al fatto che, per definizione, riguardano problemi strutturali di *un* paese. Ritenere vincolato senza margini di azione il giudice italiano, salvo i controlimiti, rischia di rivelarsi un cortocircuito, proprio perché si sta affermando che il giudice italiano deve rispettare una sentenza che si riferisce a problemi strutturali di un *altro* paese. Ma è più in generale che il ricorso alle sentenze pilota andrebbe ripensato da parte della Corte di Strasburgo, volendo anche riflettendo sulla tanto declamata capacità di stimolare le riforme nei paesi parti della Convenzione. Al di là dell'aspetto marcatamente economico (gli Stati riformano la legislazione per non dover risarcire migliaia di ricorrenti) e di quello a garanzia della deflazione di ricorsi a Strasburgo (i rimedi interni, introdotti durante una procedura pilota, hanno anche l'effetto di non far accrescere l'arretrato di Strasburgo), mi sembra sempre più evidente che le sentenze e le procedure pilota falliscano lì dove invece dovrebbero riuscire. Un caso recente lo spiega. Dopo 16 anni spesi a condannare l'Ucraina, perché si rifiutava di pagare pensioni e indennità a diversi dipendenti

Quello che dovrebbe fare la differenza è se il giudice italiano la condivide o meno. Se non la condivide può procedere senza l'interpretazione convenzionalmente orientata, ma adottando una motivazione rinforzata¹². Se invece il giudice italiano è d'accordo i problemi sono diversi, tuttavia è sempre il giudice che dovrebbe decidere di essere d'accordo o meno, poiché renderlo meccanico traspositore interno di una sentenza di Strasburgo è sbagliato, ai limiti della legittimità costituzionale¹³.

Il criterio per decidere di essere o meno d'accordo con la giurisprudenza di Strasburgo non può essere formale, ma deve essere sostanziale. Se intendiamo attribuirgli *nome* e *cognome*, possiamo chiamarlo la *massima* tutela *concreta* dei diritti, che, allo specchio, come ha insegnato Paolo Barile, riflette l'interpretazione *restrittiva* dei *limiti* ai diritti¹⁴.

4. Cultura del precedente e ...

La questione della massima tutela concreta dei diritti merita di essere affrontata adottando un approccio (particolarmente) cauto. Non mi pongo il *falso* problema di cosa sia: a priori nessuno può stabilirlo, dipenderà da ogni singolo caso concreto. E' invece necessario sviluppare una vera e

pubblici nonostante decisioni loro favorevoli dei giudici interni, nel 2009 è giunta la sentenza pilota, che riguardava 1.400 casi simili. La situazione oggi non è migliorata, è peggiorata. Cosa decide di fare la Corte? In *Burmych e altri*, G.C., 12 ottobre 2017, la maggioranza (10 vs 7) sostiene di non potere fare più niente e decide (incredibilmente) di radiare dal ruolo (*strike out*) 12.143 ricorsi (!), dei quali circa 5.000 non ancora comunicati (!). Passa la palla al Comitato dei Ministri, che adotta un (comico) comunicato, inserito in fretta il 9 novembre 2017 nel sito internet del Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze: invita i radiati a rivolgersi al Ministero della Giustizia ucraino!

¹² Mi sembra molto di più del *take into account* che si utilizza per i rapporti tra giudici inglesi e Corte di Strasburgo, un *tenere in considerazione* che ha il sapore di un arrivederci pronto a trasformarsi in un addio. Non sono pessimista e drastico. Ho solo in mente la posizione di vari ministri e *premier* inglesi favorevoli non all'uscita dall'Unione ma dal sistema convenzionale.

¹³ O meglio sembra non bilanciare in modo appropriato l'art. 117, I comma, Cost. con l'art. 101, II comma, Cost. Ad ogni modo, è risaputa la risposta della Corte costituzionale rispetto alla disapplicazione verso il diritto convenzionale. Tuttavia, in primo luogo, la distinzione tra Unione Europea e sistema convenzionale è (si passi il termine) "ideologica", visto che non è difficile dimostrare come anche Strasburgo limiti la nostra sovranità. Non nego che l'Unione costituisca un vero e proprio nuovo ordinamento giuridico autonomo (questa è una tesi che suscita perplessità in Germania se riferita al ruolo del Parlamento europeo...), ma mi sembra troppo negare che il sistema convenzionale è qualcosa che il diritto internazionale nemmeno poteva immaginare anche solo poco tempo fa, peraltro garantito da una corte, alla quale possono rivolgersi individui in carne e ossa, non meno indipendente di quella con sede a Lussemburgo. Mi sembra che la posizione della Consulta ricalchi quella della Corte di Giustizia espressa nel parere circa l'adesione dell'Unione alla Convenzione. L'Unione è un ordinamento costituzionale europeo, mentre il sistema convenzionale al massimo una organizzazione internazionale *sui generis*. Del resto, reinterpretare in nostri rapporti con il sistema convenzionale riferendosi all'art. 11 Cost non esclude che, in talune circostanze, la porta di ingresso nel nostro ordinamento delle disposizioni convenzionali, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, possa essere anche l'art. 10, I comma, Cost., come sostenne la stessa Corte costituzionale, nel caso in cui la Convenzione (come interpretata dalla Corte di Strasburgo) contenga principi generali o norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (cfr. O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 16 dicembre 2009). A tale proposito, rinvio al prosieguo per un esempio (nota 43). In secondo luogo, dato che Lussemburgo recepisce *quotidianamente* Strasburgo, fino a quando potrà durare il diverso trattamento che la Consulta riserva all'una e all'altra? Se la risposta fosse che il trattamento da riservare alla Carta dei diritti – dopo la [sentenza n. 269 del 2017](#) della Corte costituzionale – non è diverso da quello da utilizzare per la Convenzione, allora si starebbe in realtà ridiscutendo dalle fondamenta le sentenze quasi gemelle del 2007, che si basavano proprio sulla distinzione "ideologica" di cui sopra. Sempre ammesso che la nuova impostazione passi indenne la valutazione della Corte di Giustizia, la quale, a mio avviso, se intende accogliere la svolta della Corte costituzionale, sarà costretta a rivedere la propria giurisprudenza. Non discuto nel merito cosa sia meglio. Mi sembra però che la Corte di Giustizia abbia fino ad ora sostenuto che il giudice deve essere libero di fare *quando ritiene* il rinvio pregiudiziale, mentre il giudice delle leggi introduce ora un paletto temporale che cozza con l'impostazione della Corte del Lussemburgo.

¹⁴ Mi riferisco ovviamente a P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, *passim*.

propria cultura della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e una vera e propria cultura del precedente.

Sul precedente sottolineo solo due aspetti¹⁵. Non garantisce in alcun modo né *certezza* né *prevedibilità* del diritto il giudice che guarda al precedente per fare in fretta¹⁶. Il giudice, soprattutto, non deve correre il rischio di alzare la testa *verso l'alto* e ricercare (non la legge ma) il precedente. Il rischio sarebbe il formalismo, la standardizzazione, l'impovertimento della democrazia pluralista, che si nutre di pluralismo giurisprudenziale, anche di *conflitto* giurisprudenziale, grazie al quale il sistema nel suo complesso va avanti¹⁷. Il giudice, tenendo conto dei precedenti, deve tenere la testa rivolta *verso il basso*, cercando di fare giusta giustizia, prima di ogni altra cosa, per quel caso concreto che ha di fronte, senza sussumere meccanicamente niente da un precedente¹⁸.

Non esiste nulla di più sbagliato di una decisione resa da un giudice che non ci crede, con buona pace del sillogismo perfetto, il quale – pensato da Beccaria per spiegare il ruolo del giudice rispetto alla legge – rischia, oggi, di tramutarsi in un sillogismo pericoloso e discutibile se utilizzato per fondare il ruolo del giudice rispetto ad un altro giudice¹⁹.

¹⁵ Premettendo in ogni caso che, per il nostro ordinamento, è sicuramente un tema scoppiato all'improvviso, negli ultimi decenni. Nel *Novissimo Digesto Italiano* – che dal 1957 prosegue il *Nuovo Digesto Italiano*, a sua volta continuo dal 1937 del *Digesto Italiano*, iniziato nel 1884 – al vol. XIII, del 1976, alla voce *precario (diritto civile)* segue la voce *precedenze nelle cerimonie*. Non vi è traccia della voce *precedente giurisprudenziale*. Esiste la voce *giurisprudenza*, nel vol. VII del 1974, scritta da Vittorio Colesanti, la quale, tuttavia, pur essendo molto bella, parla a sprazzi del precedente. Si consideri inoltre che sia il *Nuovo* sia il *Novissimo* erano diretti da Primi Presidenti della Cassazione.

¹⁶ A volte del resto i modelli stranieri ai quali si guarda con interesse sono in fase di profonda trasformazione. Grazie al principio di proporzionalità e all'influenza della Corte di Strasburgo, è molto probabile che, nel medio periodo, la *Cour de Cassation* diventi molto differente da quella alla quale siamo soliti pensare, incominciando proprio dal nuovo modo di motivare (cfr. A. JANNARELLI, *Dalla rivisitazione della propriété all'auto-riforma della Cour de Cassation: i primi frutti del diritto post-moderno*, in *Giustizia civile*, 2/2017, 361 ss.). Inoltre, dato che comunque i problemi in Italia esistono, andrebbero affrontati senza generalizzare, intervenendo prima laddove le questioni sono più serie e dopo (se del caso) altrove. Penso ad esempio all'eliminazione generalizzata del ricorso personale in Cassazione, misura deflattiva recente (come tante altre) che avrebbe dovuto tenere in considerazione maggiormente gli effetti a seconda dei destinatari: quando un detenuto scrive un ricorso sta esercitando molto più del suo diritto di difendersi. Basta leggere del resto la giurisprudenza di legittimità per rendersi conto che molte sentenze (sicuramente importanti) sono state pronunciate sulla base di un ricorso scritto di proprio pugno da un detenuto, senza alcun ausilio da parte di un avvocato cassazionista. Si stanno lasciando sul campo, per l'obbiettivo della deflazione, troppi illustri principi: in Cassazione, il ricorso personale e l'udienza pubblica, nel merito preoccupa non poco l'udienza in video-conferenza. In generale, il prossimo attacco potrebbe scagliarsi contro la collegialità, che già non è in uno stato di forma ottimale.

¹⁷ Con queste precise parole si introduce il *diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*: “nei sistemi costituzionali pluralistici contemporanei l'entrata in vigore di una legge spesso non è affatto un *punto di arrivo* (...) costituisce il *punto di partenza* di una «lotta» per la specificazione del suo significato e, dunque, per la definizione della regola stessa” e “di questa «lotta» per la specificazione del significato delle regole poste dal legislatore l'intervento del giudice è oramai aspetto essenziale” (cfr. N. ZANON, F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario. Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2002, 3).

¹⁸ La Cassazione ha affermato, in una sentenza molto convincente, che, per derogare al criterio *legale* della stabilità dell'interpretazione, devono esserci *buone* ragioni, che diventano *ottime* ragioni in presenza di norme processuali. Giustamente, la Cassazione sostiene che il cambio di giurisprudenza deve interpellare il “senso della misura”, il senso della responsabilità dell'interprete. E continua: non servono formule matematiche per comprendere quando vi siano delle buone ragioni per fare un *overrule*, ma si deve riflettere attorno al senso di equilibrio e di misura, sulla responsabilità dell'interprete (Cassazione, Sezioni Unite civili, 6 novembre 2014, n. 23675). Nel merito, il giudice di legittimità sostiene che un *overrule* delle Sezioni Unite in materia processuale è possibile quando la precedente interpretazione è manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali, ingiusti.

¹⁹ Non perché “non esistono fatti, ma solo interpretazioni”, semmai perché “esistono solo fatti, che conducono a diverse interpretazioni”. Quanto diverse? Certo, dire quanti sono i giudici appare eccessivo, tuttavia meno rischioso potrebbe essere appunto il criterio della motivazione rinforzata per distaccarsi da un precedente, una volta valutata *attentamente* la possibilità di ricostruire il dato fattuale di partenza entro la medesima previsione legislativa. La motivazione rinforzata ha il pregio di collocarsi per così dire a metà strada dall'essere un mero vincolo procedurale e un troppo forte vincolo sostanziale.

5. ... cultura della motivazione.

Sulla cultura della motivazione spendo qualche riflessione più articolata. In primo luogo, mi sembra auspicabile una tendenziale convergenza dei metodi interpretativi utilizzati dai giudici.

La Costituzione, la Carta dei diritti e la Convenzione sono tutte *materialmente* costituzionali. Pertanto, i giudici che maneggiano questi testi dovrebbero leggerli soprattutto in base al loro oggetto e al loro scopo. Non significa sbarazzarsi dell'interpretazione letterale o di quella che rinvia ai lavori preparatori, solo attribuirli il giusto peso ponderato, a fronte di testi tutti materialmente costituzionali, volti perciò a *limitare* il potere per *proteggere* i diritti²⁰.

Senza una interpretazione figlia di una mentalità o di un approccio costituzionali nessuna carta potrà in realtà mai essere materialmente costituzionale. Affidare una Costituzione ad un giudice diplomatico, burocrate, poco coraggioso è la migliore garanzia per farla rimanere un pezzo di carta.

In secondo luogo, è necessario pensare a motivazioni che siano commensurabili. Un esempio. In Italia, il giudicato si forma sui *capi* e non sui *punti* della sentenza. Ed è inutile negarsi che, sempre in Italia, quando si ricerca un precedente il riferimento corre al principio di diritto. Ebbene, si tratta di due elementi che, per stare alla sentenza di Strasburgo, non sono facili da trovare: non esistono né capi né veri e propri principi di diritto *Italian Style*. Massimizzare la giurisprudenza di Strasburgo è una *Mission Impossible*. Non a caso esistono solo i *Factsheets*, proprio perché sono i fatti del caso concreto che ricoprono un ruolo determinante, fatti dei quali nelle massime della Cassazione si dice purtroppo poco o niente (e mi sembra evidente che una massima senza fatti è come tenere lontano il figlio dalla madre)²¹.

²⁰ Questo non significa disconoscere le peculiarità di ciascuna attività interpretativa a seconda della corte nella quale si svolge il mestiere di giudice. Come cercherò di spiegare nel prosieguo, sarebbe forse meglio riferirsi ad un *approccio* del giudice piuttosto che alla sua attività interpretativa, ma, evidentemente, le due cose non sono nettamente separabili. Quanto alle *specificità* dell'attività interpretativa della Corte di Strasburgo, basta riferirsi alla Convenzione di Vienna, ai sensi della quale i termini di un trattato devono essere interpretati in buona fede, in base al senso comune da attribuirgli nel loro contesto, che comprende anche *any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties* (art. 31, § 2, lett. c). La Corte da tempo sostiene che l'art. 31, § 2, lett. c deve trovare piena applicazione nelle sue pronunce. Non di meno, la Convenzione è un *living instrument* e questo significa che la Corte utilizza, a fini interpretativi, non solo i trattati, le convenzioni, gli accordi firmati e ratificati dagli Stati parti, poiché tiene in considerazione *ogni* fonte di diritto internazionale in grado di chiarire la presenza o meno di un *common ground among the norms of international law*, indipendentemente dalle firme e dalle ratifiche degli Stati parti della Convenzione. In questo eterogeneo materiale di derivazione internazionale (sul quale fa chiarezza *Demir e Baykara v. Turchia*, G.C., 12 novembre 2008), rientrano anche i *non-binding instruments*, anche qui senza considerare se siano firmati e ratificati dagli Stati parti. Che le *non-binding international rules* abbiano un ruolo di primo piano nel diritto internazionale dei diritti umani, rendendo meno pregnante di quanto avvenga a livello statale la distinzione tra *hard law* e *soft law*, è affermato con nettezza dalla Corte Internazionale di Giustizia, ad esempio nella *Advisory Opinion* (8 luglio 1996) su *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Per quanto riguarda la Corte di Strasburgo, basta ricordare il peso dei rapporti del CPT e della Commissione di Venezia. Sempre sulla questione interpretazione, oltre al margine di apprezzamento, vi è da menzionare il *consensus criterion*, che tuttavia, come il margine di apprezzamento, si presta a usi e abusi, tanto è vero che, al contrario della Corte di Strasburgo, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo (secondo me giustamente) a volte lo rifiuta esplicitamente (ad esempio, *Atala Riffo e figlie v. Cile*, 24 febbraio 2012, § 92). Infine, esiste una sorta di norma di chiusura, sempre prevista nella Convenzione di Vienna, che si ricava dalle due previsioni di cui agli artt. 26 e 27: *pacta sunt servanda* e divieto, per ogni Stato parte di un trattato, di invocare le previsioni del diritto interno al fine di giustificare *its failure to perform a treaty*. Che si debbano ricomprendere, in questo secondo caso, anche le disposizioni costituzionali e soprattutto i principi supremi è la questione del futuro, la quale, nonostante assuma significato differente, riguarda i rapporti tra gli Stati e *tutte* le corti apicali non statali, dalla C.I.G. alla Corte di Giustizia alla Corte di Strasburgo. Il mare è in tempesta, verrebbe da dire, l'importante è rendersi conto che le organizzazioni internazionali o sovranazionali che dir si voglia non sono calate dall'alto da una qualche (cattiva) divinità ultraterrena, ma sono creazioni pur sempre volute dagli stessi Stati. Un libro pionieristico, che si sforza di inquadrare *as a whole* gli *human rights commitment* degli Stati, è *Integrated Human Rights in Practice. Rewriting Human Rights Decisions*, Edited by E. BREMS and E. DESMET, Elgar, UK, 2017.

²¹ Non sto affermando che leggendo una sentenza della Corte di Strasburgo non è possibile enucleare alcun principio di diritto. Solo che, intanto, dovremmo preliminarmente intenderci rispetto a questo termine, che, se riferito alla Corte di Strasburgo, non può avere un significato identico rispetto a quello che utilizziamo per il nostro ordinamento. Inoltre, quando anche si riuscisse nell'impresa definitoria, si sarebbe comunque di fronte, per quanto riguarda la Corte europea

Non parlo di motivazioni *standard*. Sarebbe un odioso e azzardato ossimoro. Il “giornale di viaggio della sua logica” – vale a dire la motivazione – il giudice lo scrive e riscrive ogni volta, anche ricorrendo all’intuizione, per definizione ribelle a qualsiasi standardizzazione²².

Tuttavia, a parte che è possibile un comune impegno dei giudici affinché vi siano delle regole redazionali comuni (ad esempio, la suddivisione in *brevi* paragrafi *numerati*), non possiamo leggere una sentenza di Strasburgo indossando gli occhiali con i quali leggiamo le sentenze italiane. Proviamo a domandarci non cosa sia la Corte di Strasburgo (corte costituzionale, cassazione, giudice di merito, quarto grado), ma quanto le nostre corti (e quindi i nostri giudici) ragionano in modo simile ai giudici di Strasburgo, visto il comune fine (la protezione e la salvaguardia dei diritti degli esseri umani). Non ritengo persuasiva la critica che si potrebbe esporre a tale proposito, alla quale controreplico che non avrebbe molto senso stimolare una corte *europea* ad essere di volta in volta più russa, più turca, più inglese e più italiana.

Dobbiamo pertanto ritornare a dibattere sui fondamentali. Per richiamare Mario Dogliani: “tornare alle questioni radicali è un bisogno”²³. Questo proprio a partire dal tema della motivazione, ridiscutendo *da cima a fondo* distinzioni oggi malconce. Troppo lineari, drastiche, categoriche. Poco adatte a un diritto complesso, utili (forse) per un diritto semplice (se mai esistito)²⁴.

Si considerino le distinzioni fatto/diritto (dogma-madre di tutti i problemi²⁵), *ius litigatoris/ius constitutionis*, *ratio decidendi/obiter dicta*, cosa interpretata/cosa giudicata, chiesto/pronunciato. Che dire della problematicissima tecnica dell’assorbimento, che *azzoppa* la motivazione negando il pronunciamento sul chiesto. Tecnica che serve a volte solo al fine di procedere speditamente, in ossequio al motto odierno del *public or perish* (pubblici o soccombi), utilizzato (purtroppo) anche nelle università, non solo nelle corti. Assorbimento che espone a rischi altissimi ogni giudice, come sappiamo in Italia quando la Corte di Strasburgo ci condanna, in modo inopinabile, perché non vi è stata pronuncia sulla richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. D’altro canto, la Corte di Strasburgo decide di affrontare un problema di convenzionalità anche perché il giudice interno non ha speso a proposito nemmeno una parola, proprio per via dell’assorbimento.

dei diritti dell’uomo, ad una proposizione giuridica incapace di staccarsi dal caso concreto. Non dimentichiamo, tra l’altro, che il rapporto tra Convenzione e Corte non è mediato da alcuna legge, così come invece accade tra Costituzione e Corte costituzionale, Corte di Cassazione, giudici di merito. Questo significa che la Corte di Strasburgo è lasciata “sola” nell’interpretazione della Convenzione e pertanto il suo rapporto con i fatti del caso assume una sfaccettatura relevantissima.

²² Non poteva che essere la voce di P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954 a definire la motivazione “il giornale di viaggio della logica del giudice” (*ivi*, 97). Motivazione che è “una riprova logica, per controllare, al lume della ragione, la bontà di una decisione scaturita dal sentimento: è la «razionalizzazione» del senso di giustizia; è la dimostrazione, che il giudice vuole dare a sé stesso prima che alle parti, della *ratio scripta* che convalida la scoperta nata dalla sua intuizione” (*ivi*, 102-103). Ed ancora: “il senso della giustizia non è una variabile illusione soggettiva, ma una educazione dello spirito che si affina e si perfeziona coll’esperienza, tanto da poter giungere a intravedere da sé, per intuizione, quella soluzione giusta, che trova nei libri la riprova sicura della dottrina”. E questo perché “il giurista non è un prontuario legislativo: il giurista (...) è colui che sa come si fa a studiare un caso giuridico, è colui che conosce il metodo per scoprire i profili giuridici dei casi umani; ma soprattutto è colui che *sente* come un caso deve esser risolto” (*ivi*, 104). Per concludere: “Per ottenere che nella formazione della sentenza si produca quella auspicabile coincidenza tra la intuizione che detta e la ragione che controlla (e che di conseguenza la motivazione sia veramente una leale spiegazione e non un fallace travestimento della decisione), è necessario che nel giudice sentimento e ragione siano per così dire all’*unisono*” (*ivi*, 107).

²³ Cfr. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994, 7.

²⁴ Diritto complesso significa diritto liquido? Per Zygmunt Bauman sì, ma anche per la Cassazione italiana, secondo la quale esiste “il principio della ragione più liquida che, imponendo un nuovo approccio interpretativo con la verifica delle soluzioni sul piano dell’impatto operativo piuttosto che su quello tradizionale della coerenza logico-sistematica, consente di sostituire il profilo di evidenza a quello dell’ordine di trattazione delle questioni di cui all’art. 276 cod. proc. civ., con una soluzione pienamente rispondente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, oramai anche costituzionalizzata” (Cassazione civile, Sezione VI, 7 aprile 2014, § 4, che richiama altri precedenti, anche delle Sezioni Unite, in materia di giudicato implicito).

²⁵ Cfr. F. RIGANO, *Note sullo Statuto costituzionale del giudice comune*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, 96 ss., secondo il quale la distinzione tra giudizio di fatto e di diritto assomiglia appunto ad un vero e proprio dogma.

Corte europea dei diritti dell'uomo che, sia chiaro, parlando di motivazione, mostra problemi giganteschi, arrivando addirittura a negarla completamente²⁶, ma che almeno ricorre con estrema parsimonia alla tecnica dell'assorbimento, anzi a volte riformula il chiesto pur di pronunciarsi (per la violazione, *of course*)²⁷.

Ed ancora: quanto regge oggi la enciclopedica distinzione tra funzione endoprocessuale e extraprocessuale? Da una parte, le motivazioni della Cassazione e della Corte costituzionale, corti *una volta* apicali, sono lette e criticate dalle corti europee. Dall'altra parte, il giudice, che di certo pronuncia in nome del popolo, deve avere come *primo* destinatario della sua pronuncia la persona in carne e ossa che ha di fronte. La prima destinataria di una sentenza non dovrebbe essere una inanimata e indistinta società, semmai l'essere umano che ha fatto affidamento al giudice affinché il *suo* caso sia risolto in modo giusto.

Sono poi commensurabili motivazioni di sentenze sempre unanimi, per via della mitica segretezza della camera di consiglio e sentenze che contengono in bella vista il pensiero dell'opinione del singolo giudice del collegio²⁸? E' possibile paragonare motivazioni che

²⁶ Come in sede di ammissibilità a giudice unico, così anche in sede di *referral* e di *relinquish* la Corte non fa sapere (non rende pubbliche, quindi, *de facto*, non esistono) le motivazioni alla base delle proprie decisioni, qualunque siano, negative o positive. Non sempre si colgono le conseguenze di questa (pessima) scelta, poco in linea con il testo convenzionale. Risulta difficile sostenere quale sia il vero motivo per il quale si utilizza il *relinquish*. Lo stesso per il *referral*. Il massimo che si può fare è studiare le prassi. Il *relinquish* può essere utilizzato, fermo il potere di veto delle parti, sia per problemi di tenuta del precedente (quando la pronuncia rischia di essere *inconsistent* con precedenti pronunce) sia per gravi problemi (*serious question*) di interpretazione della Convenzione. Sarebbero proprio le motivazioni gli strumenti più appropriati per comprendere il contenuto di queste due clausole, ma, dato che non esistono, ci si deve rifare ai singoli casi concreti. Che dimostrano usi i più differenti del *relinquish*, come ad esempio quando una questione è per la prima volta sottoposta alla Corte. In ogni caso, la scomparsa del potere di veto delle parti, prevista dal Protocollo 15 (mancano 6 ratifiche, tra le quali quella italiana), è stata sicuramente voluta per poter meglio garantire la *consistency* della giurisprudenza (così il § 25.d della *Dichiarazione di Brighton* del 2012, che chiede ai Governi di non apporre più il veto, proprio in previsione della riforma). Anche la Corte è stata d'accordo: si veda la *Preliminary Opinion* sul Protocollo 15 (§§ 16 e 38) e poi il § 7 dell'*Opinion* sul *draft* del Protocollo 15. Sul *referral* (domandabile, entro tre mesi dalla data della sentenza della Camera, in casi comunque eccezionali, per *serious question* interpretative e *serious issue of general importance*) esiste un importante documento redatto dalla Corte (ottobre 2011), nel quale si riassumono le prassi. In tre anni (novembre 2008-ottobre 2011), il *panel* di cinque giudici incaricato di valutare il *referral* – che si riunisce ogni due mesi, è composto dal Presidente della Corte, due Presidenti di Sezione a rotazione per sei mesi e due giudici delle restanti Sezioni sempre per sei mesi, al quale non può mai partecipare nessun giudice che ha già partecipato al giudizio di ammissibilità e di merito – ha considerato più di 2.000 richieste. Nel 40% dei casi avanzate dai Governi, nel 56.5% dai ricorrenti (il rimanente 3,5% da entrambi). Quali sono stati gli esiti delle richieste? In primo luogo, va rilevato un esito scontato. Dato che i Governi non usano più il veto sul *relinquish*, le statistiche non potevano che mostrare che, sulle 110 richieste di *referral* accolte, ben 59 sono state presentate dai Governi e 44 dai ricorrenti (i 7 rimanenti da entrambi). Non solo l'accoglimento del *referral* è davvero un evento eccezionale (in linea con l'art. 43), ma i Governi hanno avuto più fortuna (o se si vuole più bravura) dei ricorrenti (53% di accoglimenti, contro 40%). Ma, al di là di questo dato, colpisce anche un altro aspetto: il numero di richieste di *referral* è molto elevato (due ogni tre, considerata una media di un migliaio di sentenze annue) e questo potrebbe giustificare (purtroppo) ancora di più la mancata motivazione. In secondo luogo, un esito meno scontato. Sul totale delle pronunce della Grande Camera nel triennio considerato, 110 sono state a seguito di *referral* e 101 di *relinquish*. Cosa significa? Essenzialmente che, anche nel caso di *relinquish*, siamo di fronte ad un strumento che ha natura eccezionale. Il che ribadisce un mio convincimento: l'indice della Grande Camera per valutare il consolidamento non è appropriato. Per garantire il consolidamento lo strumento convenzionale più idoneo non può essere né il *referral* né il *relinquish* e questo proprio perché se così fosse non sarebbe comprensibile il numero estremamente esiguo di pronunce della Grande Camera.

²⁷ Ho tentato di inquadrare un (drammatico) caso del genere in D. GALLIANI, *Esiste un diritto che non sia umano? A proposito della possibilità della Corte di Strasburgo di accordare il risarcimento anche quando non è stato chiesto*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 15 aprile 2017.

²⁸ A tale proposito sono debitore di una riflessione di Vladimiro Zagrebelsky. Anche la presenza delle opinioni separate è una dimostrazione che riferirsi alla giurisprudenza di Strasburgo in termini di consolidamento è problematico, visto che sono proprio le opinioni dei singoli giudici della Corte a poter dimostrare l'esistenza di un oggettivo problema di consolidamento giurisprudenziale. Il che, ovviamente, non significa che non si debba e non si possa garantire eguaglianza anche a Strasburgo, solo che l'obbligo internazionale al quale per Costituzione il nostro paese è soggetto non si può ritagliare con il criterio del consolidamento, concetto che sembra quasi ammettere una sorta di *prendere o lasciare*. Quelle consolidate vanno bene, le altre si può decidere come procedere.

richiamano la dottrina autorevole, maggioritaria, persuasiva e sentenze che citano il nome e il cognome di questa beneamata ed irresistibile dottrina²⁹? Sono parametrabili sentenze di corti che non ammettono interventi di parti terze e quelle di corti che non possono fare a meno dell'*amicus curiae*³⁰?

Come conciliare motivazioni scritte di proprio pugno dal giudice relatore con sentenze nelle quali svolgono un ruolo fondamentale *di scrittura* i giuristi di una corte³¹? Lo stesso si dica per sentenze scritte dal giudice più “esperto” della materia e sentenze scritte (o meglio governate) dal giudice non più “esperto” ma eletto dallo Stato parte resistente nel giudizio³².

²⁹ A differenza di molti, non sono allergico (quando servono) alle sentenze dottrinarie. Non concepisco però la mancanza di trasparenza. Faccio solo notare che, nel nostro ordinamento, non è prevista alcuna sanzione nei confronti del giudice che decidesse di citare nome e cognome la dottrina. Sicuramente non vi sarebbe nullità della sentenza, essendo le ipotesi di nullità solo quelle tipizzate dalla legge. Si può discutere senz'altro dei pregi e dei difetti di un cambio di rotta, così come dell'opportunità di una nuova prassi ad esempio partendo dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite della Cassazione. Allo stesso modo, sarebbe interessante collegare questo tema a quello delle opinioni separate. Tuttavia, sarebbe davvero sbagliato e superficiale tranciare la discussione richiamando una prassi in senso contrario. Anche se unanime, sempre di prassi stiamo discutendo e, come tutte le prassi, possono essere superate da altre prassi, basta volerlo.

³⁰ Sostenere che l'ordinamento italiano non è obbligato alla riapertura del processo civile e amministrativo è dire una cosa (per ora) giusta. Certo più difficile da argomentare quando il caso è quello del ricorrente vittorioso, ma ammettiamo che non esista alcun obbligo di riapertura. Allo stesso modo, possiamo sicuramente dare per scontato che è fondamentale tutelare soprattutto i controinteressati. Concesse queste due premesse, mi sembra però si debba riconoscere che: 1) gli Stati che hanno deciso di procedere nel senso della riapertura sono la dimostrazione più lampante che da parte di Strasburgo non vi è indifferenza al tema; 2) il margine di apprezzamento, in questo caso, costituisce la vera chiave di volta: non mi sembra che Strasburgo non obblighi alla riapertura perché voglia in qualche misura proteggere i terzi, ma lo fa poiché vuole lasciare agli Stati (quindi ai legislatori e ai giudici) la decisione circa le diverse modalità con le quali intervenire in materia. Insomma, la posizione italiana, che per ora vede Corte costituzionale e legislatore procedere di pari passo (nessuna riapertura nel civile-amministrativo), mi ricorda quella di chi, al termine delle scuole primarie, non svolgeva i compiti estivi perché nessuno li avrebbe corretti alla ripresa settembrina della scuola superiore. Intendiamoci, è una posizione legittima, ma che dovrebbe fare alquanto riflettere, soprattutto poiché, in alcune circostanze, la conclusione alla quale conduce è del tutto incomprensibile. Un esempio. Una persona ricorre a Strasburgo ritenendo leso il suo diritto di difendersi e la Corte accorda la violazione dell'art. 6, non indicando alcuna misura specifica da prendere a livello statale, richiamandosi pertanto al margine di apprezzamento. E' compito dello Stato (italiano) decidere come procedere. Il vittorioso ricorrente, tornato nel nostro ordinamento, si rivolge ad un giudice, il quale (e sto parlando dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato) solleva la q.l.c. dubitando della impossibilità di riapertura del processo. Che il civile-amministrativo debba ricevere un trattamento diverso dal penale? La Corte costituzionale (sent. [n. 123 del 2017](#)) risponde in termini perentori: non è possibile intervenire in modo additivo, spetta al legislatore decidere. Invito a riflettere sulla conclusione della vicenda: il diritto di difendersi – che come sappiamo è il contro-limite che per la prima volta è stato azionato *in concreto* dalla Corte costituzionale nei confronti della C.I.G., quindi un vero e proprio principio supremo del nostro ordinamento – va incontro ad una sorte tragicomica. La Corte di Strasburgo sostiene che esiste il margine di apprezzamento, che spetta quindi agli Stati decidere. La Corte costituzionale, a sua volta, afferma che spetta al legislatore intervenire. Di conseguenza, quello che è un principio supremo per il nostro ordinamento, il diritto di difesa, è un principio supremo sulla carta. E' possibile sostenere che, a fronte di questo scenario, finché la Corte di Strasburgo non sarà più chiara, il nostro ordinamento può stare in silenzio e limitarsi ad aspettare le scelte del legislatore? E se il monito, come in tante occasioni, non sortisce alcun effetto, che ne è del principio supremo, la cui concretizzazione è quello che veramente conta?

³¹ Qui non si tratta di entrare negli *arcana imperii* delle corti (sempre debbano esistere). Il punto è molto semplice. Esistono delle differenze di fondo, strutturali, facilmente comprensibili, tra una sentenza redatta da un giudice e una scritta da un giurista. Le prime seguono lo stile del relatore, le seconde sono più formattate. Non è nemmeno possibile enfaticizzare oltremisura, a questo proposito, le opinioni separate. Infatti, il paragone da fare è tra motivazioni che decidono un caso. Le opinioni separate sono di fondamentale rilevanza, non di meno sono pensate, laddove esistono, non per dare la possibilità a tutti i giudici di scrivere la propria sentenza, semmai per consentire il dissenso o il concorso con la motivazione della maggioranza. A volte esistono opinioni separate che assomigliano in tutto e per tutto a sentenze vere e proprie, tuttavia sono casi episodici e comunque deviano (legittimamente, si intende) dal modello, che è quello di dare la possibilità di dissentire e di concorrere rispetto alla maggioranza.

³² Mi sembra del tutto condivisibile la proposta di integrare la difesa italiana presso la Corte di Strasburgo, soprattutto quando i casi sono particolarmente complicati, con magistrati italiani che delle diverse tematiche hanno potuto occuparsi nel corso della loro esperienza (così A. BALSAMO, *Efficacia nel tempo della svolta giurisprudenziale*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Dike, Bologna, 2017, 300, il quale si riferisce, come esempi nei quali sarebbe stato necessario, a *Contrada* e a *Varvara*). Voglio evidenziare non di meno un aspetto. Se si tratta di una

In tutti questi casi, le questioni sono *evidentemente* diverse, ma il problema *di fondo* è unico: servirebbe maggiore commensurabilità, ottenibile ridiscutendo da cima a fondo il senso (europeo?) della motivazione, in un contesto nel quale peraltro la distinzione *common/civil law* continua ad essere sempre più discutibile³³.

5.1. *Qualche punto fermo.*

Ripensare dalle fondamenta le questioni che ruotano attorno alla motivazione non significa partire da zero. Abbiamo qualche punto fermo. Ne indico unicamente tre.

In primo luogo, la motivazione implicita, la motivazione *per relationem* e altri simili *escamotage* dovrebbero semplicemente sparire dalla faccia della terra. Sono letteralmente non motivazioni³⁴. Oggi ancora più deleterie nel momento in cui taluni giudici (non in un libro, ma in una sentenza) accostano al bellissimo sostantivo *sentenza*, che denota il mestiere del giudice, quello sinistro di *prodotto*, vocabolo tipicamente aziendalistico. In modo non dissimile, ci siamo abituati in Università a chiamare i nostri *libri* e *articoli* come *prodotti*³⁵.

strada percorribile e vantaggiosa, non va confusa con la possibilità di presentare interventi di parti terze. Il punto è molto rilevante. Il modello processuale convenzionale *attualmente* vigente implica che sia lo Stato parte resistente a rappresentare nel suo complesso ogni organo/potere pubblico statale. Non mi sembra percorribile la strada di ritenere possibile l'intervento di parti terze al fine di estendere la platea degli attori statali che possono esporre le proprie argomentazioni dinanzi alla Corte. Le parti terze sono altri Stati parti della Convenzione, qualificate ONG, un insieme di studiosi che la Corte può ammettere per aumentare le conoscenze generali del sistema oggetto del ricorso. Gli organi e i poteri statali sono rappresentati sempre e comunque dallo Stato resistente ed è quindi entro la rappresentanza dello Stato che si può riflettere attorno a strumenti di coordinamento con attori ulteriori e diversi da quelli abitualmente dediti alla difesa statale. Del resto, è quanto già avviene in riferimento a Stati diversi dall'Italia, ad esempio il Regno Unito, il quale, a fronte di casi di particolare rilevanza, sovente integra l'abituale rappresentanza con figure di primo piano della giustizia inglese. A mio modo di vedere, non si può risolvere il problema delle parti terze con l'attuale sistema convenzionale e, pertanto, o gli Stati lo modificano oppure consentono la riapertura interna, con tutta una serie di garanzie e precauzioni a favore delle parti terze. Chi lo deve fare? Non vale rispondere solo il legislatore, poiché anche il giudice è soggetto agli obblighi internazionali. Nel medio periodo i moniti rivolti al primo, se non porteranno ad alcuna scelta, non è difficile prevedere che si dovranno tramutare in prese di posizione più decise.

³³ Sono destinati a sopravvivere i verdetti immotivati della giuria? Da un lato, la maggiore importanza oggi dei fatti significa anche necessità di motivare quando si decide sui fatti. Dall'altro lato, è proprio il contesto europeo a spingere in senso avverso ai verdetti immotivati della giuria. Si consideri *Lhermitte v. Belgio*, G.C., 29 settembre 2016. Dopo una spaccatura in Camera (4 vs 3 per la non violazione), la frattura si riproduce in Grande Camera: 10 giudici sono per la non violazione, 7, tra i quali il Presidente della Corte, per la violazione. Oggetto del contendere a Strasburgo appunto il verdetto senza motivazione della giuria e la sua compatibilità con l'art. 6. Il problema di fondo esiste ed è gigantesco: assicura il *fair trial* la condanna decisa senza rendere motivazione? Aggiunto un altro spunto. Piuttosto che ritornare sopra una distinzione ostica (la motivazione è procedura o sostanza?), proviamo a riflettere sopra una nuovissima questione: non è forse vero che, nel contesto europeo, si potrebbe ottenere una *fiducia reciproca* tra Stati con una sorta di primo ravvicinamento delle legislazioni in materia di motivazione? L'Unione Europea, entro la quale esiste un obbligo di motivazione degli atti giuridici adottati dalle sue istituzioni (art. 253 TCE, ora art. 296 TFUE), ha già adottato fondamentali direttive a garanzia dei diritti *nel* processo. Il tema della motivazione di un provvedimento giurisdizionale non è quindi da escludere in partenza, sempre si consideri la motivazione un diritto fondamentale delle persone, che forma un sistema unitario con il diritto di difesa e il diritto ad un'effettiva tutela giurisdizionale. Sull'obbligo di motivazione di un atto dell'Unione quale principio fondamentale del diritto comunitario, che serve anche a garantire l'eguaglianza delle parti dinanzi alla Corte di Giustizia, si veda la storica sentenza del 12 dicembre del 2006 del Tribunale (Sezione II) nel caso T-228/02, in merito ad una decisione di congelamento di fondi. Le argomentazioni avanzate in questa sentenza, la prima con la quale la Corte ha annullato un atto comunitario per violazione di alcuni diritti fondamentali, tra i quali l'obbligo di motivazione, sembrano davvero (e a maggior ragione) estendibili anche all'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali. Ringrazio Roberto Bin per lo spunto sull'obbligo di motivazione degli atti europei.

³⁴ Una rassegna aggiornata delle più diverse invenzioni a proposito realizzate dal legislatore e dalla giurisprudenza in C. RASIA, *Dalla motivazione per relationem alla motivazione cd.* collage, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/2016, 205 ss.

³⁵ Nella lingua inglese, grazie alle sue uniche regole grammaticali, è ancora più evidente il collegamento tra il giudice e la sentenza, impietandosi per la seconda (*judgement*) un derivato dal primo (*judge*), così come del resto

In secondo luogo, è necessario adottare veramente un approccio *antropocentrico*, che significa materialmente costituzionale e convenzionale³⁶. Quando *ogni* giudice motiva deve mettersi nei panni dell'essere umano che subisce una pena, una misura di prevenzione, una sanzione pecuniaria, una interdizione, una confisca. Lo *stupendo* comma 3 dell'art. 27 Cost. inizia con un *plurale* (le pene) per terminare con un *singolare* (il condannato), anticipando di decenni i famigerati criteri *Engel*. Bisogna che *ogni* giudice scriva una motivazione come se fosse il destinatario di quanto decide.

Quando infatti sosteniamo che motivare è un principio di civiltà intendiamo dire che motivare *in un certo modo* è un principio di civiltà. Questo modo è l'empatia, il mettersi nei panni altrui, convincersi finalmente che la sentenza è il frutto non solo della mente illuminata del giudice, ma del travaglio del processo al quale partecipano orizzontalmente uomini in carne e ossa, giudice compreso³⁷.

Infine, in terzo luogo, è obbligatorio andare oltre l'idea che possa esistere, in una democrazia pluralista, un qualche diritto di avere l'*ultima* parola. Se è difficile anche solo immaginarlo quando si riflette attorno al problema del rapporto tra ordinamenti (così non la pensano i sostenitori dei controlimiti), oramai diviene complicato anche limitandosi al singolo caso concreto nel quale si *denega* giustizia.

A parte una delle scelte più felici che hanno fatto i nostri costituenti, ossia la costituzionalizzazione dell'errore giudiziario – che serve a ricordarci che i giudici sono prima di tutto esseri umani, che possono dare vita a diverse ricostruzioni dei fatti oggettivamente incompatibili – è sufficiente con Ronald Dworkin mettersi nei panni di una persona che ritiene non sia stata fatta giusta giustizia. Al cui caso magari un giudice ha dedicato poco tempo, schiacciato dalla impressionante mole di motivazioni che deve scrivere in una giornata, passato spesso molto tempo dalla camera di consiglio che ha deciso il dispositivo³⁸.

avviene in riferimento al *lawyer*, l'avvocato, che rende verbo il *law*, il diritto. Le Sezioni Unite civili della Cassazione descrivono il sistema giustizia come un servizio per la collettività che ha come parametro l'efficienza delle soluzioni e la tempestività del "prodotto-sentenza" (n. 24883, 23 settembre 2008).

³⁶ Ha scritto C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente* (1979), Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 77 ss. che tutelare la Costituzione significa anche adottare una visione antropocentrica.

³⁷ Ho cercato di spiegare questo modo di procedere in particolare della Corte di Strasburgo, con osservazioni generalizzabili a qualsiasi giudice, in un commento ad un caso davvero significativo: cfr. D. GALLIANI, *La libertà di religione in un'aula di giustizia: istruzioni per l'uso dalla Corte di Strasburgo*, in Costituzionalismo.it, 1/2018. In questa sede mi limito a sottolineare un fatto che mi ha sempre colpito, vale a dire la capacità dei giudici appartenenti alla tradizione anglosassone di utilizzare la motivazione dandole non un significato fisso una volta per sempre, ma adattabile a seconda dei casi. Ad esempio, in *Brown v. Plata* (3 maggio 2011) della Corte Suprema degli Stati Uniti, i cinque giudici della maggioranza hanno deciso di allegare alla *Opinion of the Court* tre foto che ritraevano la condizione dei penitenziari della California. Quasi per giustificare, anche in questo modo, la loro fortissima decisione, che confermava l'ordine impartito allo Stato di far uscire dai penitenziari un detenuto ogni quattro, 37.000 su 150.000, per via delle condizioni *cruel and unusual*. Mi sono rifatto a *Brown v. Plata* in D. GALLIANI, *Una pena clemente. Qualche riflessione in materia di umanità penitenziaria*, in *Questione Giustizia*, 8 marzo 2018. E' chiaro che sul modo di procedere dei giudici anglosassoni influisce in modo determinante il generale disvalore della possibilità di appello, tuttavia l'esempio delle foto allegate ad una sentenza mi sembra utile per ragionare attorno ad un determinato approccio al mestiere del giudice, indipendentemente dal sistema nel quale si colloca. Si è detto nel testo dell'approccio empatico, il quale non di meno ha come premessa la necessità, propria di ogni giudice, di prendere sul serio i fatti del caso concreto. Il fatto, cacciato nel fondo scala dal positivismo-legalista e dal conseguente concettualismo, si sta oggi riprendendo le sue meritate rivincite, che poi significa anche un nuovo approccio *rights oriented* più che *law oriented* (il lavoro di D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. *Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 2008 si conclude proprio nel senso di un ripensamento del posto del fatto rispetto al diritto).

³⁸ Devo a Roberto Bin una semplice e allo stesso tempo profonda domanda: cosa è meglio per una persona ad esempio al carcere duro che decide di rivolgersi ad un giudice, che il giudice decida bene impiegando il tempo necessario oppure che decida presto impiegando il tempo a sua disposizione? Essendo convinto che non esistano casi identici e casi facili, resto persuaso che la soluzione migliore sia la prima, per la persona che ha fatto affidamento al giudice e per il sistema nel suo complesso. Il punto di partenza che adottato può essere radicalmente contestato, anche se penso non sia facile farlo: la durata ragionevole di un processo non potrà mai essere *da sola* alla base della sua *fairness* (cfr. G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*). Se un giudice

Per questa persona avere più giudici è positivo. Non è negativo. Più lunga la ghirlanda giurisprudenziale³⁹ più riuscirà a dimostrare le sue ragioni, che, indisponibilità di tempo dei giudici a parte, non devono correre il rischio di rimanere confuse e ingabbiate nelle soluzioni poco giuridiche e molto diplomatiche alle quali spesso i giudici ricorrono, come l'assenza di rime obbligate (per il versante interno, che, invece di fare giustizia, anche giustizia costituzionale, spende moniti e auspici rivolti ad un legislatore non più aggettivabile) e come il margine di apprezzamento (per il versante alsaziano, *margin of appreciation* che costituisce gioia e dolore del sogno europeo dei diritti umani). Sia concessa una battuta: meno moniti e margini, più giustizia, costituzionale e convenzionale.

Potrei anche sostenere che molte sentenze rese da Strasburgo potevano anche non vedere la luce se solo i *nostri* giudici avessero avuto più coraggio (di questo si tratta) nel procedere con un'interpretazione costituzionalmente orientata. Come si fa a negare, a questo punto, che è meglio avere uno o più giudici a Berlino, nel momento in cui si fa ancora troppa fatica a rendere viva e concreta – tutti i giorni, in tutti i casi – la Costituzione più bella del mondo?

Gli esempi sono decine e decine. Ne faccio solo uno. Per quale motivo il signor Torreggiani ha dovuto attendere che fosse il giudice di Strasburgo a sostenere che costituiva un trattamento *inumano e degradante* stare di giorno in cella avendo a disposizione meno di tre metri quadrati e dormire di notte al terzo piano di un letto a castello, non potendo sollevare le ginocchia perché altrimenti sbattevano contro il soffitto della cella? Forse il giudice italiano è in grado di sostenere che un trattamento contrario al *senso di umanità* costituisce qualcosa di diverso?

6. Il post [De Tommaso](#).

Riprendendo il filo del discorso e quindi tornando per un momento alle misure di prevenzione, pertanto alla [De Tommaso](#), la reazione giurisprudenziale italiana è stata a macchia di leopardo. In inglese si dice anche *peppered*, con richiamo al noto effetto eccitante e infiammante del peperoncino⁴⁰.

(da solo) scrive in un anno più di 500 sentenze – come avviene nella Cassazione italiana (come tutte le medie, anche questa va presa con cautela, poiché esistono picchi di motivazioni stese da alcuni giudici, molto lontani dai numeri più limitati, per diversi motivi, di altri) – non penso si possa sostenere che abbia avuto il tempo per dotarle tutte, senza esclusione, di una buona motivazione. Vero che molto dipende da cosa si intende con buona motivazione, però non va perso di vista il problema di fondo: non esiste alcuna garanzia che 100 sentenze invece di 500 siano corredate da una buona motivazione, tuttavia esistono *forti* indizi per supporre un rapporto inversamente proporzionale tra il numero di sentenze che si devono scrivere e la loro qualità motivazionale. E' innegabile che il numero di ricorsi con il quale si confronta la Cassazione italiana è un *unicum* nel panorama addirittura mondiale. Tuttavia, oltre a ribadire quanto detto in precedenza (nota 17), mi sembra importante sottolineare che, quando i problemi sono così complessi, è inutile cercare una sola causa. In altri termini, non scordiamo che, oltre al numero di avvocati (e di giudici) presenti nel nostro paese ed oltre a tanti altri aspetti che influenzano in modo rilevante il numero di ricorsi, conta moltissimo anche la (scarsa?) qualità della nostra legislazione, forse anche in questo caso un *unicum* nel panorama mondiale. Non solo nel merito. Un esempio, tra i moltissimi. Il 6 marzo 2018 è entrato in vigore il d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11, approvato in attuazione di una delega contenuta in una legge già assai nota, la legge 23 giugno 2017, n. 103 (la legge Orlando, approvata con la questione di fiducia, composta dal solito articolo unico e da un centinaio di commi e contenente plurime deleghe con plurime scadenze). Il d.lgs. n. 11 del 2018 introduce nuovi limiti alla possibilità di appello in materia penale. Questi nuovi limiti varranno per gli appelli non ancora presentati, ma *niente* si dice a proposito del destino di quelli già proposti. Il merito come sempre si può discutere, ma è concepibile l'assenza di un qualsiasi regime transitorio? Anche ad un legislatore del genere si devono imputare i problemi della giustizia italiana riguardante il numero di ricorsi.

³⁹ Faccio mio in parte il titolo del noto volume, vincitore del premio Pulitzer, di D. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach: un'Eterna Ghirlanda Brillante* (1979), Adelphi, Milano, 1984.

⁴⁰ Decisa dalla Grande Camera il 23 febbraio 2017, dopo che il 25 novembre 2014 la Camera della Seconda Sezione aveva deciso per il *relinquish*, la [De Tommaso](#) merita di essere ricordata anche perché è il primo caso nella storia della Corte nel quale la parte resistente (il Governo italiano...) domanda alla Grande Camera di *strike out* una parte delle doglianze.

Non è questa la sede per esprimere giudizi nel merito. Mi limito ad un diligente resoconto. Abbiamo avuto due mesi turbolenti in Cassazione: 1) una pronuncia delle Sezioni Unite che disapplica il vivere onestamente e rispettare le leggi, non ritenendolo più in grado di integrare alcun reato, ma capace solo di aggravare la misura (*Paternò*, 5.9.17); 2) una q.l.c. sollevata dalla Sezione II sul medesimo problema risolto dalle Sezioni Unite (*Sorresso*, 25.10.17); e 3) un rifiuto di sollevare la q.l.c. da parte della Sezione I, sul presupposto che esistono, nella giurisprudenza di legittimità, degli spunti tassativizzanti non pienamente valorizzati da Strasburgo (*Bosco*, 30.11.17, che sviluppa il cammino iniziato con *Scagliarini*, 24.3.2015)⁴¹.

Si devono poi aggiungere una moltitudine di orientamenti dei giudici comuni, che hanno adottato praticamente tutte le soluzioni astrattamente ipotizzabili. Dal sollevamento a loro volta della q.l.c. (Napoli, 14.3.2017) al rigetto della q.l.c. (Milano, 30.11.2017), dalla messa da parte della *De Tommaso* (Milano, 7.3.2017, Palermo, 28.3.2017) a scelte che si sono limitate nel dispositivo a prescrivere di vivere onestamente e di rispettare le leggi (Monza, 15.5.2017).

Lo scenario post *De Tommaso* è normale, fa parte della democrazia pluralista che si nutre anche di conflitti giurisprudenziali? Certo, il panorama appena descritto è popolato di motivazioni adeguate, rinforzate, non succinte, non coincise, non semplificate.

7. Morale della favola.

Rimane un aspetto, la famosa morale (relativa) della favola. Il nostro ordinamento, lo capisce chiunque, legislatore a parte, è affollato di disposizioni che gridano scandalo. Uno scandalo prima di tutto costituzionale⁴².

Le interdittive antimafia non *pienamente* giurisdizionalizzate. Le pene accessorie *automatiche*, ad esempio la perdita automatica della responsabilità genitoriale per tutti i condannati alla pena dell'ergastolo. Le *draconiane* sanzioni amministrative pecuniarie. Fino alle confische estese che devono essere *sempre* disposte *salvo* prova contraria.

Per non dire delle disposizioni legislative *ricattatorie* (ometto volutamente le virgolette): se una persona si avvale del diritto di stare in silenzio può ostacolare le funzioni di vigilanza della CONSOB o della Banca d'Italia e per questo essere sanzionato pecuniariamente, così come può, sempre avvalendosi del diritto di stare in silenzio, non accedere *mai* ad alcuna misura alternativa alla detenzione, che significa uscire dal carcere solo il giorno della propria morte⁴³.

⁴¹ Solo una chiosa rispetto alla *Sorresso*. Non meraviglia che una Sezione si ribelli alle Sezioni Unite. Così come appare quanto meno dubbia la rilevanza della q.l.c., dato che vi è stato un cambiamento del diritto vivente proprio grazie alle Sezioni Unite. Quello che però si poteva fare era attaccare il cuore del problema. L'abrogazione giurisprudenziale del reato – di cui all'art. 75, II comma, del Codice antimafia – non consente l'incisione del giudicato. E' qui che si poteva stimolare nuovamente la Corte costituzionale, ritornando a domandare se la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione possa o meno includersi tra le fonti del diritto, insieme all'abrogazione legislativa, alla dichiarazione di incostituzionalità e alle sentenze della Corte di Giustizia. Con la [sentenza n. 230 del 2012](#) la questione era stata ritenuta infondata, ma forse era il caso di tornare sul punto, anche sottolineando i diversi sforzi congiunti del legislatore e della giurisprudenza per disegnare un nuovo volto delle Sezioni Unite.

⁴² Quanto al legislatore, è da almeno un decennio (molto) impegnato a cercare in qualche misura di introdurre nel nostro ordinamento degli abbozzi di *stare decisis*. In questo modo, sembra non comprendere che la tenuta del precedente è prima di tutto un problema culturale. Inoltre, sempre attuale il celebre passo di Fulgoso, secondo cui chi avesse citato il testo giustiniano contro la Glossa si sarebbe sentito rispondere: “credi forse che la Glossa non abbia veduto il testo e non lo abbia capito quanto te?” (vedilo riportato in L. LOMBARDI VALLAURI, *Giurisprudenza. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, 6). Se manca la cultura del precedente, non è difficile immaginare che finiscano per essere interpretate *in un certo modo* anche le disposizioni che cercano di imporla per legge.

⁴³ Se la pena è perpetua. Magari la persona è entrata in carcere pochi giorni dopo il compimento della maggiore età. Se avesse compiuto il *gravissimo* reato qualche giorno prima, nemmeno poteva essere condannato all'ergastolo, ma la sorte ha voluto che, commettendolo da maggiorenne, è stato condannato non solo alla pena perpetua, ma alla variante più contraria al senso di umanità, l'ergastolo ostativo. Voglio peraltro evidenziare che il diritto al silenzio mi sembra essere una norma internazionale generalmente riconosciuta, la quale potrebbe fare ingresso nel nostro ordinamento dalla

Gli esempi potrebbero essere anche in questo caso innumerevoli, risultando una singolare (ed esplosiva) miscela legislativa, che si nutre di opposti: mancanza di *tassatività* della previsione e *automatismo* legislativo, in entrambi i casi con buona pace della separazione dei poteri. Detto altrimenti: il legislatore con l'automatismo toglie la parola al giudice oppure gliene lascia troppa per l'assenza di tassatività, in questo modo contribuendo (ovviamente inconsciamente) alla nascita di due prototipi di giudice – il giudice muto e il giudice ciarliero – che non dovrebbero esistere in nessun paese al mondo, essendo il mestiere del giudice collocabile esattamente a metà tra il dire niente e il dire troppo⁴⁴.

Non voglio sostenere niente di particolarmente nuovo. Il problema dell'esecuzione delle sentenze di Strasburgo potrebbe *s drammatizzarsi* se si riuscisse a comprendere che, da una parte, è sbagliato culturalmente affrontare i problemi della nostra legislazione immaginando di dover intervenire perché chiestoci da Strasburgo; dall'altra parte, se procedessimo correttamente, non solo faremmo un indiretto piacere alla stessa Corte di Strasburgo, che ha un arretrato (oggi sempre più turco) non indifferente, ma potremmo anche ottenere una maggiore considerazione di quella Corte per il problema che più dovrebbe stargli a cuore, l'esecuzione delle sue sentenze⁴⁵.

I giudici italiani – quali *primi* giudici della Costituzione o quali giudici *comuni europei* della Convenzione – devono addossarsi il compito di levare dal nostro ordinamento delle disposizioni legislative senza senso, avendo peraltro la possibilità di fondare il loro convincimento sopra disposizioni normative (costituzionali e convenzionali) non identiche ma simili, caratterizzate certamente da un *background* comune.

Così facendo – ovviamente ciascuno utilizzando gli arnesi a propria disposizione – i giudici italiani potrebbero anche indurre la Corte di Strasburgo ad avere più fiducia, visto che in moltissime occasioni non prende posizione in materia di esecuzione perché teme di esporsi troppo. Troppe volte il caso si chiude senza dire alcunché sull'esecuzione, limitandosi ad accordare il risarcimento economico. In effetti, se la Corte dovesse indicare una misura individuale (ad esempio, il rilascio del ricorrente detenuto) e poi lo Stato restare immobile, il rischio sarebbe il classico effetto *boomerang*: lo Stato resistente non esegue, un altro Stato in un altro caso copia il primo e altri Stati

porta dell'art. 10, I comma, Cost., il che significa anche la possibilità di sollevare la q.l.c. sull'ergastolo ostativo anche per contrasto con l'art. 117, I comma, Cost., nel momento in cui la Convenzione (art. 6), così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, è ricognitiva di una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta. Il dubbio di costituzionalità riguarderebbe pertanto la violazione di un articolo convenzionale che ricomprende un principio generale del diritto internazionale generalmente riconosciuto. In questo modo, altro non si farebbe che dare seguito a quanto disse la Corte costituzionale prima con la sent. [n. 311 del 2009](#) e dopo con la [sent. n. 317 del 2009](#). Ad ogni modo, sull'ergastolo ostativo, da ultimo, si vedano gli atti del seminario di studi del 16 novembre 2017, promosso presso l'Università degli Studi di Milano da Gian Luigi Gatta e Barbara Randazzo, ora pubblicati nella *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2017, 1495 ss., con interventi di G. L. Gatta, E. Dolcini, G. M. Flick, G. Neppi Modona, M. Chiavario, L. Eusebi, A. Pugiotta, D. Galliani, M. Bontempelli. Tra gli atti preparatori del seminario milanese rientrava anche un articolo nel quale è stato riprodotto un *amicus curiae* presentato alla Corte di Strasburgo in materia di ergastolo ostativo: cfr. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in [Rivista AIC](#), 4/2017, 56.

⁴⁴ L'ultima decisione della Corte costituzionale *contro* gli automatismi legislativi riguarda non il ruolo del giudice ma quello del prefetto, al momento della revoca della patente di guida, a dimostrazione in fondo che il diritto è prima di tutto un fenomeno argomentativo (si veda la [sentenza n. 22 del 2018](#) della Corte costituzionale, che fa salva la retroattività della revoca ma non la sua automaticità, che contrasta con l'art. 3 Cost.).

⁴⁵ Probabilmente molte corti hanno problemi di arretrato, ma quello della Corte di Strasburgo sconta la possibilità di ricorrervi (di norma) solo dopo aver esaurito di rimedi interni. Da qui scelte che hanno forzato il testo convenzionale (cfr. D. GALLIANI, *“E’ più difficile perdonare un amico che un nemico”*. *La Corte europea dei diritti dell'uomo, la giusta giustizia, la giurisprudenza consolidata, l'ordinamento italiano*, in Paulo Pinto de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, a cura e con un saggio di D. Galliani, prefazione di P. Bilancia, Giappichelli, Torino, 2016, in specie, 15 ss.). La situazione non è migliorata, nonostante una recentissima riforma, peraltro cauta (cfr. D. GALLIANI, G. UBERTIS, *Il giudice unico e la motivazione di irricevibilità*, in [laCostituzione.info](#), 5 giugno 2017 e in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 8 giugno 2017).

sono lì pronti a seguire i cattivi esempi, con il risultato che la Convenzione *europea* al massimo potrebbe valere in alcuni Stati e non in altri⁴⁶.

Questo quindi il punto: se i giudici italiani limitassero le violazioni dei diritti *hic et nunc* potrebbero indurre la Corte di Strasburgo ad utilizzare con maggiore *cautela* il margine di apprezzamento in materia di esecuzione delle sue sentenze.

Corte europea dei diritti dell'uomo che ha bisogno di essere sostenuta, non tanto (e non solo) economicamente, ma da un punto di vista giuridico-politico⁴⁷.

Sono i segnali che dobbiamo avvertire. Quando diverrà a tutti chiaro, non si avrà più il tempo di rimediare⁴⁸. Sta diventando inarrestabile l'idea che si possa fare a meno della Corte europea dei

⁴⁶ La Corte ha affermato *per la prima volta* un obbligo di fare in *Assanidze v. Georgia*, G.C., 8 aprile 2004. In modo unanime, i giudici scrissero nel § 14 del dispositivo questa storica frase: “*the respondent State must secure the applicant's release at the earliest possible date*”. Devo lo spunto a diverse conversazioni con Vladimiro Zagrebelsky. E penso che l'effetto *boomerang* possa estendersi anche alle misure generali e non solo alle misure individuali. Vale la pena ad ogni modo rilevare che gli obblighi di fare in capo agli Stati possono essere indicati dalla Corte anche nella parte motivazionale. Si pensi prima a *Cestaro* e dopo a *Cirino e Renne* riguardanti i fatti del G8 di Genova. La Corte ha sostenuto con fermezza (in motivazione) che *devono* (e non *dovrebbero*) essere sospesi dal servizio (*from the duty*), durante le indagini e l'eventuale processo, gli appartenenti alle forze dell'ordine accusati di *ill-treatments*. Da questa parte motiva della sentenza sorge un preciso obbligo di fare in capo agli Stati, per così dire sganciato dalla successiva scelta della Corte di limitarsi a dichiarare la violazione o invece accordare anche il risarcimento. Diviene interessante, a mio parere, valutare a questo punto la possibilità di una q.l.c. rispetto alle previsioni riguardanti le sanzioni disciplinari per la polizia penitenziaria. L'art. 9 del d.lgs. 30 ottobre 1992, n. 449 prevede che, quando un agente è sottoposto, per gli stessi fatti, a procedimento disciplinare e penale, il primo deve essere sospeso fino alla definizione (con sentenza passata in giudicato) del secondo. Mi sembra *esattamente* il contrario di quanto chiede la Corte di Strasburgo, che pretende la sospensione, uno dei possibili esiti del procedimento disciplinare, subito durante le indagini e a maggior ragione successivamente nel caso di processo. Qui non voglio discutere di quale sia la soluzione migliore, nel senso di più garantista. Dipende da che parte si guarda la questione, se dalla parte della persona presunta innocente o dello Stato nel suo complesso. Quello che invece mi sembra importante è *taking Convention seriously*, soprattutto perché il rispetto degli obblighi internazionali ha fondamento costituzionale.

⁴⁷ Da un lato, il Consiglio d'Europa attribuisce 70 milioni di euro del suo bilancio alla Corte di Strasburgo, vale a dire un sesto del bilancio della Corte di Giustizia, che è di 400 milioni, poco meno di tutto il bilancio del Consiglio d'Europa (l'Unione spende per la “sua” corte lo 0,2% del bilancio, mentre il Consiglio d'Europa per la Corte di Strasburgo il 15%). Dall'altro lato, stanno diventando sempre più frequenti le crisi dovute al mancato pagamento del contributo finanziario al Consiglio d'Europa da parte di alcuni Stati, *in primis* (ma purtroppo non isolata) la Russia. Anche se nella speditezza di una nota, non posso però non aggiungere una sottolineatura. Dalla scarsa disponibilità di risorse economiche derivano conseguenze fondamentali per quanto riguarda il funzionamento della Corte di Strasburgo. In particolare, l'immenso problema linguistico, dal quale deriva una *desolante* procedura in fase di ammissibilità (ricordo che il 95% dei ricorsi è dichiarato inammissibile). Esistono due regole fondamentali: i ricorsi alla Corte possono essere redatti in qualsiasi lingua di ciascuno Stato parte della Convenzione e il giudice unico, al quale oramai spettano la maggioranza delle decisioni sull'ammissibilità, non può essere il giudice eletto per lo Stato dal quale proviene il ricorso. Come è possibile, a questo punto, che, per fare un esempio, il giudice eletto per la Norvegia possa leggere e comprendere un ricorso presentato da un azerbaigiano, scritto in azerbaigiano? La soluzione è nota: per stare al nostro esempio, saranno i giuristi di lingua azerbaigiana presenti alla Corte che “istruiranno” il caso al giudice norvegese, utilizzando una delle due lingue di lavoro, inglese o francese. Per ripensare questo sistema, sul quale non è difficile esprimere fondate perplessità, possono seguirsi diverse strade. Ne indico due. Si elimina la regola generale in base alla quale a decidere sull'ammissibilità non può essere il giudice eletto per lo Stato dal quale il ricorso proviene o si dota la Corte di un più cospicuo bilancio, grazie al quale tradurre nelle due lingue di lavoro *tutti* i ricorsi presentati alla Corte. La prima possibilità è rischiosa, anche se non impensabile, visto che, una volta superata la fase dell'ammissibilità, sia in Camera sia in Grande Camera è sempre obbligatoria la presenza del giudice eletto dallo Stato dal quale il ricorso è presentato. La seconda strada sarebbe quella più ragionevole, ma non sembra ad oggi molto realistica (come non facile è immaginare che si possa andare oltre il 15% del bilancio del Consiglio d'Europa oggi è disposto a favore della Corte). Di certo vi è una cosa: chi osserva la Corte da oltreoceano non ha tutti i torti quando sottolinea la sua eccessiva burocratizzazione (cfr. P. L. MCKASKLE, *The European Court of Human Rights: What It is, How It Works, and Its Future*, in *University of San Francisco Law Review*, 40, 2005, in specie, 26 ss.).

⁴⁸ Non è solo nell'Unione che si è attivata per la prima volta la opzione nucleare, come noto in riferimento alla Polonia. Anche nel sistema convenzionale è successo. Per la prima volta nella sua storia, il Comitato dei Ministri, il 5 dicembre 2017, ha attivato la procedura *ex art. 46 § 4* della Convenzione, domandando alla Corte se lo Stato ha adempiuto all'obbligo di conformarsi ad una sentenza definitiva della stessa Corte. Si attende quindi la sentenza della Grande Camera. Indipendentemente dal caso specifico, il segnale a me pare evidente: quello che rischia di essere messo a repentaglio è il sistema convenzionale nel suo complesso, quella *greater unity (...) by a common understanding and*

diritti dell'uomo, come dimostra il *draft* della dichiarazione di Copenaghen che sarà adottata nella IV conferenza sulla riforma della Corte (12-13 aprile 2018). Un'idea da contrastare, a parere di chi scrive, in modo energico e convinto, prima di tutto prendendo sul serio il sistema convenzionale, che poi significa *criticare onestamente* le sentenze di Strasburgo quando si ritengono sbagliate e, soprattutto, prendere sul serio i diritti, impegnandosi in quella interpretazione sistematica e vivente della quale discutono le due opinioni parzialmente dissenzienti in [De Tommaso](#).

La prima, del giudice Kuris, il quale fa intendere perfettamente che il problema delle misure di prevenzione non può essere solo la limitazione alla libertà di movimento, non fosse altro perché il Protocollo 4 (che la prevede) non è stato ratificato dal Regno Unito, dalla Turchia, dalla Svizzera e dalla Grecia. La seconda, del giudice Pinto, il quale ha cercato di discutere in sé, rispetto all'art. 5 e all'art. 6, la legittimità delle misure di prevenzione. L'opinione del giudice Pinto si chiude con il richiamo a uno dei più importanti *landmark cases* decisi a Strasburgo, *Tyrer* del 1978. E' stata una delle prime volte nelle quali la Corte ha discusso della Convenzione come di un *living instrument* ed è stata la prima volta in assoluto nella quale è stata estrapolata la dignità umana dal testo convenzionale, agganciandola all'art. 3. La dignità umana da *Tyrer* è entrata a far parte del sistema convenzionale⁴⁹.

Che forse la dignità umana riguardi solo Strasburgo? No. Dobbiamo discutere senza timore di dignità umana anche quando affrontiamo il tema delle misure di prevenzione. Non si dica che la traiettoria della dignità umana è impervia: non esistono percorsi lineari da seguire quando parliamo di diritto e di esseri umani⁵⁰.

In conclusione. Paolo Barile nel 1967 sostenne che la compatibilità costituzionale delle misure di prevenzione era il problema più grave che si doveva affrontare in quello scorcio di ventesimo

observance della quale si parla nel Preambolo della Convenzione, ancora più chiara nella versione francese, ove si discute di *une union plus étroite entre ses membres*.

⁴⁹ Il caso era il seguente. Un adolescente aveva portato a scuola delle bevande alcoliche. Era stato punito, *come prevedeva la legge*, uscita indenne da un *referendum*, con una pena da medioevo: accompagnato in commissariato, era stato frustato. Lo Stato resistente non poteva che essere lo Stato europeo meno europeo che esista, il Regno Unito. Invito a non soffermarsi solo sulla pena, a fronte della quale probabilmente ci sarebbe ne poco da discutere. *Tyrer* è davvero un *landmark case* perché la Corte si scaglia con coraggio contro una previsione legislativa chiarissima, la cui vigenza era stata confermata da un referendum. Non solo. Sostengono i giudici di Strasburgo: il trattamento riservato al ragazzino andava considerato inumano e degradante, contrario quindi alla dignità umana, per come *lui* lo aveva percepito, non contando niente altro che questo. I giudici pertanto si mettono nei panni del ragazzino, frustato. Oltre al merito, è il metodo che deve essere evidenziato, un metodo empatico, l'unico in grado di spiegare il motivo per il quale una volta ammesso un ricorso, il che avviene molto di rado, in nove casi su dieci la Corte constata la violazione di almeno un articolo convenzionale.

⁵⁰ Il discorso giuridico impostato attorno ai diritti incontra sicuramente notevoli problemi. Mi sembra però che sia inevitabile. Si pensi alla pena di morte negli Stati Uniti. Il dibattito in Oklahoma è da sempre (e anche oggi) dominato dai critici dei *rights discourses*. E' recentissima la notizia che lo *State General Attorney* e il direttore dei penitenziari statali hanno raggiunto un accordo a proposito del metodo da utilizzare per le esecuzioni capitali: "*We can no longer sit on the sidelines and wait on the drugs (...) Using nitrogen will be effective, simple to administer, easy to obtain and requires no complex medical procedures*". Meglio tradurre: "*Non possiamo più stare a bordo campo aspettando i composti per le iniezioni (...) Utilizzare l'azoto sarà efficace, semplice da gestire, facile da ottenere e richiederà procedure mediche non complesse*". Questa la dichiarazione del 15 marzo 2018 riportata da *Associated Press*. E' evidente che i critici dei discorsi *rights oriented* possono essere i più agguerriti sostenitori dell'abolizionismo, così come saranno sicuramente i primi a combattere contro la introduzione dell'azoto. Tuttavia mi chiedo se non sia *ineluttabile* ad un certo momento fare delle scelte e schierarsi a favore dei diritti, utilizzando la bussola della dignità umana. Discutendo del rapporto tra legge e giudici, il tema della pena di morte è sicuramente, da un punto di vista teorico-concettuale, uno dei più drammatici. Certo, vi è sempre la possibilità che un giudice decida di dimettersi piuttosto che condannare a morte. Tuttavia, non è questo il problema di fondo, che invece è un altro. Siamo pronti a sostenere la pratica delle sentenze "suicide", vale a dire quelle nelle quali il giudice rispetta la legge ma allo stesso tempo fa chiaramente intendere che la sua è una decisione sbagliata? Per evitare che la motivazione diventi qualcosa di diverso da quello che deve essere, a me sembra che l'unica possibilità sia la teoria dei diritti, il discorso giuridico orientato ai diritti, anche perché è profondamente sbagliato che siano i giudici a portarsi sulle spalle presso l'opinione pubblica il peso delle leggi ingiuste, che ovviamente non sono solo quelle riguardanti la pena capitale.

secolo⁵¹. Oggi non è più così. I problemi riguardanti le misure di prevenzione non hanno fatto altro che accrescersi, in modo speculare al numero di persone sorvegliate. Tuttavia, si sono sommate *altre e non meno gravi* questioni (costituzionali e convenzionali) da affrontare urgentemente. Molto spesso hanno a che fare con i poveri cristi abbandonati dalla società: disoccupati, tossicodipendenti, immigrati e ovviamente detenuti, questi ultimi in buona misura disoccupati, tossicodipendenti, immigrati.

I problemi gravi sono quindi aumentati. Non è cambiata la necessità di batterci affinché un essere umano sia considerato – da chiunque (legislatore, giudice, pubblica amministrazione) – prima di tutto per quello che è. Un essere umano. Dobbiamo trovare il tempo per questa battaglia, costi quel che costi, poiché ledere la dignità umana non ha mai alcuna giustificazione, il bilanciamento è escluso in partenza. L'eguale considerazione e rispetto si devono a tutti. Da qui conviene ripartire⁵².

⁵¹ Cfr. P. BARILE, *La pubblica sicurezza*, in I.S.A.P., *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, 48.

⁵² L'attuale condizione della società europea è così lontana dal potersi considerare ai margini della condizione umana? Non stiamo assistendo ad una riformulazione di senso della vita umana? Ogni diverso è nemico. Questo non è più un dogma inespresso, ma premessa maggiore (sempre più esplicita) di diversi sillogismi, che tutti finiscono per ridurre l'essere umano a cosa, a strumento, a mezzo. E' quindi il caso di ripartire dalla dignità umana, che, con tutte le difficoltà inutili da nascondere, potrebbe contribuire a spezzare la catena, al cui termine vi è il *Lager*, come scrisse esattamente sessanta anni fa Primo Levi, il cui libro non si intitolava con una domanda, ma con un'affermazione. A ricordarci che, finché quella concezione del mondo sussiste ("ogni straniero è nemico"), le conseguenze ci minacciano. L'ultima frase della *Prefazione a Se questo è un uomo* appare incredibilmente attuale: "Mi pare superfluo aggiungere che nessuno dei fatti è inventato". Oggi basta guardarsi intorno per comprendere che il diverso è considerato nemico e che, pertanto, ad essere in discussione è l'essenza dell'essere umano in quanto tale, la sua dignità. Il bilanciamento è importante, ma non riguarda la dignità di ogni essere umano.

Antonio Ruggeri

Dopo la [sent. n. 269 del 2017](#) della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?

SOMMARIO: 1. *I conflitti tra Corte costituzionale e Corte dell'Unione che possono conseguire all'attivazione tanto della pregiudizialità costituzionale quanto di quella "comunitaria", il rischio che, al fine di evitarli, i giudici comuni si sentano sollecitati a far luogo a decisioni abnormi e che la Carta di Nizza-Strasburgo finisca con l'essere fagocitata dalla Costituzione ovvero puramente e semplicemente ignorata.* – 2. *Una proposta che dia modo di sfuggire all'alternativa stringente tra il meccanismo dell'applicazione diretta e quello del sindacato accentrato, spianando la via al loro congiunto utilizzo grazie ad una innovazione legislativa che consenta la deroga, per i casi di congiunta violazione delle Carte, alla regola della incidentalità.* – 3. *La pronta obiezione alla soluzione qui patrocinata, in nome della fedeltà ai canoni che reggono il processo costituzionale, la replica che si può ad essa muovere in ragione della peculiarità del caso connotato dalla violazione congiunta di due documenti "tipicamente costituzionali", l'ipotesi della estensione della soluzione stessa a casi di violazione di altre norme eurounitarie.* – 4. *Vale la soluzione qui caldeggiata anche per il caso di violazione della CEDU? E vale altresì per quello di violazione di altre Carte? Argomenti a sostegno di una risposta affermativa per la prima evenienza e perplessità con riguardo alla seconda.*

1. I conflitti tra Corte costituzionale e Corte dell'Unione che possono conseguire all'attivazione tanto della pregiudizialità costituzionale quanto di quella "comunitaria", il rischio che, al fine di evitarli, i giudici comuni si sentano sollecitati a far luogo a decisioni abnormi e che la Carta di Nizza-Strasburgo finisca con l'essere fagocitata dalla Costituzione ovvero puramente e semplicemente ignorata

Tornando a riflettere sugli scenari che potrebbero, anche di qui a breve, delinearsi al piano dei rapporti tra le Corti a seguito della discussa [sent. n. 269 del 2017](#), confesso di radicarmi sempre di più nel convincimento che nessuna soluzione sia praticabile senza far correre seri rischi di conflitti gravi e ricorrenti tra le Corti stesse: tra il giudice costituzionale e la Corte dell'Unione in primo luogo, di questa o quella Corte e i giudici comuni secondariamente; o, per dir meglio, così parrebbe essere a meno che – come tenterò di mostrare – non si abbia un risoluto ed incisivo intervento del legislatore che venga in soccorso dei protagonisti della giustizia¹.

La pronuncia in parola infatti – se ne apprezzi, o no, il senso e il fine che la anima e giustifica² – ha rotto un'armonia ed una quiete dapprima in modo non poco sofferto raggiunte, determinando uno stato di innaturale tensione (non già tra norme bensì) tra principi o criteri di risoluzione delle

¹ La situazione venutasi a determinare a seguito e per effetto della decisione della Consulta richiamata nel titolo di questa mia succinta riflessione mi riporta alla memoria le vicende descritte nei poemi omerici e nelle tragedie dell'antichità che, laddove si presentavano talmente aggrovigliate da apparire irrisolvibili con le sole forze degli uomini, venivano a conclusione grazie al *deus ex machina* calato dal cielo per mettere ogni cosa al giusto posto.

² ... e, come si sa, gli orientamenti sono al riguardo fortemente discordi, alcuni difendendola a spada tratta ed altri, con pari decisione, invece severamente criticandola (nel primo senso, tra gli altri, L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 18 dicembre 2017, e, pure *ivi*, D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, 24 gennaio 2018; nel secondo, R.G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, nella stessa *Rivista*, 28 dicembre 2017, e, dello stesso, quindi, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in [Diritti Comparati](#), 1/2018, 16 febbraio 2018, e, ora, An, *quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, paper illustrato all'incontro di studio su *L'applicazione giudiziale della Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano*, svoltosi presso la Corte di Cassazione il 15 e 16 marzo 2018, in [A.D.M.I. giudicedonna.it](#), 4/2017; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in [Il Diritto dell'Unione Europea](#), *Oss. eur.*, dicembre 2017, e, ora, V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in [Diritti Comparati](#), 16 marzo 2018).

antinomie, con specifico riguardo alla eventualità che sia denunciata la violazione di norma della Carta dei diritti dell'Unione *self-executing*³ sostanzialmente coincidente con norma della Costituzione⁴, e segnatamente tra il criterio strutturale-funzionale, che fa riferimento all'attitudine della norma stessa di essere portata ad immediata applicazione, e il criterio assiologico-sostanziale che invece fa capo ad una qualità del parametro (quale documento in cui è dato riconoscimento dei diritti fondamentali) e che – a dire della pronuncia in parola – richiederebbe la chiamata in campo della Consulta al fine della risoluzione dell'antinomia⁵.

In una congiuntura siffatta, il conflitto tra le Corti potrebbe conseguire al dispiegarsi di entrambe le pregiudizialità, la “comunitaria” e la costituzionale, quale che sia l'ordine temporale della loro successione⁶.

Questo è infatti il punto cruciale su cui possono registrarsi prese di posizione incompatibili tra le Corti⁷. Ed è interessante notare che la stessa [sent. 269](#) incoraggia il giudice comune ad avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale, restando nondimeno oggetto di accesa disputa tra i commentatori la questione se d'ora innanzi la pregiudizialità costituzionale debba sempre precedere – come molti ritengono – la “comunitaria” ovvero se resti libero l'ordine temporale della loro successione⁸. Fatico, nondimeno, a comprendere come si possa inibire al giudice di seguitare a

³ Accenno qui di passaggio che quello della autoapplicatività di una norma è carattere o attributo relativo: può aversi – secondo opinione corrente – in capo ad una norma frutto di un enunciato sufficientemente dettagliato e preciso, che viene pertanto portata ad applicazione in vece di un'altra con essa incompatibile (ed è ciò di cui ora importa specificamente discorrere), ma può aversi anche in capo ad un principio che, in sé e per sé, parrebbe non possederlo e che tuttavia sia ugualmente portato subito ad “applicazione” (*rectius*, ad “attuazione”, sia pure con effetti circoscritti al caso), in difetto di altra norma che specificamente dia la regola per il caso stesso, secondo quanto – come si sa – si è soliti fare dando rilievo in una vicenda processuale data ad un principio costituzionale privo di svolgimento legislativo (si pensi, ad es., per tutti, ad [Englaro](#)). Dunque, anche la Carta dell'Unione, così come ogni altra Carta resa esecutiva in ambito interno (quale la CEDU), potrebbe ricevere “applicazione” al ricorrere di una circostanza siffatta.

⁴ È appena il caso qui di rammentare che presupposto primo perché si giustifichi la chiamata in campo della Consulta, così come richiesto dalla [269](#), è che si versi in ambito materiale di applicazione della Carta dell'Unione; ciò che – come si sa – ha dato vita ad annose e ad oggi non sopite controversie teoriche e ad oscillanti pronunzie della Corte eurounitaria (in argomento, per tutti, 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, 336 ss.). Altra questione, poi, essa pure non poco vessata è quella riguardante l'accertamento della effettiva coincidenza delle norme evocate in campo, specie ove si convenga che allo scopo debba farsi riferimento, più che alla lettera degli enunciati, agli indirizzi giurisprudenziali sulla loro base formatisi. Anche con riferimento a questo punto, di cruciale rilievo, si potrebbe assistere a gravi incertezze operative, ove si convenga che, per un verso, condizione di ammissibilità della questione portata alla cognizione del giudice delle leggi è appunto la rilevata coincidenza delle norme-parametro, il cui riscontro non può negarsi al giudice stesso e che però, per un altro verso, non può riconoscersi a quest'ultimo il titolo di poter dare l'interpretazione “autentica” (o quasi...) della Carta dell'Unione, invece spettante alla Corte di Lussemburgo.

È pure vero, tuttavia, che, da un lato, è assai remota – come si è tentato di mostrare altrove e si vedrà meglio anche più avanti – l'eventualità che la Consulta si discosti dalle letture della Carta suddetta fatte proprie dalla Corte dell'Unione e, da un altro lato, che neghi la sussistenza di una violazione della Carta stessa senza che risulti al contempo lesa anche la Costituzione.

⁵ Che nella circostanza si abbia un conflitto tra criteri o principi ordinatori, senza nondimeno che si sappia in nome di quale “metacriterio” o “metaprincipio” sia data la prevalenza all'uno sull'altro, è rilevato nel mio *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in [Diritti Comparati](#), 3/2017, 18 dicembre 2017, spec. al § 3.

⁶ ... salvo, a mia opinione, il caso che, investita per prima la Consulta e caducata la norma oggetto della questione per violazione della Costituzione, si faccia luogo alla tecnica decisoria dell'assorbimento dei vizi in relazione alla supposta violazione della Carta dell'Unione.

⁷ Si faccia caso al fatto che la Corte di giustizia seguita a restare ferma nel suo convincimento secondo cui alle norme della Carta dell'Unione può (e deve) esser data, ricorrendone le circostanze, applicazione diretta (v., da ultimo, con riferimento all'art. 50 della Carta, le pronunzie della Grande Sez., 20 marzo 2018, in cause [C-524/15](#), *Menci*; [C-537/16](#), *Garlsson Real Estate SA*, e [C-596/16](#) e [C-597/16](#), *Di Puma e Zecca*, spec. la seconda al punto 64 ss., annotate da A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 21 marzo 2018).

⁸ Nel primo senso, tra gli altri, P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in [Il Diritto dell'Unione Europea](#), *Oss. eur.*, dicembre 2017, 17, e G.

rivolgersi dapprima alla Corte dell'Unione, laddove reputi di avere bisogno proprio dei lumi di questa al fine di stabilire se, nel caso su cui è chiamato a pronunciarsi, si sia o no in presenza di una congiunta violazione della Carta dell'Unione e della Carta costituzionale: condizione, questa, necessaria al fine della presentazione del dubbio di costituzionalità alla Consulta.

Parimenti, è oggetto di controversia se la pronunzia del giudice delle leggi, previamente adito, possa (e, se sì, in che misura o sotto quale aspetto) circoscrivere la presentazione del successivo rinvio pregiudiziale, così come ventilato (ma criticamente) dalla [ord. della Cassazione, II sez. civ., n. 3831](#), che ha al riguardo sollecitato un “chiarimento” del giudice costituzionale in relazione all’affermazione contenuta nella [269](#) secondo cui il rinvio conseguente a pronunzia di rigetto della Consulta potrebbe aversi “per altri profili” rispetto a quelli presi in esame in occasione del sindacato di costituzionalità⁹. È singolare, tuttavia, che non ci si avveda del fatto che – perlomeno in non pochi casi – non si capisca quali possano essere questi ulteriori “profili”, dal momento che già nella ordinanza di remissione alla Consulta il giudice comune indica quali sono, a suo avviso, i soli “profili” rilevanti per il caso, specifica cioè sotto quali aspetti la norma di legge appare sospetta di violare, a un tempo, la Costituzione e la Carta dell'Unione. L’allargamento del *thema decidendum* davanti al giudice eurounitario in un momento successivo alla prospettazione del dubbio di costituzionalità non può, invero, escludersi in partenza ma dovrebbe essere ipotesi assai improbabile, con la conseguenza che, una volta investita la Consulta della questione di “costituzionalità-eurounitarietà”, potrebbero residuare margini fortemente ristretti per la presentazione della domanda di rinvio.

Sta di fatto che, una volta interpellata la Corte di giustizia e ricevuta una risposta che porti al riscontro dell’antinomia, il giudice si troverebbe messo in croce: obbligato dal diritto dell’Unione a far luogo all’applicazione diretta della norma *self-executing* della Carta di Nizza-Strasburgo, per un verso, e, per un altro verso, sollecitato a rivolgersi nuovamente al giudice costituzionale¹⁰, il quale a sua volta dovrebbe considerarsi tenuto a “convertire” la sua originaria pronunzia di rigetto in una di accoglimento, salvo ad azionare – ma è ipotesi francamente remota¹¹ – l’arma dei controlimiti¹². Un

SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 gennaio 2018; v., inoltre, F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in [Federalismi.it](#), 4/2018, 14 febbraio 2018; A. ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei “controlimiti”*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 28 febbraio 2018, e, nella stessa [Rivista](#), A.-O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentratore di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, 1 febbraio 2018. Più di un autore (tra i quali, D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in [Questione Giustizia](#), 12 marzo 2018) ha poi rilevato con soddisfazione che la tesi della precedenza necessaria della pregiudizialità costituzionale sarebbe stata fatta propria da [Cass., II Sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831](#). Il fatto però che, nella circostanza, il giudice della nomofilachia abbia accordato la priorità al sindacato della Consulta non equivale ad ammissione che *in ogni caso* essa debba aversi. Il vero è che – come si è tentato di mostrare altrove – la [269](#) ribadisce che è data comunque al giudice l’opportunità di interpellare in via pregiudiziale la Corte dell’Unione, senza tuttavia precisare se si dia un ordine prestabilito e tassativo ovvero una successione libera per l’aspetto temporale tra le due pregiudizialità.

⁹ A commento, tra gli altri, in aggiunta alla nota di D. TEGA, sopra cit., v., part., R.G. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia quando è ‘in gioco’ la Carta dei diritti fondamentali UE*, cit.; V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018*, cit., e, se si vuole, il mio [Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269 del 2017 \(a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob\)](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2018/I](#), 23 febbraio 2018, 82 ss.

¹⁰ Si è già fatto altrove notare che, in una congiuntura siffatta, non si produrrebbe l’effetto preclusivo ordinariamente discendente dalle decisioni di rigetto in capo al giudice *a quo*, in presenza del *novum* costituito dalla sopravveniente pronunzia della Corte di giustizia, che – come si viene dicendo – spianerebbe la via al ritorno alla Consulta.

¹¹ Lo è – come si sa – in via generale, gli episodi di resistenza dei tribunali costituzionali alle indicazioni venute dalla giurisprudenza eurounitaria essendo assai sporadici, tant’è che fanno clamore (come, da noi, con *Taricco*), a fronte della ordinaria acquiescenza mostrata verso i verdetti della Corte dell’Unione, della quale peraltro gli stessi Presidenti di quest’ultima si sono fatti – talvolta, invero, con orgoglio eccessivo – vanto (K. LENAERTS, *L’eredità del procedimento Costa c. ENEL*, in AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d’Europa*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 15 ss.); ma lo è ancora di più in relazione alle indicazioni specificamente riguardanti la Carta

obbligo, questo al quale soggiace la Consulta, nondimeno non sanzionabile, secondo una rigorosa lettura dei canoni che stanno a base del processo costituzionale (a partire da quello del divieto d'impugnazione delle decisioni della Corte costituzionale, di cui all'art. 137, ult. c., Cost.¹³), e tuttavia di sicuro ugualmente gravante sul giudice delle leggi e riportabile al *principium cooperationis* al quale tutti gli attori istituzionali sono chiamati a conformarsi, a partire appunto dai giudici di ultima o di unica istanza (e proprio perché tali)¹⁴.

Il rischio è allora che il giudice comune, al fine di togliersi dalle ambascie, possa non resistere alla tentazione di fare un uso abnorme della tecnica della interpretazione conforme, riconciliando a forza precetti normativi tra di loro incompatibili¹⁵, o – peggio – che possa essere indotto a non fare gli opportuni e necessari riferimenti alla Carta dell'Unione in vicende processuali nel corso delle quali pure ad essa è fatto esplicito richiamo, puramente e semplicemente ignorandola o aggirandola¹⁶. E, invero, non posso qui trattenermi dall'esplicitare un timore che avverto forte dentro di me dopo la lettura della [sent. 269](#), vale a dire che, in fin dei conti, essa possa portare o all'esito dell'assorbimento della Carta di Nizza-Strasburgo da parte della Costituzione, ogni violazione della prima risolvendosi ed esaurendosi nella violazione della seconda¹⁷, o all'abbandono del richiamo alla Carta stessa, la quale vedrebbe così esaurita e smarrita la sua specifica e qualificante funzione di dare una dimensione autenticamente sovranazionale al riconoscimento dei diritti fondamentali. In un caso e nell'altro, come si vede, l'esito sarebbe quello della sostanziale devitalizzazione della Carta, di un ripiegamento in se stesso del processo d'integrazione sovranazionale che ha anche (e soprattutto) nella valorizzazione della Carta stessa uno dei suoi punti di forza, un indice altamente espressivo del suo progressivo avanzamento.

Confesso di non saper dire quale dei due scenari sia quello maggiormente preoccupante.

2. Una proposta che dia modo di sfuggire all'alternativa stringente tra il meccanismo dell'applicazione diretta e quello del sindacato accentrato, spianando la via al loro congiunto utilizzo grazie ad una innovazione legislativa che consenta la deroga, per i casi di congiunta violazione delle Carte, alla regola della incidentalità

di Nizza-Strasburgo, ove si consideri l'osmosi che si registra tra la stessa, la CEDU, le Carte nazionali e le tradizioni comuni cui queste danno vita (ulteriori svolgimenti sul punto, di cruciale rilievo, a breve). In ogni caso, è chiaro che, prima di far valere i "controlimiti", la Consulta farebbe bene a tornare ad interpellare la Corte lussemburghese, così come d'altronde ha fatto nel caso [Taricco](#).

¹² Sempre in via di mera ipotesi, l'arma stessa potrebbe essere azionata anche dietro sollecitazione del giudice comune, a seguito della risposta ricevuta alla sua domanda di rinvio pregiudiziale.

¹³ ... nel significato attribuitovi di scudo protettivo delle decisioni della Corte (di *tutte* le decisioni, di accoglimento o di rigetto che siano) avverso ogni tentativo da chiunque posto in esserne di frustrarne gli effetti, sollecitando la Corte stessa a tornare sui propri passi (ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, nel mio *Storia di un "falso"*. *L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, spec. 77 ss.). In successive riflessioni però (a partire da *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 e J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.), si è presa in considerazione l'eventualità di sottoporre a revisione le decisioni del giudice costituzionale in presenza di sopravvenienti e contrarie pronunzie delle Corti europee.

¹⁴ D'altronde, la più accreditata ricostruzione teorica ha da tempo dimostrato che il carattere "normativo" non viene meno in capo ad una previsione positiva (costituzionale o legislativa o di altro genere ancora che sia), sol perché non sorretta o non sorretta adeguatamente da un efficace apparato sanzionatorio che dissuada dalla sua trasgressione.

¹⁵ A questa eventualità si richiama ora anche V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018*, cit.

¹⁶ È quanto è da ultimo avvenuto con la sentenza della Cass., II Sez. pen., 2 marzo 2018, n. 9494, dov'è un richiamo alla pronunzia della Corte di giustizia [c.d. Taricco-bis](#), "epurata" tuttavia dei riferimenti in essa presenti all'art. 49 della Carta di Nizza-Strasburgo.

¹⁷ Ho già detto altrove che questo è – a me pare – il vero ed inconfessabile intento coltivato dal giudice costituzionale con la [269](#); una lettura diversa (e, però, forse, troppo ottimistica) è, invece, negli scritti di R.G. CONTI, dietro citt.

Ora, l'eventualità del conflitto tra le Corti non può considerarsi fugata né a seguire la proposta, da ultimo affacciata da un sensibile studioso ed operatore del diritto¹⁸, favorevole alla congiunta presentazione di una domanda di rinvio pregiudiziale e di una questione di legittimità costituzionale¹⁹, potendone di tutta evidenza divergere gli esiti e gli effetti nella vicenda processuale da cui le domande stesse originano, né a dare accoglienza alla soluzione da me in altro luogo patrocinata²⁰, secondo cui il giudice comune sarebbe libero di determinarsi come crede per ciò che attiene alla via da imboccare, se quella del rinvio alla Corte di Lussemburgo ovvero l'altra che porta al sindacato della Consulta, in ragione del fatto che risulti maggiormente sospetta la violazione dell'una ovvero dell'altra Carta. In ogni caso, infatti, la Corte non evocata in campo potrebbe considerarsi menomata nella propria competenza²¹; e la tensione tra le stesse esistente finirebbe poi con lo scaricarsi senza rimedio proprio sui terminali delle operazioni di giustizia, i giudici comuni.

Come allora evitare quest'esito, per l'uno o per l'altro verso, inquietante?

A parer mio, il modo c'è ma passa attraverso un ripensamento complessivo dei meccanismi di garanzia; ed è, perciò, da chiedersi preliminarmente se convenga battere questa via.

Ora, non va dimenticato che la complessiva vicenda dell'integrazione sovranazionale è venuta maturando fin qui all'insegna di canoni di giurisprudenziale fattura che ne hanno sin dall'inizio accompagnato il suo sofferto e talvolta non lineare svolgimento e che hanno – come si sa – fortemente innovato ai meccanismi in parola, ed anzi che, ancora prima (e di più), hanno innovato – a chiamare le cose col loro giusto nome – agli stessi principi costituzionali, e segnatamente a quello di cui all'art. 11 Cost., innaturalmente convertito da *norma di valore*, qual è, in *norma sulla produzione giuridica*. E il vero è che altro è l'affermazione che vuole assoggettata la sovranità dello Stato a limitazioni in funzione della salvaguardia della pace e della giustizia tra le Nazioni, altra cosa la previsione (che, però, nella Carta non c'è...) del modo o dei modi con cui le limitazioni stesse possono concretarsi. Ciò che avrebbe comunque richiesto la iscrizione in Costituzione di una *Europaklausel*²², al pari di quanto si è fatto in altri ordinamenti, bisognosa di ricevere quindi i suoi ulteriori, congrui svolgimenti a mezzo di norme di legge comune e di altri atti ancora di normazione.

¹⁸ R.G. CONTI, An, quomodo e quando *del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE*, cit., spec. al § 6.

¹⁹ Le due questioni, nondimeno, sono solo in apparenza speculari: quella alla Corte dell'Unione esibisce una struttura – per dir così – *semplice*, i termini positivi posti a raffronto essendo dati solo dalla Carta dell'Unione e dalla norma di legge sospetta di violarla; quella portata alla cognizione della Consulta si presenta invece come *complessa* (o, forse, meglio *composta*), facendo riferimento ad un duplice parametro costituzionale che si assuma essere leso, costituito dalla Carta stessa e dalla Costituzione, in tesi sostanzialmente coincidenti.

²⁰ *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti*, cit., spec. al § 3.

²¹ È vero che il rinvio è per i giudici non di ultima istanza meramente facoltativo; il punto è, però, che tutti i giudici nazionali devono mettersi in grado di azionare, ricorrendone le circostanze, il meccanismo dell'applicazione diretta e, allo scopo, la via piana da percorrere è proprio quella tracciata dal rinvio pregiudiziale (con riguardo ai casi in cui può farsene legittimamente a meno, v., per tutti, A. DI STASI, *Equo processo e obbligo di motivazione del mancato rinvio alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in [Federalismi.it](#), Focus Human Rights, 3/2016, 30 settembre 2016, e, nella stessa Rivista, T. GUARNIER, *Ruolo e funzioni del rinvio pregiudiziale nell'interpretazione delle direttive dell'Unione europea: il caso della relazione fra giudici italiani e Corte di Giustizia*, Focus Fonti, 1/2017, 17 febbraio 2017).

²² E il posto giusto sarebbe stato proprio quello dei principi fondamentali, e segnatamente di quell'art. 11 al quale si è ancorato il processo della integrazione sovranazionale, facendone quindi oggetto di opportuno aggiornamento. La qual cosa, poi, a tacer d'altro, testimonia, avverso un radicato e diffuso sentire, l'assoggettabilità degli stessi principi fondamentali ad innovazione costituzionale, quanto meno – come si è tentato di argomentare altrove – laddove si tratti di farne espandere la portata e la *vis* qualificatoria dell'esperienza. E non posso qui trattenermi dal rinnovare il mio fermo convincimento che l'integrazione in parola, lungi dal porsi quale una sorta di *deminutio capitis* nei riguardi dell'identità costituzionale, che molti ritengono essere minacciata dall'"invasore" europeo, possa di contro giovare a valorizzarla ancora di più, nella pienezza dei valori che ne compongono il patrimonio culturale e dei principi che vi danno la più genuina ed espressiva rappresentazione positiva, tra i quali vi è appunto anche quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale in funzione della ottimale salvaguardia del bene della pace e della giustizia tra le Nazioni, nel suo fare "sistema" coi restanti beni costituzionalmente protetti.

Per ciò che ha poi specifico riguardo ai meccanismi di garanzia, anche l'introduzione della tecnica dell'applicazione diretta si pone, dal punto di vista dell'ordine interno, quale una invenzione dirompente, portando – si è detto da più parti – all'effetto dell'avvento di un sistema di giustizia costituzionale diffusa in deroga al disposto dell'art. 134 Cost. E ciò, se è vero, com'è vero, che, fintantoché non sarà pervenuto (se mai perverrà...) a compiuta maturazione il processo costituente europeo in corso²³ e ci sarà dunque bisogno della “copertura” offerta dall'art. 11 della Carta al diritto eurounitario affinché quest'ultimo possa farsi valere, la violazione dello stesso ridonda e interamente si risolve in violazione della Costituzione, portando pertanto diritto al sindacato della Consulta per il suo accertamento. Il punto è però che, facendo luogo a quest'ultimo al posto del meccanismo dell'applicazione diretta, si violerebbe il Trattato e, *per ciò stesso*, la norma costituzionale di “copertura”.

Questo nodo non può essere sciolto, a mia opinione, se non chiamando il legislatore costituzionale a farlo. E ciò, se si conviene che la pur encomiabile, poderosa opera di “supplenza” posta in essere dalla giurisprudenza può spingersi solo fino a un certo punto, e non oltre. Portandosi ancora più avanti, la giurisprudenza finirebbe, infatti, con lo snaturarsi e l'avvolgersi fatalmente in se stessa, rendendo quindi la matassa, a conti fatti, non dipanabile.

È quanto è appunto avvenuto con la [269](#).

Come si viene dicendo, il legislatore potrebbe fare oggi almeno una parte di ciò che avrebbe dovuto fare già ieri; e può farlo con un costo invero non da poco, quello della messa da canto della incidentalità²⁴. Un meccanismo, questo, che va sempre più di frequente dimostrandosi troppo stretto, soffocante per la Corte delle leggi, che non di rado appare insofferente a mantenersi entro l'*hortus conclusus* in cui la disciplina vigente sul processo la obbliga a stare, tanto laddove siano in gioco i diritti fondamentali, sollecitati a soggiacere a bilanciamenti sia *inter se* che con altri interessi costituzionalmente protetti, quanto che si tratti di assicurare l'ottimale funzionamento, alle condizioni oggettive di contesto, dei meccanismi da cui dipendono gli equilibri della forma di governo e della stessa forma di Stato²⁵.

Viene, perciò, nuovamente da chiedersi se non convenga piuttosto, una buona volta, anziché battere la via della manipolazione per via sotterranea e più o meno abilmente mascherata dei canoni processuali *ope juris prudentiae*, far luogo alla luce del sole e per la via piana della normazione legislativa ad una nuova disciplina che dia modo di discostarsi, sia pure per casi debitamente circoscritti, dall'incidentalità²⁶.

Con specifico riguardo alla questione qui di specifico interesse, la soluzione che ai miei occhi appare essere la più lineare è quella che mantiene la naturale precedenza della pregiudizialità

²³ ... il quale, tuttavia, diversamente dai processi costituenti statali, che o riescono oppure portano alla restaurazione dell'ordine costituzionale preesistente, potrebbe restare permanentemente in una condizione di incompiutezza, oscillando tra i poli della vittoria e della sconfitta senza nondimeno ricongiungersi a pieno con nessuno di essi.

²⁴ Non sono invero mancati, come si passa subito a dire, i casi di manipolazioni anche vistose da parte della Consulta dei canoni relativi al processo costituzionale; dubito molto, però, che rientri nella disponibilità della giurisprudenza far luogo alla innovazione richiesta dalla proposta qui affacciata.

²⁵ Se n'è avuta, forse, la più emblematica testimonianza, sul versante dei diritti, in occasione della nota vicenda definita da [Corte cost. n. 10 del 2015](#) e, su quello dei meccanismi dell'organizzazione, con riguardo ai giudizi sulle discipline elettorali, laddove per diffuso riconoscimento di molti commentatori delle pronunzie della Corte si è assistito ad un forzoso e disinvolto utilizzo dei canoni processuali (e, segnatamente, appunto della rilevanza).

²⁶ Forse, ripescando una risalente opinione (G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1001 ss., e F. PIZZETTI - G. ZAGREBELSKY, “*Non manifesta infondatezza*” e “*rilevanza*” nell'*instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1974, 122 ss.), favorevole ad un'iniziativa processuale dell'autorità remittente slegata dal processo *a quo*, si potrebbe dar spazio all'innovazione ragionata nel testo a mezzo di legge comune, che aggiunga all'art. 23 della legge n. 87 del 1953 la regola qui caldeggiata, specificamente valevole per il caso che il parametro leso sia dato dalla Carta dei diritti dell'Unione (e forse pure, come si dirà a breve, per la CEDU o altre Carte). È pur vero, tuttavia, che la tesi suddetta è stata seccamente respinta da dottrina e giurisprudenza correnti, pur registrandosi in quest'ultima – come si è fatto poco sopra notare – rilevanti deviazioni dal modello. Ad ogni buon conto, la via maestra da battere sembra essere quella che passa attraverso il ricorso alle procedure aggravate, di cui all'art. 138 Cost.

“comunitaria”, perlomeno in via ordinaria²⁷. Solo così, infatti, il più delle volte il giudice può avere – come si diceva – gli elementi di conoscenza che gli sono indispensabili per essere messo in grado di stabilire se si dia, o no, nel caso una congiunta violazione della Carta dell’Unione e della Carta costituzionale.

Ricevuta risposta nel senso della violazione dell’una Carta, il giudice non avrebbe scelta per ciò che attiene alla immediata applicazione della norma sovranazionale in vece di quella interna con essa incompatibile²⁸. Ad ulteriore e risolutiva garanzia del primato del diritto eurounitario, potrebbe tuttavia darsi modo al giudice stesso di sollecitare il giudizio della Consulta, grazie al quale soltanto può aversi la rimozione con effetti *erga omnes* della norma interna responsabile della violazione²⁹. Ciò che appare dovuto, ove si tenga fermo – come devesi – il principio per cui in ultima istanza l’interpretazione della Carta eurounitaria compete alla Corte di giustizia³⁰. Resta, nondimeno, ferma l’eventualità che al verdetto del giudice europeo si oppongano i “controlimiti”; ma è – come si diceva – ipotesi prospettabile al mero piano teorico-astratto in relazione alle previsioni della Carta di Nizza-Strasburgo, giusta la sua natura di documento “tipicamente costituzionale”, idoneo ad integrarsi con la Costituzione e le altre Carte dei diritti (e, tra queste, principalmente la CEDU) nei fatti interpretativi, secondo la densa e, oggi più di ieri, attuale indicazione teorica che è in [Corte cost. n. 388 del 1999](#).

Piuttosto, è da chiedersi quali effetti possano aversi dalla discesa in campo dei “controlimiti” nel giudizio in cui si sia già fatta applicazione diretta della norma eurounitaria, se cioè quest’ultimo sia da considerare comunque non definitivo, per il mero fatto dell’attivazione del giudizio di costituzionalità, ovvero se possa prodursi già all’indomani dell’applicazione diretta (e salvo il regime delle impugnazioni) la cosa giudicata, valendo pertanto gli effetti della decisione della Consulta per giudizi diversi da quello da cui ha tratto origine. In punto di diritto, la questione si presta ad esser fatta oggetto di soluzioni diverse, a seconda che si consideri la pronunzia del giudice comune *quodammodo* assimilabile ad una misura cautelare posta in essere a beneficio del diritto eurounitario ovvero le si riconoscano effetti potenzialmente definitivi³¹. Come si vede, si tratta di fare una scelta di campo, gravida di implicazioni di ordine sia processuale e sia pure (e più largamente) istituzionale; una scelta che, perciò, ancora una volta, rientra, a mio modo vedere, nella esclusiva disponibilità del legislatore.

Sta di fatto che, grazie alla opportunità offerta alla Consulta di pronunziarsi, risulterebbe appagata quell’esigenza di certezza del diritto costituzionale ed eurounitario a un tempo, su cui ha particolarmente insistito la [269](#), venendosi peraltro incontro ad una sollecitazione ripetutamente manifestata dalla giurisprudenza dell’Unione e volta al totale sradicamento della norma responsabile della violazione del canone del primato.

²⁷ ... salvo appunto il caso, dietro accennato, che possa legittimamente farsi a meno dell’esercizio del rinvio pregiudiziale.

²⁸ ... salvo – come si rilevava poc’anzi – che non si determini ad azionare l’arma dei “controlimiti”, chiamando la Consulta a farli valere.

²⁹ L’ipotesi è problematicamente affacciata nei miei *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti*, cit., e *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e due proposte per un ragionevole compromesso*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 1/2018, 15 marzo 2018, spec. 17 ss.; la riprendo, ora, con maggiore decisione e ulteriore svolgimento.

³⁰ Inquieta, invero, un passaggio argomentativo, molto discusso, contenuto nella [269](#) che parrebbe delineare una sorta di riserva fatta dalla Consulta a se stessa della verifica della corrispondenza delle interpretazioni della Carta dell’Unione somministrate dal giudice eurounitario alle tradizioni costituzionali comuni.

³¹ L’opzione per il primo corno dell’alternativa, poi, potrebbe apparire viepiù consigliabile a condizione che si stabilisse un termine assai contenuto (ad es., tre mesi) entro il quale il giudice costituzionale è tenuto a pronunziarsi. E, poiché – come si è veduto – la pronunzia stessa è, per norma, chiamata a porsi in linea con quella del giudice remittente, avallando l’avvenuta applicazione diretta della Carta dell’Unione e spianando la via per la sua estensione a valenza generale, questo lieve ritardo nella produzione del giudicato ordinario appare ragionevolmente tollerabile, ampiamente compensato dai benefici discendenti dalla decisione con effetti *erga omnes* della Consulta. In generale, è da valutare l’opportunità d’introdurre una corsia preferenziale per ogni questione di legittimità costituzionale in cui sia denunciata la violazione della CEDU o di altra Carta dei diritti, nonché di norme eurounitarie non autoapplicative.

Insomma, non già l'alternativa secca tra il sindacato diffuso e quello accentrato bensì il cumulo degli stessi; ciò che dovrebbe bastare a tranquillizzare la Consulta, non più disponibile ad assistere inerte alla "erosione" del sindacato accentrato registratasi per effetto del ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici comuni e desiderosa piuttosto di prendere parte alla partita con centralità di posto.

3. *La pronta obiezione alla soluzione qui patrocinata, in nome della fedeltà ai canoni che reggono il processo costituzionale, la replica che si può ad essa muovere in ragione della peculiarità del caso connotato dalla violazione congiunta di due documenti "tipicamente costituzionali", l'ipotesi della estensione della soluzione stessa a casi di violazione di altre norme eurounitarie*

Pronta è l'obiezione alla proposta qui avanzata secondo cui a seguito del suo accoglimento si avrebbe una deviazione troppo marcata e vistosa, francamente insopportabile, dalle regole del processo costituzionale. Una obiezione alla quale, tuttavia, potrebbe replicarsi con la considerazione che qui è in gioco l'osservanza non già di una qualsivoglia norma eurounitaria bensì di una contenuta in un documento "tipicamente costituzionale", per riprendere la qualifica data della Carta dell'Unione dalla [269](#)³². Si converrà, dunque, che altro è il modo con cui si fa valere lo schema usuale della fonte interposta quando quest'ultima non è in sé e per sé di natura costituzionale, ed altra cosa appunto ciò che si ha quando l'interposizione investe un documento "tipicamente costituzionale", una vera e propria *Costituzione in senso materiale* insomma³³.

Semmai, è da valutare se convenga estendere la soluzione qui caldeggiata anche a casi di violazione di norme non contenute nella Carta di Nizza-Strasburgo: quanto meno, come si è altrove dubitativamente prospettato³⁴, a norme a questa strutturalmente legate siccome volte a darvi la *prima, diretta e necessaria* specificazione-attuazione, ovvero addirittura a *tutte* le norme dell'Unione.

La soluzione intermedia potrebbe farsi strada nei prossimi svolgimenti della giurisprudenza costituzionale, pur presentando rischi evidenti per ciò che attiene alla individuazione senza soverchie incertezze delle norme per le quali può farsi valere. Questa obiezione, nondimeno, non mi sembra, in via di principio, insormontabile, sol che si pensi che la giurisprudenza ha già fatto utilizzo in altri campi di esperienza dello schema che rimanda al rapporto di strumentalità necessaria intercorrente tra norme costituzionali e norme a queste sottostanti³⁵.

La soluzione più ampia, di ordine generale, invece fa correre il rischio forse imparabile che sia recato un *vulnus* grave e non rimediabile alla funzionalità della Corte delle leggi, prevedibilmente sommersa da una valanga di questioni di "costituzionalità-eurounarietà". Basti solo, per avvedersene, tenere a mente la differenza d'immediata evidenza che si ha tra il caso di denuncia della violazione delle sole norme di un documento "tipicamente costituzionale" o tutt'al più di altre norme, selettivamente individuate, che si pongano nei riguardi delle prime in funzione servente e il

³² Una qualifica – è appena il caso qui di precisare – che, se vale (come vale) per la Carta dell'Unione, non può non valere per altre Carte, tra le quali la CEDU. Di qui, l'impossibilità di mantenere quella graduata sistemazione nella scala delle fonti di Carte e Costituzione che, specie dopo le sentenze "gemelle" del 2007, è sempre più stancamente riproposta, a mo' di *slogan*.

³³ Si rammenti la classica definizione che di Costituzione è data nell'art. 16 della Dichiarazione del 1789 e che ha appunto nel riconoscimento dei diritti fondamentali il suo primo e più qualificante tratto identificante e più genuinamente espressivo.

³⁴ Ancora in *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti*, cit., spec. al § 4.

³⁵ ... ad es., per ciò che attiene al limite all'ammissibilità di domande referendarie che abbiano ad oggetto norme di legge che assicurino una "tutela minima" a beni costituzionalmente protetti; e così pure quanto a norme di legge con cui siano fissati i non meglio precisati "livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali bisognosi di uniforme salvaguardia per l'intero territorio della Repubblica, *ex art. 117, II c., lett. m, Cost.*

caso invece di contrasti a tappeto con un diritto sovranazionale dalle dimensioni sempre più imponenti, un diritto che si distende a macchia d'olio ormai pressoché in ogni ambito materiale di esperienza.

4. Vale la soluzione qui caldeggiata anche per il caso di violazione della CEDU? E vale altresì per quello di violazione di altre Carte? Argomenti a sostegno di una risposta affermativa per la prima evenienza e perplessità con riguardo alla seconda

Rimane un ultimo punto da trattare, con la speditezza richiesta a questa succinta riflessione; ed è quello relativo alla possibilità di estendere la soluzione ora patrocinata anche ai casi di antinomia con la CEDU (e, forse, pure con le altre Carte dei diritti).

Sappiamo tutti qual è l'obiezione che linearmente discende dalle premesse poste dalle sentenze "gemelle" del 2007, secondo cui il meccanismo dell'applicazione diretta conseguirebbe alla "copertura" offerta al diritto dell'Unione in genere e non valevole per la CEDU o altre Carte.

Le cose, in realtà, non stanno esattamente così.

Ora, in disparte la questione nient'affatto pacifica riguardante la possibilità, da molti caldeggiata, di estendere la "copertura" dell'art. 11 anche alla Convenzione, per il suo riferimento al Consiglio d'Europa, vale a dire ad una di quelle organizzazioni alle quali fa richiamo l'art. 11³⁶, il vero è che il meccanismo dell'applicazione diretta a beneficio delle norme *self-executing* dell'Unione discende da una esplicita previsione dei trattati fin qui man mano succedutisi, fino a quello di Lisbona in atto vigente, non già dal disposto dell'art. 11 che – come si faceva poc'anzi notare – nulla dice a riguardo del modo o dei modi coi quali far valere in concreto le limitazioni di sovranità dello Stato in funzione della salvaguardia della pace e della giustizia tra le Nazioni. Se, però, la previsione in parola non c'è, non c'è neppure – va riconosciuto – quella di segno contrario; ed allora si tratta appunto di chiedersi se possa riservarsi alla Convenzione un trattamento siffatto.

Occorre, a mia opinione, non perdere di vista che la condizione di un documento "tipicamente costituzionale", quale innegabilmente è la Convenzione, non può essere appiattita e confusa con quella di qualsivoglia norma internazionale pattizia o delle stesse "comuni" norme di diritto derivato dell'Unione; e, soprattutto, occorre non perdere di vista che la stessa Carta di Nizza-Strasburgo richiede di essere intesa e fatta valere in linea con le indicazioni della Convenzione stessa³⁷, vale a dire, in buona sostanza, della giurisprudenza della Corte di Strasburgo per il tramite della quale essa si converte da diritto vigente in diritto vivente.

Se, dunque, si conviene – come si deve – che tra le Carte dei diritti in genere si assiste ad un ininterrotto flusso di reciproche suggestioni e indicazioni governato dal canone della massimizzazione della tutela e che, per ciò che specificamente riguarda la CEDU, è proprio verso di essa che sono tenuti a volgere lo sguardo gli interpreti della Carta di Nizza-Strasburgo, diventa assai arduo poi tenere rigidamente (e innaturalmente) separati i rispettivi meccanismi di garanzia. È vero che, nei rapporti con la Corte di Strasburgo, i giudici nazionali non dispongono del supporto che è loro assicurato al piano dei rapporti con la Corte di giustizia dallo strumento del rinvio pregiudiziale. Il rischio è, infatti, che il giudice comune possa non fare buon uso dello strumento dell'applicazione diretta e che sia poi smentito dal giudice costituzionale³⁸, che nei fatti venga perciò a commutarsi in un anomalo organo di appello. Un rischio che, tuttavia, potrebbe essere un domani, almeno in parte, fugato grazie allo strumento di collaborazione apprestato dal prot. 16

³⁶ Riferimenti, ora, in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. 138 ss.

³⁷ ... fatto, nondimeno, salvo l'esito opposto, in applicazione del canone della massimizzazione della tutela: un autentico "metaprincipio" questo che, a mio modo di vedere, sta a base, più (e prima ancora) che della selezione della norme o del sistema di norme in grado d'innalzare il livello della tutela dei diritti in gioco, della interpretazione dei disposti da cui le norme stesse originano, ponendosi dunque quale autentico fattore di generale preorientamento operativo.

³⁸ ... oltre che, naturalmente, da altri giudici comuni in sede di gravame.

allegato alla CEDU, per molti versi accostabile al rinvio pregiudiziale³⁹, al di là delle differenze di natura e di effetti riscontrabili al piano teorico-astratto tra gli strumenti in discorso⁴⁰. Non si trascuri poi che, per un verso, rimane, ad ogni buon conto, fermo l'obbligo per il giudice di conformarsi al diritto convenzionale vivente, quale si concreta a mezzo di pronunzie-pilota e di indirizzi "consolidati"⁴¹. Per un altro (e decisivo) verso, il meccanismo dell'applicazione diretta, accompagnato e completato da quello del sindacato accentrato, con riferimento alla Carta dell'Unione, spiana il più delle volte la via all'applicazione diretta *di fatto* anche della CEDU, le cui interpretazioni ad opera della Corte di Strasburgo vengono quindi ad essere metabolizzate e veicolate in ambito interno dalle interpretazioni della Corte eurounitaria. Si tratta, dunque, di fare ancora un passo in avanti, facendosi applicazione diretta della Convenzione anche *di diritto*.

D'altronde, non credo che, muovendo dall'esatta premessa della natura di tutte tali Carte quali documenti "tipicamente costituzionali", si possa poi pervenire ad una conclusione che ne tenga innaturalmente divaricate le posizioni e le forme di giuridico rilievo in ambito interno. Una conclusione, questa, nondimeno (e qui confesso di seguitare ad essere dubbioso) che appare essere problematicamente valevole per ogni altra Carta dei diritti, dal momento che per esse si riscontrano due dati che parrebbero spingere in direzioni opposte: verso l'assimilazione del trattamento, quello della pari natura costituzionale dei documenti in parola, e verso la reciproca diversificazione, l'altro secondo cui non si riscontra l'obbligo, specificamente affermato in relazione alla Carta dell'Unione nei suoi rapporti con la CEDU, dell'interpretazione conforme di quelle verso questa.

Si vedrà come andrà a finire questa vicenda ad oggi solo agli inizi. Certo si è – a me pare – che lo stesso giudice delle leggi non ha forse valutato appieno, nel momento in cui ha dato con la [sent. 269](#) una svolta al proprio indirizzo in tema di rapporti con la Carta dell'Unione (e, segnatamente, ha fatto luogo al riconoscimento di quest'ultima quale documento "tipicamente costituzionale"), quali implicazioni avrebbero potuto (e un domani potrebbero) immediatamente e linearmente aversene al piano altresì dei rapporti con la CEDU e, persino più largamente, con altre Carte dei diritti.

Come un sasso gettato nello stagno, le onde dallo stesso provocate si espandono a raggiera diffondendosi anche molto lontano dal punto di partenza.

Quanto tempo ancora potrà, dunque, resistere la giurisprudenza costituzionale che tiene lontana l'una dall'altra, al piano dei meccanismi di garanzia, la Carta dei diritti dell'Unione e la CEDU che, invece, vigorosamente ed espressamente reclamano di volersi reciprocamente integrare nell'interpretazione?

³⁹ Si è fatto in altri luoghi notare [nel mio *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot. 16)*, in [Rivista AIC](#), 1/2014, 7 febbraio 2014, spec. al § 3, cui si è quindi rifatto, tra gli altri, R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, nella stessa [Rivista](#), 3/2014, 12 settembre 2014, spec. il § 12] che, pur non essendo il giudice tenuto a conformarsi al parere datogli dalla Corte di Strasburgo, difficilmente tuttavia potrebbe sentirsi indotto a discostarsi, nella consapevolezza che il proprio verdetto potrebbe poi esser causa di un nuovo ricorso, stavolta in sede giurisdizionale, alla Corte medesima.

⁴⁰ In argomento, v., tra gli altri, AA.VV., *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*, a cura di E. Lamarque, Giappichelli, Torino 2015; E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino 2015, 182 s.; A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., 331 ss.

⁴¹ ... secondo il noto punto di diritto fissato nella discussa (e discutibile) [sent. n. 49 del 2015](#) della Consulta. Da ultimo, però, la *vis* prescrittiva della Convenzione, per il modo con cui vi dà voce la giurisprudenza di Strasburgo, parrebbe essersi fatta ancora più intensa, dal momento che il vincolo interpretativo è stato predicato (da [Corte cost. n. 43 del 2018](#)) anche nei riguardi di una singola decisione del giudice europeo innovativa rispetto al passato: *A e B. c. Norvegia* del novembre 2016, e, su di essa, i commenti, tra gli altri, di F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 18 novembre 2016; L. TRUCCO, *Ne bis in idem: La Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 173 ss., e F. CASSIBBA, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio*, in [www.processopenaleegiustizia.it](#), 6/2017, 1098 ss. [la svolta rispetto alla 49, cit., è stata prontamente segnalata da D. GALLIANI, in un intervento nella lista [Europa](#) del 2 marzo 2018].

Giovanni Poggeschi
Ridere e deridere.

La satira negli USA ed in Francia fra libertà individuale ed esigenze collettive

SOMMARIO: 1. *Il diritto alla satira in Francia e negli USA. Il perché di una scelta di ricerca.* – 2. *Il diritto di satira negli USA nel quadro del Primo Emendamento, in particolare secondo la giurisprudenza della Corte Suprema.* – 3. *La Corte Suprema e la stagione dei diritti civili da Beauharnais a Skokie. La dottrina della “content neutrality” e la protezione delle minoranze (religiose ed etniche).* – 4. *Falwell v. Flynt, sino a che punto può spingersi la satira?* – 5. *Segreti e bugie.* – 6. *Altre questioni trattate dalle Corte Suprema e dalle Corti di merito. I temi non risolti.* – 7. *La libertà di satira e di espressione in Francia. Le basi storiche.* – 8. *Il diritto di satira nella Quarta e Quinta Repubblica sino ad oggi. L'influenza della giurisprudenza della CEDU. Charlie Hebdo ed il terrorismo islamico.* – 9. *I limiti alla libertà di espressione e di satira posti dal rispetto dei credenti e dal principio dell'ordine pubblico. Laicità, sentimento religioso e libertà di satira.* – 10. *La satira, il diritto d'autore ed il diritto all'immagine in Francia.* – 11. *Le nuove frontiere della libertà di espressione.* – 11. *Le nuove frontiere della libertà di espressione.*

1. *Il diritto alla satira in Francia e negli USA. Il perché di una scelta di ricerca.*

Il presente articolo riguarda il tema della libertà di satira in due fra i più importanti ordinamenti occidentali, che presentano, come è ovvio nel diritto comparato, elementi di differenziazione ed elementi di somiglianza, sia dal punto di vista giuridico che sociale. Francia e USA offrono più punti in comune che di divergenza: una forma di Stato liberal-democratica, con una forte tradizione costituzionale, in entrambi i casi scaturita da rivoluzioni e sviluppatasi nel corso dei secoli, con una forma di governo parimenti piuttosto simile. Pur nei diversi presupposti storici e geografici, una storia con tratti in comune, e due ordinamenti che si sono fra di loro misurati¹.

Uno dei punti di differenza fra la storia francese e statunitense, che si riflette anche nella disciplina del diritto di espressione, riguarda il ruolo della religione: in Francia essa esprimeva la contrapposizione al dominio che la chiesa cattolica, e la Monarchia suo braccio secolare, esercitava nella società francese, e che la rivoluzione combatté (per poi, con Napoleone, gestirne più realisticamente il rapporto), mentre la rivoluzione americana, come i suoi documenti fondativi, è impregnata di spirito religioso. Ma, al di là delle sommarie ricostruzioni storiche, la comparazione fra Francia e USA sul diritto alla satira rileva per motivi terribilmente attuali. L'ascesa del radicalismo islamico, e del terrorismo, che ha visto fra i paesi più colpiti proprio la Francia e gli USA², è di per sé un motivo più che valido per analizzare, sulla base del trattamento giuridico della libertà di espressione in combinato con la libertà religiosa e tutto quello a ciò connesso (in primo luogo il dovere di rispetto del sentimento religioso), le implicazioni reciproche fra scelte politiche e giuridiche ed accadimenti storici. Ci si chiede dunque se la legislazione francese sulla libertà di espressione ed in particolare sul diritto alla satira impatti sulla esplosiva situazione politica attuale di più di quella statunitense relativa allo *hate speech*.

Come già sottolineato nell'introduzione a questo volume fatta dai due curatori, è evidente che la libertà di satira è una *species*³, certamente importante ma non unica, della libertà di espressione, che di essa è il *genus*. È dunque necessario analizzare la libertà di espressione in generale nei due

¹ La cultura liberale dei padri fondatori americani era intrisa di idee derivare dalla cultura francese (ed ovviamente ancor di più della madre-patria Inghilterra), ed uno dei primi ad elogiare il sistema politico e giuridico degli Stati Uniti d'America fu Alexis de Tocqueville, la cui opera fondamentale fu pubblicata nel 1831: in italiano ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* (a cura di Nicola Matteucci), Torino, Utet, 2007.

² Perlomeno in occidente, non bisogna dimenticare che i primi paesi ad essere colpiti dal terrorismo islamico sono proprio gli stessi paesi a maggioranza musulmani, come Iraq, Siria, Pakistan e Nigeria. Ma la lista è purtroppo lunga, in tutti i continenti.

³ MATTHEW HODGART, *Satire. Origins and Principles*, New Brunswick, New Jersey – London, Transaction Publishers, 2009.

ordinamenti considerati. Si tratta di una delle dimensioni più importanti e caratterizzanti gli ordinamenti democratici, che è stata e continua ad essere oggetto di interpretazioni evolutive all'interno di uno stesso ordinamento, ed ovviamente nel diritto comparato.

La libertà di espressione è un elemento irrinunciabile della democrazia⁴. In quanto tale non deve essere però considerata un lusso, mentre la priorità dovrebbe essere assicurare il benessere materiale dei cittadini⁵. La risposta viene da Amartya Sen, che ricorda come nella storia del mondo non ci sia mai stata una carestia in un sistema in cui ci sono stampa democratica e libere elezioni⁶.

Nella sua prefazione al bel volume di Bernard Mouffe⁷, il giudice belga Paul Martens, presidente emerito della Corte costituzionale belga, si chiede: “È necessario che il diritto si occupi di quello che, nelle vicende umane, gli assomiglia di meno, cioè il ridere?”⁸. Evidentemente la risposta è affermativa. Il diritto deve occuparsi del ridere, perché questo è connesso alla libertà, alla liceità od al divieto delle manifestazioni della satira, come già sottolineato alla democrazia.

La libertà di espressione “pone una frontiera (la cui natura esatta è precisata dal diritto) ... tra il dire e il fare”⁹. Una frontiera per cui si dà per scontato che l'aggressione verbale non è assolutamente paragonabile all'aggressione fisica, in quanto “rispettare il principio della libertà di espressione implica, per una società, di tollerare maggiore aggressività per il dire che per il fare”¹⁰.

La Corte suprema USA stabilisce a proposito, nella sentenza *Texas v. Johnson* del 1989¹¹, che “se vi è proprio un principio fondamentale, alla base del Primo Emendamento, è quello che dice che lo Stato non può vietare l'espressione di un'idea per il semplice motivo che la società la trova offensiva o sgradevole”¹².

La satira è una forma di espressione che unisce il riso alla critica. La critica, per essere presa sul serio, dovrebbe basarsi su fatti realmente verificati. Vi è dunque un nesso fra critica e verità. Ma nell'espressione delle opinioni questo nesso è meno forte, e lo è ancora meno per quel che riguarda l'umorista. Come ricorda anche la corte CEDU, “un'opinione, per definizione, non si presta ad una dimostrazione di veracità”¹³. Dunque “il critico e l'umorista hanno il diritto di prendersi, nel rispetto delle *leggi settoriali* (“*lois du genre*” e delle *consuetudini oneste* (“*usages honnêtes*”), delle libertà con la verità”¹⁴. Vi è un confine molto difficile da stabilire fra diritto di critica e responsabilità per diffamazione.

I casi più clamorosi sul diritto alla satira sono stati rispettivamente in USA *Falwell* ed in Francia i cosiddetti casi delle caricature di Maometto, che saranno dettagliatamente analizzati in quest'articolo.

Per entrambi gli ordinamenti considerati, l'analisi si baserà su una combinazione del criterio cronologico con quello per materia, sia per la legislazione che per la giurisprudenza: così il caso *Branderburg*, del 1969, in ragione dell'evoluzione della dottrina del “*clear and present danger*”, sarà trattata prima di *Sullivan* del 1964, ed il caso *Beauharmais* sarà specificamente analizzato nel quarto paragrafo insieme al caso *Sullivan* (1964) ed altri, come *R.A.V.* (1992), utili per spiegare il nesso fra Primo Emendamento e protezione delle minoranze; questo nonostante *Beauharmais* (1952) venga

⁴ TIMOTHY GARTON ASH, *Free Speech. Ten Principles for a Connected World*, London, Atlantic Books, 2016, 73 e ss., ricorda che le ragioni del *free speech* possono essere racchiuse nell'acronimo STGD: *Self, Truth, Government, Democracy*.

⁵ CASS R. SUNSTEIN, *#Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2017, 137.

⁶ *Ibidem*, 117; AMARTYA SEN, *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford University Press, 1981.

⁷ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, Bruxelles, Larcier, 2011, 17.

⁸ PAUL MARTENS, *Préface* a Bernard Mouffe, *Le droit à l'humour*, Bruxelles, Larcier, 2011, 9.

⁹ GERALDINE MUHLMANN, *Les mots et les acts. Retour sur Charlie Hebdo*, in GERALDINE MUHLMANN – EMMANUEL DECAUX – ÉLISABETH ZOLLER, *La liberté d'expression*, Paris, Dalloz, 2016, 15.

¹⁰ *Ibidem*, 16-17.

¹¹ Su questo noto caso v. ROBERT JUSTIN GOLDSTEIN, *Flag burning and free speech: the case of Texas v. Johnson*, Lawrence, Kansas, University Press of Kansas, 2000.

¹² *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 402 (1989).

¹³ *Perna v. Italie* (Requête n. 48898/99). Arrêt du 6 mai 2003.

¹⁴ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, Paris, Larcier, 2011, 173.

menzionato già nel prossimo paragrafo, in buona parte dedicato alla giurisprudenza della Corte Suprema degli anni cinquanta. I casi di questo secolo verranno brevemente analizzati per capire le difficoltà e le contraddizioni della giurisprudenza della Corte Suprema relativamente a temi irrisolti, o trattati in maniera poco soddisfacente da Giudici e legislatori, come quello relativo ai social media, ed in particolare Internet¹⁵, ed alla connessione fra libertà di espressione, pubblicità e protezione dei marchi¹⁶.

2. Il diritto di satira negli USA nel quadro del Primo Emendamento, in particolare secondo la giurisprudenza della Corte Suprema.

Dal “clear and present danger” al bilanciamento *ad hoc*. Come in tanti (forse tutti) altri ambiti fondamentali del diritto statunitense USA (principio di eguaglianza e politiche sulla razza, libertà personale, ecc.) l'evoluzione della libertà di espressione è stata dettata dalla giurisprudenza della Corte Suprema¹⁷, a causa della genericità e dell'età del testo costituzionale, che nel suo Primo Emendamento stabilisce quanto segue:

Il Congresso non potrà fare alcuna legge che stabilisca una religione di Stato o che proibisca il libero esercizio di una religione; o che limiti la libertà di parola o di stampa; o il diritto del popolo di riunirsi pacificamente, e di rivolgere petizioni al governo per la riparazione di torti.

La giurisprudenza della Corte Suprema non è sempre stata lineare¹⁸, riflettendo il mutare del sentire comune su un tema così esposto ai cambiamenti di percezione della pubblica opinione, ma anche dei poteri volta per volta dominanti, che hanno da sempre cercato di “guidare” l'interpretazione di una libertà chiave per il vivere comune, potenzialmente minacciosa per essi, oppure per gli stessi utile¹⁹.

La libertà di parola e di stampa nel 1787 era inserita nello stesso articolo riguardante la libertà di religione, nonché del diritto di riunione o di vedere riconosciuto il diritto alla riparazione dei torti. Una società già nel 1787 basata sulla diversità religiosa, culturale e linguistica²⁰, anche se permetteva la schiavitù e discriminava (per usare un eufemismo) i Nativi.

Il Primo Emendamento, redatto nel 1791, come tutta la Costituzione del 1787, ha una chiara origine giusnaturalistica: ma più che questa, rileva l'eredità non completamente democratica, come noi intendiamo oggi, di una società ancora diseguale, ed erede della tradizione di *Common Law*. La questione del Primo Emendamento può essere vista come un conflitto fra il diritto di libera espressione e vari interessi sociali, invece di concepire la libertà di espressione quale diritto fondamentale in certi casi limitato dai diritti degli altri²¹; la libertà di espressione ha peraltro faticato

¹⁵ MARK TUSHNET, *Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*, in *William and Mary Law Review*, n. 56, issue 4, 2014/2015.

¹⁶ REBECCA TUSHNET, *Trademark Law as Commercial Speech Regulation*, in *South Carolina Law Review*, n. 58, 2007, 737-756; eadem, *The First Amendment Walks into a Bar: Trademark Registration and Free Speech*, in *Notre Dame Law Review*, n. 92, vol. 1, 2016, 381-425.

¹⁷ Scrive ANTHONY LEWIS, *Freedom for the Thought We Hate. A Biography of the First Amendment*, New York, Basic Books, 2007, xiii, che “la storia del Primo Emendamento è una potente testimonianza del ruolo dei giudici in un sistema politico che si basa sulle fondamenta della legge”.

¹⁸ “La giurisprudenza sulla libertà di parola del Primo Emendamento è nota per le sue regole palesemente sempre più numerose e contraddittorie”: ROBERT POST, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in *California Law Review*, n. 88, 2000, 2355.

¹⁹ L'idea di una libertà in bilico fra i sostenitori dei diritti civili da una parte ed i fautori di un mercato più che libero “senza regole”, ispira tutto il libro di CASS R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, The Free Press, 1993.

²⁰ Pur nella preminenza della lingua inglese, gli USA erano un paese plurilingue: sul punto mi permetto di rinviare a GIOVANNI POGGESCHI, *I diritti linguistici. Un'analisi comparata*, Roma, Carocci, 2010, 53 e ss.

²¹ STEVEN J. HEYMAN, *Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment*, in IVAN HARE – JAMES WEINSTEIN

ad essere considerata qualcosa di collegato ad un diritto a dimensione collettiva, sino al caso *Beauharnais* del 1952.

Il grande costituzionalista Alexander Bickel qualifica quella sul Primo Emendamento come “non una teoria coerente che ci indica la strada per decisioni non ambigue, ma una serie di compromessi ed accomodamenti che ci mettono di continuo davanti a questioni difficili per le quali non c'è una risposta sicura”²². Altri interpreti di essa criticano una giurisprudenza non sempre coerente e ben motivata.

Per tempo il Primo Emendamento rimase virtualmente inapplicato, e la libertà di espressione non era uguale per tutti. La legge federale del 4 luglio 1798 sulla “diffamazione sediziosa” (“*seditious libel*”), definita un crimine federale, conferma più di ogni altra cosa la descritta realtà²³. Bickel non intende “dipingere come romantico il diciannovesimo secolo. In molte località, specialmente dove sussisteva la critica contraddizione della schiavitù, si producevano violazioni della libertà di parola. Coloro che predicavano l'abolizionismo erano trattati duramente da leggi locali negli Stati del sud ed in parte degli Stati del nord e della frontiera”²⁴. Con queste precisazioni, si può senz'altro affermare che nel diciottesimo secolo prevaleva la dottrina del *laissez faire*²⁵.

Il Primo Emendamento menziona, dopo la libertà di parola, la libertà di stampa: è ovvio che, a meno che non si voglia privilegiare un'interpretazione letterale, ancor più che originalista²⁶, del testo²⁷, la libertà di stampa deve considerarsi estesa ad altre fattispecie non esistenti nel 1791, come la radio, la televisione, ed Internet.

Nel settecento inglese e dunque coloniale americano la libertà di parola e di stampa aveva un significato molto limitato, quello imposto dal pensiero di William Blackstone, secondo cui “la libertà di parola e di stampa significava l'assenza di censura preventiva (*prior restraint*) ma anche la possibilità di una successiva punizione per la parola o la stampa che era ritenuta 'impropria, dannosa od illegale’²⁸. Il “*Sedition Act*” fu abolito nel 1801, ma le garanzie del Primo Emendamento iniziarono ad essere prese in considerazione dalla Corte Suprema solo a partire dalla fine del secondo decennio del ventesimo secolo. Fu la “Legge sullo spionaggio” del 1917 (“*Espionage Act*”), approvata in piena Prima guerra mondiale e dunque in un'epoca di paranoia nei confronti dei nemici stranieri (Germania, Giappone ed Italia), ad essere la fonte principale di restrizioni federali in quel periodo, e dunque la causa di ricorsi alle autorità giudiziarie, compresa in ultima istanza la Corte Suprema. La Corte Suprema confermò i verdeti di colpevolezza basati sulle leggi sulla sedizione, ma questi casi, tuttavia, “costrinsero la Corte a confrontarsi con due compiti da tempo evitati: primo, se il Primo Emendamento si applicasse egualmente agli Stati ed al governo nazionale: secondo, l'articolazione

(edited by), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009 (reprinted 2013), 160.

²² ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, New Haven and London, Yale University Press, 1975, 57.

²³ ANTHONY LEWIS, *Freedom for the Thought We Hate*. Cit., 11 e ss. L'autore, che con il citato libro vinse il premio Pulitzer, ricorda che la legge contro la diffamazione sediziosa fu adottata per timore di un contagio del terrore rivoluzionario francese negli USA. L'ideale rivoluzionario francese, al di là del contingente timore degli eccessi di terrore, era stato ben presente nei rivoluzionari americani.

²⁴ ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, cit., 59-60.

²⁵ ZECHARIAH CHAFEE, *Free Speech in the United States*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971, 506-509. L'autore sottolineava che all'inizio del ventesimo secolo furono inaugurate sia le leggi sull'economia e la sanità volute dai collettivisti e le leggi sulla sedizione adottate contro gli stessi collettivisti: binomio solo apparentemente illogico, poiché entrambi i fenomeni erano da ricercare dal tentativo di calmare i disordini sociali.

²⁶ Il più noto sostenitore della teoria originalista negli USA è stato Antonin Scalia, giudice della Corte Suprema per molti anni. Fra le tante opere su di lui v. DILETTA TEGA, *La mia concezione dei diritti*, Intervista a cura di Diletta Tega ad Antonin Scalia, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2013, 669-678.

²⁷ Scriveva ZECHARIAH CHAFEE, *Book Review*, in *Harvard Law Review*, n. 62, 1949, 898, che “i costituenti non avevano un'idea chiara di quello che intendevano per 'la libertà di parola o di stampa', (ma) la libertà che il Congresso non poteva limitare non era, per loro, un qualche assoluto concetto che non era mai esistito sulla terra. Era la libertà che essi credevano di avere già – quello che avevano voluto prima della Rivoluzione ed avevano conquistato con l'indipendenza”.

²⁸ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know. The Supreme Court and the First Amendment*, New York, Praeger, 1981, 66.

degli standard costituzionali per la libertà di parola e di stampa”²⁹.

Il primo caso in cui viene citato il Primo Emendamento, sulla base del citato “*Espionage Act*”, pur rigettando la pretesa del ricorrente, è *Schenk*, del 1919³⁰. Schenk, insieme ad altri attivisti socialisti, aveva distribuito volantini che denunciavano la leva in quanto pratica assimilabile alla schiavitù. Il giudice Holmes, nella sua opinione di maggioranza, ammette che la garanzia del Primo Emendamento non si limita alla censura previa, ma la “più rigorosa protezione del *free speech* non proteggerebbe un uomo che urla per scherzo 'al fuoco!' in un teatro causando panico ... La questione da considerare in ogni caso è se le parole sono usate in circostanze tali e sono di tale natura da creare un pericolo chiaro e presente tali da causare danni concreti che il Congresso ha il diritto di prevenire. È una questione di prossimità e di grado”³¹.

Il criterio del “*clear and present danger*” inaugurato da Wendell Oliver Holmes non avrà una costante applicazione negli anni e nei decenni successivi, caratterizzati, come del resto gli ultimi, da un'evoluzione interpretativa del Primo Emendamento assai influenzata dal clima politico e sociale volta per volta dominante. Si trattava comunque di uno standard potenzialmente assai libertario³², e Cass R. Sunstein oggi ne sottolinea la potenziale pericolosità, poiché può addirittura proteggere “molte forme di reclutamento e propaganda a fini terroristici”³³.

Il citato standard per un periodo si combinò con quello, erede della *Common Law*, della “*bad tendency*”, che si concentrava sulla possibilità anche solo astratta di creare pericolo alla pace pubblica ed alla sicurezza dello Stato. Nell'opinione dissenziente di *Abrams*, del 1919, Holmes rifiutò il criterio della “*bad tendency*” utilizzato dalla maggioranza, ritenendo che solo la concreta emergenza che può portare a commettere atti contrari alla pace ed alla sicurezza comporta una lesione del Primo emendamenti da parte di chi ne abusa.

Con il caso *Gitlow*³⁴, del 1925, si imporrà definitivamente il principio dell'applicabilità del Primo Emendamento anche alla legislazione degli Stati (teoria cosiddetta dell’”incorporazione”), nonostante la formulazione riferita solo al “Congresso” potesse far ritenere il contrario.

Gli anni venti furono quelli dei casi relativi all’ “*Espionage Act*” e simili leggi statali: in *Gilbert*³⁵, del 1920, l'opinione dissenziente di Holmes contiene un'altra delle formule storiche sul Primo Emendamento, quella del “mercato delle idee” (“*marketplace of ideas*”), dalla cui competizione può scaturire la verità, il che implica anche il non divieto delle tanto temute ideologie socialiste e comuniste, ritenute da Holmes innocue in quanto irrealizzabili, oltre che folli e rozze³⁶. Nonostante ciò, “il *test* di pericolosità additato da Holmes e Brandeis si rivelerà negli anni a venire un poderoso strumento di difesa contro la repressione dei cosiddetti reati di opinione, in quanto consente di tracciare un preciso confine tra enunciazione di un'idea sovversiva, ovvero divulgazione di una dottrina rivoluzionaria, e il concreto incitamento all'azione, l'istigazione a delinquere o l'apologia di reato”³⁷.

La critica, che veniva presa sul serio anche dallo stesso Holmes³⁸, da più parti rivolta alla teoria del “*marketplace*” delle idee risiede nel fatto che in realtà nel mercato finirebbero per prevalere le opinioni del gruppo più potente all'interno della società. Obiettivamente non è certo sicuro che con il libero scambio delle opinioni si giunga alla verità³⁹, ma almeno, in un sistema democratico dove tutte

²⁹ *Ibidem*, 70.

³⁰ *Schenk v. US* 249 US (1919).

³¹ *Schenk v. US* 249 US 47, 52 (1919).

³² DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 72.

³³ CASS R. SUNSTEIN, *#Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, cit., 248.

³⁴ *Gitlow v. New York*, 268 (1925).

³⁵ *Gilbert v. Minnesota*, 249 U.S. (1920).

³⁶ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 75.

³⁷ ANTONIO ZORZI GIUSTINIANI, *Diritti fondamentali e interessi costituiti. W.H. Taft Presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti (1921-1930)*, Milano, Giuffrè, 2006, 38.

³⁸ V. Letter from Oliver Wendell Holmes, to *Learned Hand* (June 24, 1918), in GERALD GUNTHER, *Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History*, in *Stanford Law Review*, n. 27, 1975, 757.

³⁹ TIMOTHY GARTON ASH, *Free Speech*, cit., 75, ricorda che persino John Stuart Mill, uno dei più fervidi sostenitori della teoria della ricerca della verità favorita dallo scambio delle libere opinioni in una società democratica, ammetteva

le voci possano liberamente esprimersi ed abbiano modo di essere diffuse, questo dovrebbe essere di ausilio alla ricerca della verità. Il tema è dunque connesso alla possibilità di accesso ai mezzi in informazione, ed in epoca di Internet al controllo di esse e della loro veridicità⁴⁰.

Negli anni venti il criterio del “*clear and present danger*” si eclissò quasi del tutto (con l'eccezione che sta per essere svelata), per essere utilizzato negli anni bui della Seconda guerra mondiale solo nei casi di sicurezza nazionale, ma nei casi sui Testimoni di Geova (particolarmente rilevanti ai fini del presente studio perché relativi al rapporto fra Primo Emendamento e libertà religiosa) si produsse la sua giustapposizione con il criterio del divieto di censura preventiva⁴¹. Così, nel caso *Cantwell v. Connecticut*⁴², furono annullate le condanne per adescamento di alcuni Testimoni di Geova, cancellando come “*prior restraint*” la legge che proibiva ogni sollecitazione di offerte a fini religiosi, di beneficenza o filantropici senza permesso preventivo ufficiale. Dato che una delle accuse riguardava la minaccia della pace, in quanto gli imputati avevano trasmesso un disco che conteneva attacchi alla Chiesa cattolica in una strada di un quartiere cattolico, la Corte utilizzò pure il criterio del “*clear and present danger*”. Il Giudice Robert, estensore della sentenza, statui chiaramente che chiunque esprima osservazioni indecenti od ingiuriose dirette ad un preciso destinatario è passibile di condanna per questa offesa, ma che nel caso in oggetto non vi era stata né minaccia di violenza o ingiuria personale diretta contro qualsiasi individuo⁴³. L'esagerazione, addirittura la denigrazione, devono essere tollerate in controversie relative alla fede religiosa, allo stesso modo che nel dibattito politico⁴⁴.

La combinazione del Primo Emendamento sulla libertà di espressione e religiosa e del Quattordicesimo Emendamento sulla libertà personale, applicati ai casi sui Testimoni di Geova, farà adottare alla Corte il criterio della “posizione preferita” delle citate libertà⁴⁵. Tale approccio sarà l'evoluzione della crescente preoccupazione della Corte verso le libertà ed i diritti civili; esso, tuttavia, “non implicava né speciali privilegi per la stampa né un'interpretazione strutturalista del Primo Emendamento. Fu esplicitamente adottata un'analisi funzionalista, ma la bilancia fra la libertà e l'autolimitazione pendeva verso la prima”⁴⁶.

Nel caso *Chaplinski* del 1942⁴⁷ viene formulata la dottrina delle “*fighting words*”, “quelle che per il solo fatto di essere pronunciate causano una ferita o tendono a provocare un'immediata cessazione della pace”⁴⁸. Secondo tale impostazione, un attacco alla reputazione di un individuo non contribuisce alla discussione pubblica, ma piuttosto è da considerare alla stregua di un'aggressione. Chaplinsky era un testimone di Geova che, al momento del suo arresto per disturbo della quiete pubblica, aveva insultato il poliziotto che lo aveva arrestato chiamandolo, fra l'altro, “maledetto fascista”. Questa teoria sarebbe stata superata nel 1964, in piena epoca di lotta per i diritti civili, con la sentenza *New York Times v. Sullivan*.

La riformulazione del requisito del “*clear and present danger*” fatta negli anni quaranta e cinquanta fu fieramente avversata in senso ad essa da Felix Frankfurter, prestigioso costituzionalista che per ben 23 anni, dal 1939 al 1962, fu Giudice della Corte Suprema. Egli scorgeva nella citata teoria una negazione della sua idea di “*restraint*” attraverso un “inutile giocare con le parole”⁴⁹. Nel 1940 il Congresso approvò l' “*Alien Registration Act*”, detto anche “*Smith Act*”, il quale vietava di sostenere o di appartenere ad un'organizzazione che auspicava il rovesciamento del governo. La

che “è vuoto sentimentalismo pensare che la verità, solo perché verità, abbia ogni potere insito di negare l'errore, di prevalere sul segreto e sul rogo”.

⁴⁰ CASS R. SUNSTEIN, *Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, cit.

⁴¹ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 78.

⁴² *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. (1940).

⁴³ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, 2005, 189.

⁴⁴ 310 US 296, 307 (1940).

⁴⁵ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 79.

⁴⁶ *Ibidem*, 79.

⁴⁷ *Chaplinski v. New Hampshire* 315 US 568 (1942).

⁴⁸ 315 U.S., 572 (1942).

⁴⁹ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 80.

legislazione anti-comunista si basava su questa norma. La paranoia del periodo fu anche l'ispiratrice dello “*Internal Security Act*” del 1950, e del susseguente clima di caccia alle streghe del Maccartismo. Seppur divisa sull'interpretazione da dare al Primo Emendamento, la Corte affermò la costituzionalità sia dello *Smith Act* che dell'*Alien Registration Act*, rispettivamente con le sentenze *Dennis v. United States* del 1951 e *Communist Party v. Subversive Activities Control Board*, del 1961⁵⁰.

Nei citati casi, anticipati dalla opinione dissenziente del Giudice Vinson in *American Communication Association v. Douds*⁵¹, lo standard del “*clear and present danger*” cessò di essere una regola meccanica per assurgere al ruolo di tecnica di bilanciamento, che si traduceva in una giustificazione per le condanne piuttosto che una garanzia per i diritti individuali⁵². Il citato clima politico di timore verso il nazismo e poi verso il comunismo spiega questo mutamento giurisprudenziale: nello specifico le restrizioni alla parola ed alla stampa non sono poste da un generico pericolo, ma da un “*clear and present danger*”, che permetteva alle circostanze politiche di determinare l'ambito di applicazione delle garanzie costituzionali⁵³.

Nel caso *Yates v. United States*⁵⁴, del 1957, riguardante alcuni funzionari del partito comunista, la Corte, nella quale era nel frattempo entrato il popolare governatore della California Earl Warren, decise di annullare le condanne di cinque degli imputati ed il rinvio alle decisioni dei Tribunali di merito per gli altri. Secondo l'opinione della Corte, scritta dal Giudice Harlan, “il Primo Emendamento protegge la dottrina astratta, ma non l'azione illegale”: non si può essere condannati sulla base di “quello che Marx o Engels o qualcun altro scrisse o propugnò cento o più anni fa!”⁵⁵.

In *Barenblatt v. United States*⁵⁶, del 1959, relativo all'appartenenza al Partito comunista, il Giudice Harlan, a nome di una stretta maggioranza, collega le libertà del Primo Emendamento con il diritto di auto-conservazione, “il valore supremo di ogni società”, concludendo che “l'equilibrio tra l'individuo e gli interessi di governo qui in gioco deve pendere a favore dei secondi, e che dunque le disposizioni del Primo Emendamento non sono state lese”⁵⁷.

La teoria di Harlan dell'articolazione di un espresso bilanciamento prese il posto dell'approccio del “*clear and present danger*”, ma negli anni successivi, sotto la presidenza di Warren, si cercò di evitare un approccio esplicito al Primo Emendamento, che divideva profondamente la Corte⁵⁸. Il principio dell'auto-conservazione rimaneva, ma con una attenzione alle libertà civili che era, fra gli altri, già stata testimoniata da uno dei più celebri casi della storia, *Brown*⁵⁹ del 1954 sul divieto di segregazione razziale. Con l'importante sentenza *Brandenburg v. Ohio* del 1969, lo standard del “*clear and present danger*” fu messo a riposo, e fu annullata la condanna dell'imputato, un membro del Ku Klux Klan, e con questa anche la legge sui sindacati dell'Ohio, che proibiva anche la mera minaccia della violenza, senza che vi fosse “l'incitamento di una imminente azione illegale”⁶⁰, standard invece ritenuto valido per il limite posto alla libertà di parola.

L'evoluzione della dottrina del “*clear and present danger*”, al di là della sua formulazione originale, peraltro “lascia spazio a quello che era chiamato discorso sedizioso e per un tipo di disubbidienza civile necessaria al sistema (democratico, n.d.a.)”⁶¹. Disubbidienza civile necessaria a far valere i diritti civili, la cui stagione decisiva è quella degli anni sessanta.

⁵⁰ *Dennis v. United States*, 341 U.S. (1951); *Communist Party v. Subversive Activities Control Board*, 367 U.S. (1961).

⁵¹ *American Communication Association v. Douds*, 339 U.S. (1940).

⁵² DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 81.

⁵³ *Ibidem*, 82.

⁵⁴ *Yates v. United States*, 354 U.S. (1957).

⁵⁵ *Yates v. United States*, 354 U.S. 178, 339 (1957) (Black and Douglas, JJ., con. and dis. op.).

⁵⁶ *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. (1959).

⁵⁷ *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109, 127-128 (1959).

⁵⁸ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 86.

⁵⁹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

⁶⁰ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 445 (1969) (per curiam).

⁶¹ ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, cit., 69. Ne fa invece un certo elogio, ricordando “che ha lo straordinario merito di avere una certa precisione, almeno nella sua formulazione astratta”, ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 50.

3. *La Corte Suprema e la stagione dei diritti civili da Beauharnais a Skokie. La dottrina della “content neutrality” e la protezione delle minoranze (religiose ed etniche).*

Degli anni cinquanta (1952) è il già citato caso *Beauharnais*⁶², fondamentale per capire l'approccio della Corte Suprema verso i diritti delle minoranze e sullo “*hate speech*”⁶³. La Corte Suprema, con una risicata maggioranza confermò la validità di una legge dello Stato dell'Illinois che condannava la diffamazione collettiva (“*group libel*”), sulla base della quale il presidente di un'organizzazione suprematista bianca era stato condannato per aver ideato e pubblicato un volantino nel quale invitava a fermare “la crescente invadenza, molestia ed invasione nei confronti dei bianchi, delle loro proprietà, quartieri e persone da parte del Negro (sic)”.

Quello che rilevava in *Beauharnais* era che si ritenevano fucili, crimine e marijuana come qualcosa di tipico “del Negro”, e queste accuse imputate ad un gruppo intero possono avere un profondo effetto su di esso, come sottolinea il Giudice Frankfurter nella sua opinione di maggioranza⁶⁴. “Le dichiarazioni calunniose non sono dentro l'area del discorso protetto costituzionalmente”⁶⁵. *Beauharnais* segna un limite importante alla “onnipotenza” del Primo Emendamento: la libertà di espressione non può comportare manifestazioni di odio verso alcune categorie di cittadini, in questo caso le minoranze afro-americane. I motivi in discussione implicano certamente un'analisi approfondita (“*strict scrutiny*”), ma sono alla base di una concezione del Primo Emendamento che tenga conto anche dei “diritti degli altri”⁶⁶.

Secondo Eric Barendt, “anche se *Beauharnais* non è stata mai cassata, ... la sua autorità è sensibilmente diminuita”⁶⁷. *Beauharnais* non fu deciso pacificamente, come mostra anche la vibrante opinione dissenziente del Giudice Hugo Black, che a proposito della legge dell'Illinois salvata dalla maggioranza scrive: “Questa legge crea un sistema di censura di Stato che fa a pugni con il modello di governo libero previsto da quelli che imposero l'adozione del Primo Emendamento”⁶⁸. Ma la maggioranza concluse che il volantino era semplicemente diffamatorio. Il Giudice Black riteneva problematico anche l'aspetto collettivo della vicenda, essendo a suo avviso la legge destinata a proteggere gli individui e non i gruppi enormi⁶⁹. Quella della tensione fra diritti individuali e collettivi è una questione centrale del diritto giurisprudenziale statunitense, ben presente nei casi sulle minoranze razziali e religiose, come quelli ad esempio sulle azioni positive, che ricevono discipline diverse a seconda dei differenti momenti storici e delle priorità politiche e sociali⁷⁰.

Lo storico caso *New York Times Co. v. Sullivan* del 1964 segna un'importante evoluzione dell'interpretazione della Corte della libertà di parola, ed una presa di posizione diversa da quella di *Beauharnais*; un attacco diffamatorio apparso sul quotidiano newyorchese sulla condotta di un pubblico ufficiale – nel caso di specie un commissario di polizia dell'Alabama all'epoca della repressione delle manifestazioni dei diritti civili degli afro-americani – doveva essere considerato come una forma di discorso politico, la cui protezione è la principale preoccupazione del Primo

⁶² *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

⁶³ Fra la vasta letteratura fondamentale è JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Massachusettes – London, Harvard University Press, 2012; la storia del concetto e della giurisprudenza a suo riguardo è ben spiegata da SAMUEL WALLER, *Hate Speech. The History of an American Controversy*, Lincoln and London, University of Nebraska Press, 1994.

⁶⁴ JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., 57.

⁶⁵ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 266 (1952).

⁶⁶ STEVAN J. HEYMAN, *Spheres of Autonomy: Reforming the Content Neutrality Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, n. 10, 2002, 653 e ss.

⁶⁷ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 184.

⁶⁸ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), 244 (Black, J., dissenting).

⁶⁹ JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., 51-52.

⁷⁰ Fra la vastissima letteratura sulle azioni positive v. MICHAEL ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice: A Constitutional and Philosophical Enquiry*, New Haven-London, Yale University Press, 1991; COSIMO GRECO, *Le azioni positive nella legislazione e nella giurisprudenza degli Stati Uniti d'America*, tesi di dottorato, Lecce, 2016.

Emendamento⁷¹. Di conseguenza il ricorrente non poteva proporre una denuncia di diffamazione a mezzo stampa a meno che non fosse provato l'effettiva malafede (la “*actual malice*”), e così la Corte Suprema annullò la decisione della Corte dell'Alabama che aveva condannato il prestigioso quotidiano. Un pubblico ufficiale non ha il diritto di essere risarcito “a causa di una falsità diffamatoria relativa alla sua condotta ufficiale a meno che egli provi che la dichiarazione fu fatta con 'effettiva malafede' (“*actual malice*”) - vale a dire, con la conoscenza che era falsa, o fatta con incosciente trascuratezza se fosse falsa oppure no”⁷². È questo lo standard appunto dell’“*actual malice*”, ancor oggi valido, richiamato anche recentemente nel caso *Air Wisconsin Airlines Corp. v. Hooper* del 2014, che richiama proprio la dottrina di *New York Times Co. v. Sullivan*⁷³. Si tratta, secondo quanto stabilito dal Giudice Brennan che scrive per la maggioranza, di una regola che deve essere stabilita a livello federale.

Uno degli argomenti del Giudice Frankfurter si fonda sulla differenza fra la diffamazione fatta a cittadini privati, come nel caso *Beauharnais*, piuttosto che a politici e funzionari di governo, come invece in *Sullivan*, che devono meglio sopportare le critiche fatte al loro operato, più utili dal punto di vista del dibattito democratico⁷⁴.

Solo cinque anni prima di *New York Times Co. v. Sullivan* la Corte Suprema, nel caso *Barr v. Matteo* del 1959⁷⁵, aveva statuito che un ufficiale federale è del tutto immune dalla denuncia per diffamazione riguardo a quanto espresso nel corso dei suoi doveri ufficiali. Un ragionamento basato sul principio democratico, contenuto in *New York Times*, suggerisce che una critica diretta ai pubblici ufficiali ed ai legislatori da parte del pubblico merita uguale protezione dal punto di vista della *free speech clause*⁷⁶, poiché ciò “darebbe ai dipendenti pubblici una preferenza ingiustificata rispetto al pubblico che essi servono qualora le critiche sulla loro condotta non avesse un ragionevole corrispettivo dell'immunità garantita agli stessi dipendenti pubblici”⁷⁷.

Lo standard dell'*actual malice* fu salutato con gioia da parte di molti commentatori⁷⁸, fu anche oggetto di critiche⁷⁹, ma venne esteso solo tre anni dopo alle personalità di rilievo pubblico (“*public figures*”)⁸⁰, non solo ai pubblici ufficiali. Era sempre più difficile, infatti, distinguere la posizione delle persone che esercitano il potere nel settore privato dai pubblici ufficiali: entrambe le categorie “modellano in maniera considerevole gli eventi in ambiti rilevanti per la società” e godono dell'accesso ai media per poter confutare attacchi e critiche personali⁸¹. La successiva sentenza *Rosenbloom*⁸² estese ulteriormente l'immunità per un'azione di diffamazione nei confronti di una semplice persona privata che si trovava all'interno di un evento di generale pubblico interesse⁸³. La questione fu decisa, piuttosto che sulla base dello status della persona – pubblico o meno -, sul fatto che le accuse concernevano una questione di pubblico interesse.

Il trend descritto fu fermato dal caso *Gertz v. Robert Welch Inc*⁸⁴, nel quale il ricorrente, un

⁷¹ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 200.

⁷² *New York Times v. Sullivan* 376 US 279-280 (1964).

⁷³ *Air Wisconsin Airlines Corp. Hooper* 571 U.S. (2014).

⁷⁴ JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., 63.

⁷⁵ *Barr v. Matteo* 360 US 564 (1959).

⁷⁶ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 201, il quale aggiunge che “in assenza di qualsiasi restrizione legale, i media sarebbero liberi di dire quello che vogliono dei politici e di altri personaggi pubblici, e questo certamente incoraggerebbe che ci si concentrasse sugli scandali invece che su una seria discussione su argomenti politici e sociali”.

⁷⁷ *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964), 282-283, 1964 per Brennan J.

⁷⁸ RUSSELL L. WEAVER – GEOFFREY BENNETT, *Is The New York Times "Actual Malice" Standard Really Necessary? A Comparative Perspective*, in *University of Louisiana Law Review*, n. 53, 1992-1993, 1153.

⁷⁹ Secondo ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 207, “un equilibrio più accettabile fra libertà di espressione e diritto alla reputazione si sarebbe forse potuto raggiungere con l'imposizione all'editore di una responsabilità per negligenza a causa di non veritiere affermazioni diffamatorie”.

⁸⁰ *Curtis Publishing Co v. Butts, Associated Press v. Walker* 388 US 130 (1967).

⁸¹ *Curtis Publishing Co v. Butts, Associated Press v. Walker* 388 U.S. 163-4 (1967).

⁸² *Rosenbloom v. Metromedia, Inc* 403 U.S. 29 (1971).

⁸³ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 207. Si trattava di un uomo che distribuiva riviste per nudisti accusato dalla polizia per pubblicare materiale ritenuto osceno.

⁸⁴ *Gertz v. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

avvocato di Chicago che rappresentava la famiglia di una persona uccisa da un poliziotto, fu tacciato di essere comunista in una pubblicazione di estrema destra, e di essere responsabile dell'immagine negativa attribuita all'ufficiale di polizia. La maggioranza della Corte decise che Gertz non era una “*public figure*”, non essendo abbastanza conosciuto per essere considerato tale, e non si era neanche adoperato per essere tale attraverso il processo in cui era coinvolto come difensore degli interessi della famiglia della vittima del poliziotto. Secondo la decisione di maggioranza di Powell, i politici e le celebrità devono accettare il rischio della critica come una conseguenza del loro ingresso nella vita pubblica, ma il cittadino normale non dovrebbe correre questo rischio”⁸⁵.

La decisione in *Gertz*, perfezionata undici anni dopo in un altro caso che insiste sullo status non pubblico di un cittadino (nel caso di specie un costruttore) e della sua attività⁸⁶, rileva anche dal punto di vista del federalismo, dato che permette agli Stati di definire con una certa libertà gli standard di responsabilità per diffamazione, e, aspetto ancora più rilevante che sarà analizzato in seguito (soprattutto a proposito delle sentenze *Falwell* e *Alvarez*), stabilisce un importante principio sulla protezione costituzionale delle “false idee”.

*Cominciamo con una considerazione di base. Ai sensi del Primo Emendamento non c'è nulla che corrisponda ad una falsa idea. Tuttavia, per quanto possa sembrare pernicioso un'opinione, noi dipendiamo per la sua rettifica non dalla coscienza dei giudici e delle giurie ma dalla competizione di altre idee. Ma non c'è nessun valore costituzionale nella falsa dichiarazione di fatti*⁸⁷.

Le critiche allo standard troppo “aperto” della “*actual malice*” si sono intensificate negli anni successivi⁸⁸. Esistono infatti ottime ragioni per usare molta cautela in questa materia: sarebbe più opportuno rifuggire dalla conclusione che ogni discorso diffamatorio dovrebbe sempre essere protetto, assunto che certo si basa sull'effettività del principio democratico che comporta il libero corso delle diverse opinioni ma che preso alla lettera e senza eccezioni risulta semplicistico⁸⁹.

Un caso molto importante è *Police Department v. Mosley*, del 1972⁹⁰ in cui viene stabilita la dottrina della “*content neutrality*” (“neutralità del contenuto”). Per qualche mese Earl Mosley aveva condotto una protesta solitaria contro la discriminazione razziale in un marciapiede vicino ad una scuola pubblica di Chicago. Dopo che il consiglio municipale di Chicago ebbe stabilito un divieto sui picchetti fuori dalle scuole, Mosley fece ricorso contro l'ordinanza davanti alle Corti federali, sostenendo che il picchettaggio pacifico è coperto dal Primo Emendamento. L'ordinanza del Comune di Chicago fu dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema per violazione del principio di eguaglianza sancito dal 14° Emendamento: infatti la norma, distinguendo fra picchetti riguardanti il lavoro e quelli di altra natura, in concreto non permetteva a Mosley di godere della eguale protezione delle leggi. Ma quello che più ci interessa è il ragionamento effettuato dal Giudice Marshall a proposito del Primo Emendamento.

“Ma, prima di tutto, il Primo Emendamento significa che il governo non ha il potere di limitare l'espressione a causa del suo messaggio, delle sue idee, della materia oggetto di essa, o del suo contenuto ... per permettere la costruzione continua della nostra politica e cultura, e per assicurare la piena realizzazione di ogni individuo, al nostro popolo è garantito il diritto di esprimere qualsiasi pensiero, libero da ogni censura governativa. L'essenza di questo divieto è il controllo del contenuto. Ogni restrizione sull'attività di espressione a causa del contenuto di essa minerebbe completamente dalle radici il profondo impegno nazionale verso il principio secondo cui il dibattito su argomenti

⁸⁵ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 207-208.

⁸⁶ *Dun & Broadstreet Inc v. Greenmoss Builders Inc* 472 U.S. 749 (1985).

⁸⁷ 418 U.S. 323 (1974).

⁸⁸ See RICHARD A. EPSTEIN, *Was New York Times v. Sullivan Wrong*, 53 *University of Chicago Law Review*, 782 (1986).

⁸⁹ D.A. ANDERSON, *Is Libel Law Worth Reforming*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 140, 1991.

⁹⁰ 408 U.S. 92 (1972).

*pubblici deve essere disinibito, robusto, e del tutto aperto*⁹¹.

Nonostante avesse ricevuto all'epoca poca attenzione, la dottrina della “*content neutrality*” di *Mosley* è divenuta una pietra miliare della giurisprudenza della Corte Suprema sul Primo Emendamento⁹². Essa presenta due aspetti: il governo non può limitare il discorso a causa del suo contenuto e non può neanche utilizzare l'argomento del contenuto quale base per trattare alcuni discorsi più favorevolmente di altri⁹³. La dottrina di *Mosley* è, fra le altre fonti, debitrice della teoria di Alexander Meiklejohn⁹⁴, secondo cui la democrazia americana è fondata su un accordo (“*compact*”) che si deve concludere per diventare un popolo che si auto-governa⁹⁵. Gli individui devono sentirsi liberi di formare e di esprimere le loro opinioni, e di considerare i punti di vista degli altri, poiché è solo attraverso il dibattito che la comunità può formare dentro di sé decisioni consapevoli su materie di pubblico dominio⁹⁶. Ciò comporta che la garanzia data dal Primo Emendamento non vale per tutti allo stesso modo: “Essa è assicurata solamente al discorso che poggia, direttamente od indirettamente, su ciò che riguarda gli elettori – solo, dunque, alle considerazioni di pubblico interesse. Il discorso privato, o l'interesse privato nel discorso, invece, non può rivendicare nessuna protezione dal Primo Emendamento”⁹⁷.

Preso alla lettera, il divieto di regolamentare il contenuto del discorso equivarrebbe, secondo *Mosley*, “all'essenza della censura”⁹⁸: infatti “impedirebbe al governo di regolamentare il discorso anche quando ciò fosse necessario per prevenire serie ferite agli individui o a alla società”, e “lungi dall'illuminare il problema, la dottrina della neutralità del contenuto, quando è presa come la preoccupazione centrale del Primo Emendamento, lo rende solamente più oscuro”⁹⁹. Insomma, secondo Steven J. Heyman¹⁰⁰, quella della neutralità del contenuto è un importante elemento della giurisprudenza sulla libertà di parola, ma non dovrebbe essere considerata come “il primo principio del Primo Emendamento”¹⁰¹, avendo dato origine, a causa della sua imprecisione, a decisioni contraddittorie e discutibili¹⁰².

La teoria della “neutralità del contenuto” si basa anche su una lettura del principio di eguaglianza. Essa però perde molto della sua forza se si oltrepassano i limiti della sfera dell'autonomia degli altri¹⁰³. Una opinione in parte concorrente ed in parte dissenziente di Scalia, nel caso *Madsen v. Women's Health Ctr., Inc.*, esplicita alla perfezione l'idea del rigetto del controllo del contenuto dell'espressione: Il vizio della legislazione che si basa sul contenuto – che la rende meritevole dell'alto standard dello stretto scrutinio – è che si presta all'uso di finalità dettate dall'invidia e dal controllo del pensiero”¹⁰⁴.

La dottrina della “neutralità del contenuto”, oltre che l'importante *R.A.V.*¹⁰⁵, ha informato e continua ad informare molte delle decisioni della Corte Suprema sul Primo Emendamento: ma, a conferma della citata contraddizione di tale giurisprudenza, sono state date risposte diverse a problemi

⁹¹ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964).

⁹² ERWIN CHERMERINSKY, *Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application*, in *Southern California Law Review*, n. 74, 49-64.

⁹³ STEVEN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 650.

⁹⁴ ALEXANDER MEIKLEJOHN, *Political Freedom, the Constitutional Powers of the People*, New York, Harper, 1960.

⁹⁵ *Ibidem*, 15.

⁹⁶ *Ibidem*, 24-26.

⁹⁷ ALEXANDER MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, New York, Harper Brothers Publishers, 1948, 94.

⁹⁸ *Police Dep't v. Mosley*, 408 U.S. 92, 96, 99 (1972).

⁹⁹ STEVEN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 651-652.

¹⁰⁰ *Ibidem*, 652.

¹⁰¹ *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703, 789 (2000) (Kennedy, J., dissenting).

¹⁰² ERWIN CHERMERINSKY, *Content Neutrality as Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application*, in *Southern California Law Review*, vo. 79, n. 49, 200, 49-64.

¹⁰³ STEVEN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 666.

¹⁰⁴ *Madsen v. Women's Health Ctr., Inc.*, 512 U.S. 753, 794 (1994).

¹⁰⁵ *R.A.V. v. City of Saint Paul*, 505 U.S., 377, 382 (1992).

(perlomeno apparentemente) simili. Così in *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, la Corte dichiarò incostituzionale una legge federale che obbligava le norme sulle televisioni via cavo ad assicurare che non vi fosse nessuna ricezione non autorizzata di immagini sessuali¹⁰⁶. La Corte sostenne che, restringendo solamente la ricezione di materiale a sfondo sessuale, la legge era “*content based*” e sarebbe stata confermata solo se avesse soddisfatto le rigorose condizioni dello stretto scrutinio¹⁰⁷. In altri casi, anche simili a quello considerato¹⁰⁸, la Corte ha invece dichiarato valide le leggi incriminate, concludendo che esse erano neutrali nel contenuto¹⁰⁹.

Più che sulla “neutralità del contenuto”, la dottrina di Elena Kagan (importante anche perché la prestigiosa giurista fa parte dal 2010 della Corte Suprema, per la quale spesso redige le sentenze sul Primo Emendamento o fa parte della maggioranza che decide su di esso¹¹⁰), si basa sui motivi impropri che sono alla base delle scelte normative. La Kagan nega così quello che la dottrina dominante ha sostenuto, vale a dire che due sono state le principali tendenze giurisprudenziali relative agli effetti delle norme discusse nei casi del Primo Emendamento: il primo riguarda il punto di vista di chi si esprime, il secondo su chi riceve l'informazione¹¹¹.

Articolata è anche l'analisi di Cass R. Sunstein sul punto: “quando il governo regola il contenuto, c'è un grande rischio che le restrizioni abbiano in realtà origine da qualcosa di illegittimo”¹¹², anche se è successo, nella storia della Corte Suprema, che essa abbia confermato alcune leggi che prescrivevano restrizioni basate sul contenuto, anche se di “livello secondario”.

La libertà di espressione non si limita ovviamente a scritti e discorsi, ma a qualunque manifestazione del pensiero attraverso atti significativi e simbolici. La Corte Suprema si è su questo punto espressa nel noto caso *Texas v. Johnson* del 1989¹¹³, relativa al rogo della bandiera ufficiale dell'Unione, e a *R.A.V. v. City of St. Paul*¹¹⁴, sul gesto di bruciare una croce.

Texas v. Johnson trae origine da una legge del Texas, la *Texas Venerated Objects Law*, che comprende fra le condotte vietate il bruciare la bandiera. La Corte Suprema intervenne su ricorso del Texas rispetto ad una sentenza di appello che aveva ribaltato, sulla base della possibilità di invocare i diritti del Primo Emendamento, la sentenza di primo grado che condannava il gesto del signor Johnson poiché, secondo la dottrina statale di *Deeds v. State*¹¹⁵, i suoi diritti derivati dal Primo Emendamento cedevano di fronte alla necessità di “prevenire violazioni della pubblica pace” e di “proteggere la bandiera quale simbolo di unità nazionale”¹¹⁶.

Le motivazioni della Corte Suprema, che votò per cinque voti contro quattro per considerare il gesto di bruciare la bandiera protetto dal Primo Emendamento, furono essenzialmente due. La prima si basava sul fatto che non si poteva creare una categoria a sé del reato in questione come eccezione alla vigenza del Primo Emendamento; la seconda insiste sulla mancanza di effettiva consapevolezza espressa da Johnson con il suo atto, per cui “noi non consacriamo la bandiera punendo la sua profanazione, poiché così facendo diluiremmo la libertà che questo caro emblema rappresenta”¹¹⁷. Inoltre, “la distinzione fra parole scritte o pronunciate e la condotta non-verbale ... è di nessuna importanza quando la condotta è espressiva, come è qui, e quando la regolamentazione di quella

¹⁰⁶ *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 120 U.S., 1878-1888-1893 (2000).

¹⁰⁷ ERWIN CHEMERINSKY, *Content Neutrality as Central Problem of Freedom of Speech*, cit., 50.

¹⁰⁸ Enumerati in *ibidem*, 50.

¹⁰⁹ *Ibidem*, 50.

¹¹⁰ Come nel recentissimo caso *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. (2017), nel quale si dichiara incostituzionale una legge che restringe l'accesso ai *social media* ai condannati per reati sessuali.

¹¹¹ ELENA KAGAN, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 63, 1996, 413-517.

¹¹² Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., 169.

¹¹³ 491 U.S. 397 (1989).

¹¹⁴ 505 U.S. 377 (1992).

¹¹⁵ 474 S.W.2d 718 (Tex. Crim. A1971).

¹¹⁶ V. ROBERT JUSTIN GOLDSTEIN, *The Great 1989-1990 Flag Flap: An Historical, Political, and Legal Analysis*, in *University of Miami Law Review*, n. 45, 1990-1991, 22 e ss.

¹¹⁷ *Johnson*, 109 S. Ct. At 2547-48.

condotta è relativa all'espressione"¹¹⁸. La stretta maggioranza con la quale fu votata l'incostituzionalità del divieto di bruciare la bandiera da parte della legge del Texas rivela la difficoltà nel stabilire principi comuni in materia e mostra quanto sia stato controverso il caso *Johnson*: le conclusioni di questo furono però mantenute nell'altrettanto controverso caso *R.A.V.*, e sono dunque "buon diritto, molto utile quale importante fonte dei principi fondamentali del Primo Emendamento"¹¹⁹. Anche la sentenza *United States v. Eichmann*¹²⁰ ha ad oggetto la dissacrazione della bandiera, e giunge a considerazioni leggermente diverse da quelle di *Texas v. Johnson*, stante la differente fattispecie da cui origina.

Il primo caso a fare tesoro della giurisprudenza di *Johnson* è il già citato *R.A.V.* Insieme ad altri adolescenti, R.A.V. bruciò una croce di legno in un cortile di una famiglia afro-americana. Egli fu arrestato ed accusato della violazione di un'ordinanza municipale di St. Paul che dichiarava reato "mettere in una proprietà pubblica o privata un simbolo, oggetto, ... o un graffito, compreso, ma non limitato a, una croce in fiamme od una svastica nazista, le quali si sa che suscitano in altri, o si hanno ragionevoli motivi per ritenere che suscitino, rabbia, allarme o risentimento sulla base della razza, del colore, de credo, della religione o del genere ..." ¹²¹. Nonostante non vi fosse nessuna giurisprudenza secondo la quale l'eccezione al Primo Emendamento potesse essere data da paura, allarme o risentimento, la Corte Suprema del Minnesota ritenne che l'ordinanza di St. Paul si limitasse a quello che *Chaplinsky* designava come "fighting words".

Una Corte Suprema profondamente divisa rovesciò la decisione, votando per cinque membri contro quattro per l'incostituzionalità dell'ordinanza di St. Paul. Nella sua opinione di maggioranza, Scalia scrisse che si ammetteva che la norma in questione copriva solo la fattispecie delle "parole aggressive non protette" ("unprotected fighting words"), le quali possono peraltro essere talvolta "veramente molto espressive"¹²². Nonostante ciò, dichiarava l'ordinanza incostituzionale poiché, invece di proibire le "fighting words" in generale, essa bandiva solo una loro sotto-categoria, quelle che "insultano, o provocano violenza, sulla base della razza, del colore, del credo, della religione o del genere"¹²³. Scalia concluse che questa regolamentazione selettiva¹²⁴ violava il divieto del Primo Emendamento sulla discriminazione del contenuto¹²⁵. Era certo possibile vietare l'uso di "fighting words", infatti "il governo può vietare la diffamazione; ma non può fare l'ulteriore discriminazione sul contenuto con il vietare *solamente* la diffamazione critica del governo"¹²⁶. Quindi "il governo non può regolamentare l'uso a causa dell'ostilità – o del favoritismo – verso il messaggio sottostante espresso"¹²⁷. Sulla base di quest'impostazione dottrinale "ristrutturata"¹²⁸, cinque Giudici dichiararono incostituzionale l'ordinanza che discriminava sulla base del contenuto, trattando parole offensive basate sulla razza ("Negro!") in modo differente dalle altre parole offensive ""Bastardo"!)"¹²⁹. Le offese razziali non sono diverse da quelle ordinarie, lo *hate speech* non costituisce da solo motivo per permettere restrizioni della libertà di espressione ai sensi del Primo Emendamento.

Il Giudice Stevens scrisse invece un'opinione concorrente in contrasto con la descritta

¹¹⁸ *Texas v. Johnson*, 491 U.S., 416.

¹¹⁹ AKHIL REED AMAR, *The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul*, in *Harvard Law Review*, n. 106, 1992, 124.

¹²⁰ *United States v. Eichmann*, 496 U.S. 310 (1990).

¹²¹ St. Paul, Minn, Legis Code § 292.02 (1990).

¹²² *R.A.V.*, 505 U.S., 2544 (?), e tutti quelli dopo).

¹²³ *R.A.V.*, 505 U.S., 391.

¹²⁴ "Una selettività di questo tipo, crea la possibilità che la città stia cercando di impedire l'espressione di particolari idee": *R.A.V.*, 505 U.S. at 394. Questo sarebbe vietato proprio dalla teoria della "content discrimination" (*R.A.V.*, 505 U.S. at 387).

¹²⁵ STEVAN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 690, il quale ricorda, nella nota 254, che quattro giudici criticarono duramente l'analisi della maggioranza, ma ritenendo incostituzionale per motivi diversi dalle "fighting words".

¹²⁶ *R.A.V.*, 112 S. Ct. U.S., 2543.

¹²⁷ *R.A.V.*, 112 S. Ct. U.S., 2545.

¹²⁸ *Akhil Reed Amar, The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul*, cit., 128.

¹²⁹ *R.A.V.*, 112 S. Ct. U.S., 2547-2549.

interpretazione, che corrisponde alla dottrina sullo *hate speech* più attenta ai diritti delle minoranze (Chemerinsky, Sunstein, Waldron). Bisogna innanzitutto partire dalla storia degli USA sulle discriminazioni razziali: non è stato semplice storicamente per la Corte Suprema stabilire principi a favore delle minoranze, a causa della legislazione fortemente discriminatoria nei confronti di vari gruppi¹³⁰. Gli esempi della schiavitù e del segregazionismo nei confronti degli afro-americani sono i più eclatanti, ma la storia degli USA conosce la discriminazione anche nei confronti di altri gruppi, come gli ebrei, gli irlandesi, gli italiani e più tardi gli ispanici e gli asiatici, ed ovviamente verso i nativi¹³¹.

La discriminazione verso le minoranze, che come già detto fa tristemente parte della storia americana, è consistita anche in invettive e discorsi razzisti contro di esse, che creano timori di violenza fisica, esclusione, e subordinazione che non possono essere descritti come mera 'offesa'. Questi danni sono plausibilmente antitetici all'obiettivo dell'eguaglianza politica, una precondizione per la democrazia e la finalità che anima lo stesso Primo Emendamento.

Secondo Stevens, dunque, “le minacce a sfondo razziale possono provocare più danno alla società ed agli individui che altre minacce”¹³². L'opinione di maggioranza ritiene invece che tale teoria consista semplicemente nel dare rilievo ad un'idea particolare, espressa con un particolare metodo. Si tratta del non rispetto della neutralità del contenuto, e “non si può eludere tanto facilmente il Primo Emendamento”¹³³. Quindi, secondo la Corte, uno Stato non può decidere che esporre una svastica o bruciare una croce sia considerato peggio, ad esempio, di un attacco malvagio alle idee politiche od ai genitori di qualcuno. Sostiene Sunstein però che “la concezione della neutralità della Corte non sembra plausibile. Non c'è niente di parziale o di illegittimo nel riconoscere che danni particolari sono prodotti dalla insolita categoria delle “*fighting words*”¹³⁴. La teoria del danno causato dalle offese razziali si basa sul fatto che la legislazione non sta rispondendo ad un messaggio ideologico, ma a conseguenze del mondo reale, che sono antitetici all'obiettivo dell'eguaglianza politica, “una condizione previa per la democrazia ed un obiettivo che anima lo stesso Primo Emendamento”¹³⁵.

Una libertà di espressione praticamente illimitata, che comprenda gli insulti a sfondo razziale, non tiene conto dei diversi diritti che spettano ai membri delle minoranze storicamente vittime di razzismo e discriminazione. Il discorso riecheggia quello sulle “*affirmative actions*”, le azioni positive, che sono avversate da chi interpreta l'eguaglianza come formale e non sostanziale¹³⁶. Questo non significa che quello delle azioni positive sia uno standard utile per la libertà di espressione, ma è bene tenere conto della disparità dei punti di partenza di chi la utilizza. È iniquo pretendere la neutralità del contenuto nei confronti di persone od organizzazioni con più risorse delle media (sicuramente delle minoranze sfavorite): “regole che sono di contenuto neutrale possono, alla luce di uno status quo ineguale, portare conseguenze molto dannose su alcune forme di discorso; un serio scrutinio giudiziale sulle restrizioni a contenuto neutrale, con attenzione su questo punto, è dunque appropriato”¹³⁷.

Sulla ricerca dell'eguaglianza, e dunque sulla negazione delle pratiche discriminatorie ed addirittura dello schiavismo furono nell'Ottocento adottati il Tredicesimo, Quattordicesimo e Quindicesimo Emendamento. “La Costituzione stessa prende posizione contro la cittadinanza di

¹³⁰ ERWIN CHERMERINSKY, *The Case against the Supreme Court*, New York, Penguin Books, 2014, 21 e ss.

¹³¹ La giurisprudenza risalente della Corte Suprema non fu in particolare molto aperta nei confronti dei gruppi minoritari fra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento, pur tentando di definire alcuni principi “sociali” sugli rapporti fra le comunità: v. Sara Volterra (a cura di), *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America (1874-1910)*, Giappichelli, Torino, 2003.

¹³² R.A.V., 112 S. Ct. U.S., 2561 (Stevens, J., concurring).

¹³³ R.A.V., 112 S. Ct. U.S., 2548.

¹³⁴ CASS R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., 192.

¹³⁵ *Ibidem*, 186.

¹³⁶ Fra la ricca bibliografia sulle azioni positive negli USA v. MICHAEL ROSENFELD, *Affirmative Actions and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven – London, Yale University Press, 1991; COSIMO GRECO, *Le azioni positive negli USA*, Tesi di dottorato, Lecce, 2015.

¹³⁷ CASS R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., 177-178.

seconda classe di qualsiasi gruppo. Non è neutrale su questo argomento. Quando il discorso contribuisce a creare un sistema di casta, lo Stato può in maniera legittima e neutrale cercare di reagire – almeno se ogni restrizione che ne risulta sia al tempo stesso chiara e molto limitata”¹³⁸.

Sembra quindi legittimo, contrariamente alla dottrina di *R.A.V.*, che una “restrizione relativa al bruciare una croce e su altri discorsi simbolici sia una possibile classificazione secondo la materia, purché essa sia limitata”, e del resto “nessun serio problema di Primo Emendamento è causato dalle leggi sui diritti civili”¹³⁹, tutt’altro che neutrali nel loro contenuto. Non è inoltre solamente ai sensi del Primo Emendamento che bisogna interpretare le regolamentazioni relative ai diritti delle minoranze, ma anche secondo il Tredicesimo e Quattordicesimo Emendamento (relativi all’abolizione della schiavitù e della *immunity clause*, base del godimento delle libertà fondamentali nella Federazione e negli Stati), nel rispetto di un’interpretazione complessiva e non atomistica del testo costituzionale¹⁴⁰.

Chi ritiene incostituzionali le leggi sullo *hate speech* non considera che “la questione non è il pensiero che odiamo ..., ma la pubblicazione e il danno causato ad individui e gruppi che deturpano il nostro ambiente sociale per mezzo di annunci visibili, pubblici, e semi-permanenti che hanno l’effetto che nell’opinione di un gruppo della comunità, forse secondo la maggioranza, i membri di un altro gruppo non siano meritevoli di eguale cittadinanza”¹⁴¹.

Il discorso non vale solo nei confronti delle minoranze razziali, ma anche di quelle religiose¹⁴². Il nesso è colto da Eric Barendt, che si domanda se “il *free speech* implichi la protezione per i diritti del parlante individuale più che per i diritti del gruppo destinatario, ed altri, insultati dal materiale che pone in ridicolo il sentimento religioso od i credenti”¹⁴³.

Gli insulti basati sulla razza, sul genere, e sulla religione¹⁴⁴ causano dunque più nocimento degli insulti in generale perché, a differenza degli insulti che esprimono semplicemente un disgusto, gli insulti basati sull’appartenenza ad un gruppo negano l’umanità di quelli a cui sono diretti¹⁴⁵. In secondo luogo, questo tipo di offese non sono solo dirette a specifici individui, ma anche al gruppo in generale¹⁴⁶. La Corte Suprema nella sua dottrina considera però molto meno i diritti dei gruppi di quelli dell’individuo, in conformità alla prevalente sensibilità della cultura statunitense¹⁴⁷.

Quanto scritto fino adesso non deve far ritenere che vi sia una illimitata libertà di espressione nello *hate speech*: così nel caso *Wisconsin v. Mitchell*¹⁴⁸, la Corte Suprema contraddisse la dottrina di *R.A.V.* L’opinione del *Chief Justice* Rehnquist, votata all’unanimità, dichiara che “i crimini motivati da pregiudizi hanno più probabilità di provocare crimini di ritorsione, di infliggere diversi danni emotivi alle loro vittime, e di incitare l’inquietudine della comunità”¹⁴⁹ più di altri. Questa decisione

¹³⁸ *Ibidem*, 193.

¹³⁹ *Ibidem*, 197.

¹⁴⁰ AKHIL REED AMAR, *The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul*, in *Harvard Law Review*, n. 106, 1992, 151e ss.

¹⁴¹ JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., 33. Sulla impossibilità di scegliere un punto di vista di una comunità (secondo il pensiero di Robert Post) si veda *infra*, par. 5.

¹⁴² Sulla questione v. CRISTIANA CIANITTO, *Quando la parola ferisce. Blasfemia e incitamento all’odio religioso nella società contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2016.

¹⁴³ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 190: “Il motivo è che un insulto esplicito ad una fede religiosa o, anche più chiaramente, l’espressione di odio verso le comunità religiose, causa una ferita psicologica profonda come un discorso di odio razzista”.

¹⁴⁴ Tutti criteri elencati, insieme ad altri, nelle costituzioni liberal-democratiche (e nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali della UE), e nella Costituzione statunitense, più vecchia, rintracciabili in ordine sparso in alcuni degli emendamenti.

¹⁴⁵ STEVAN J. HEYMAN, *Hate Speech and the Theory of Free Expression*, in *idem* (editor), *Hate Speech and the Constitution. I The Development of the Hate Speech Debate*, Routledge, London - New York, 1996, xiv.

¹⁴⁶ STEVAN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 695. V. anche CHARLES R. LAWRENCE, *If He Hollers Let Him Go. Regulating Racist Speech on Campus*, in *Duke Law Journal*. In *Duke Law Journal* 1990, n. 3, 431-483.

¹⁴⁷ Individuo considerato sovrano, in particolare, come si vedrà nel settimo paragrafo, nei panni del consumatore. Viene dunque il sospetto che più che l’individuo sia il mercato il centro di gravità del sistema statunitense.

¹⁴⁸ 508 U.S. 476 (1993).

¹⁴⁹ *Mitchell*, 508 U.S. at 488.

mostra massima considerazione per i “diritti degli altri”¹⁵⁰, e dimostra che il Primo Emendamento può sopportare, ed anzi consiglia, alcune forme di regolamentazione dello “*hate speech*”, che è presente in *Wisconsin* e non in *R.A.V.*¹⁵¹. Lo consiglia poiché la regolamentazione di esso tende a promuovere piuttosto che a diminuire i valori insiti nel principio della libertà di espressione. Non è dunque vero che il Primo Emendamento permette una libertà illimitata di espressione, anche se i limiti ad essa devono essere stabiliti con stretto scrutinio.

Dopo aver dato conto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema relativamente allo *hate speech*, come si è visto piuttosto aperta (ma non all'infinito) nei confronti del discorso anche offensivo¹⁵², si passa nel prossimo paragrafo all'analisi di *Falwell*, il caso centrale della Corte Suprema USA su satira e Primo Emendamento.

4. *Falwell v. Flynt*, sino a che punto può spingersi la satira?

La già più volte citata sentenza *Hustler Magazine v. Falwell*¹⁵³, del 1988¹⁵⁴, fu il punto conclusivo di una vicenda che opponeva Larry Flynt, estroso e corrosivo editore della rivista pornografica *Hustler*, e Jerry Falwell¹⁵⁵, fondamentalista religioso appartenente ad un'organizzazione chiamata “*Moral Majority*”¹⁵⁶. Essa fu anche oggetto di un bel film di Milos Forman del 1996, “*Larry Flynt*”¹⁵⁷.

La controversia ebbe origine da una parodia di uno spot del Campari apparsa sulle pagine del numero del Novembre 1983 di *Hustler*, nel quale si parlava della prima volta, riferita alla prima bevuta di un Campari ma con un chiaro sottinteso alla prima esperienza sessuale, che per Falwell sarebbe consistita con un rapporto con la madre, avvenuto, secondo il greve ed offensivo testo della parodia, in un sudicio tugurio, con entrambi i protagonisti ubriachi fradici¹⁵⁸.

Poiché la legge della Virginia non prevedeva una causa di *Common Law* per invasione della *privacy*, Falwell fu costretto a basare la sua denuncia su una legge della Virginia che proibisce l'uso del nome di una persona per scopi commerciali o di pubblicità senza il suo consenso¹⁵⁹. Flynt fu condannato prima dal Tribunale del Quarto circuito e poi dalla Corte d'Appello della Virginia per “trauma emotivo” (“*emotional distress*”), il che risultava perfettamente dall'intenzione di Flynt, che era quella di “assassinare” l'integrità di Falwell¹⁶⁰.

La Corte Suprema rovesciò la decisione precedente. La decisione fu redatta dal *Chief Justice*

¹⁵⁰ V supra, nota 21. L'espressione non è solo usata da STEVEN J. HEYMAN, ma anche, in un contesto diverso che riguarda i diritti degli stranieri e degli apolidi, comunque sempre temi riferiti al nucleo duro dei diritti della persona in quanto tale, da SEYLA BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2006 (traduzione da *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Vambridge University Press, 2006).

¹⁵¹ STEVAN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 696-698, sottolinea la grande differenza fra l'approccio di *R.A.V.* rispetto al caso *Keegstra* della Corte Suprema del Canada, del 1990.

¹⁵² Un altro caso noto è *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. (1977).

¹⁵³ *Hustler Magazine v. Falwell*, 108 S. Ct. (1988).

¹⁵⁴ Il commento più esauriente di Falwell, insieme alla dottrina della Corte Suprema sul Primo Emendamento, è quella di ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine V. Falwell*, in *Harvard Law Review*, vol. 103, 1990, 603-686. Un commento la qualifica come la peggiore storia del Primo Emendamento, e non solo: JOHN M. KAGAN, *HUSTLER V. FALWELL: Worst Case in the History of the World, maybe the Universe*, in *Nevada Law Journal*, 2012.

¹⁵⁵ “I suoi antagonisti avrebbero potuto essere scelti da un ufficio di casting per incarnare la fondamentale tensione costituzionale fra l'espressione anarchica e la rigida virtù civica”: ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 605.

¹⁵⁶ Per l'intera vicenda, processuale e no, che vide contrapposti Larry Flynt e Jerry Falwell v. RODNEY SMOLLA, *Jerry Falwell v. Larry Flynt: The First Amendment on Trial*, Champagne, Illinois, University of Illinois Press, 1990.

¹⁵⁷ Larry Flynt non era nuovo a denunce, non solo da parte di fondamentalisti religiosi come Falwell, ma anche da femministe, fra le quali va ricordata l'attivista anti-pornografia Andrea Dworkin.

¹⁵⁸ Per l'intero testo della parodia v. ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 607.

¹⁵⁹ *Ibidem*, 608.

¹⁶⁰ *Deposition Testimony of Larry Flynt*, reprinted in Joint Appendix at 91, 141, Falwell (No. 86-1278).

Rehnquist, e la sua opinione vide l'accordo di tutti i Giudici tranne Kennedy, che non partecipò alla causa e White, che scrisse un breve paragrafo di opinione concorrente con l'idea di dissociarsi dalla decisa riaffermazione fatta da Rehnquist dello standard della "effettiva malafede" (*"actual malice standard"*) della sentenza *New York Times*¹⁶¹. Post ritiene che l'opinione di Rehnquist sia "retoricamente abile, che tocca tutti i 'giusti' sentimenti relativi al primo Emendamento e che evoca eloquentemente la tradizione nazionale di pungente satira politica. Ma la struttura argomentativa dell'opinione è oscura, e rende difficile discernere un corso coerente del ragionamento"¹⁶².

Il succo della decisione sta nelle seguenti parole:

*I personaggi pubblici ed i pubblici ufficiali non possono essere risarciti per il reato di infliggere intenzionalmente un dolore emotivo a causa di pubblicazioni come quella del caso in esame senza mostrare in più che la pubblicazione contiene una falsa dichiarazione di un fatto che è stato commesso con "effettiva malafede", vale a dire con la conoscenza che la dichiarazione era falsa o con poca e superficiale attenzione se fosse o meno vera*¹⁶³.

La questione relativa al reato di "emotional distress" inflitto ad un personaggio pubblico e quella della falsa dichiarazione fatta con effettiva malafede sono intrecciate e possono essere analizzate congiuntamente.

Se per secoli la *Common Law* aveva basato i casi come quello in esame sulla base del reato di diffamazione, che consisteva nel ledere la reputazione di una persona, il diritto costituzionale del Primo Emendamento modifica non di poco i termini della questione, inserendo altre condizioni perché sia possibile limitare il diritto di espressione. Secondo la tradizionale *Common Law* "si presumeva che una dichiarazione diffamatoria fosse falsa, e l'imputato doveva riuscire a contraddire quest'ipotesi per evitare l'ascrizione di responsabilità"¹⁶⁴. Al termine del diciannovesimo secolo, il descritto approccio cominciò a modificarsi, richiedendosi all'attore l'onere di provare la falsità della dichiarazione¹⁶⁵.

Da *Gertz* in poi non si pone più tanto il problema delle idee false, che hanno una certa protezione costituzionale¹⁶⁶. Ma la distinzione non è così pacifica come potrebbe apparire di primo acchito. Robert Post, che fa un'approfondita analisi della questione¹⁶⁷, si concentra, a proposito della pluralità di tipi di opinione, sulla differenza fra "opinione" e "iperbole retorica"¹⁶⁸, e soprattutto fra "giudizi" (*"judgments"*) e "espressioni soggettive" (*"preference expressions"*). Rifacendosi addirittura a Kant, "le dichiarazioni che semplicemente esprimono o descrivono 'sentimenti privati' di chi parla devono essere distinti da dichiarazioni su aspetti del mondo indipendenti da chi parla"¹⁶⁹. Questa distinzione serve a capire meglio il privilegio sull'espressione dell'opinione invocato da *Falwell*. La decisione distingue "le false dichiarazioni di fatto", che sono "particolarmente senza valore", dalle dichiarazioni di opinione¹⁷⁰. L'ultima è privilegiata poiché risponde alla "funzione della ricerca della verità del mercato delle idee", insita in una società democratica, "perché il migliore test della verità risiede nel potere del pensiero di essere essa stessa accettata nella competizione del mercato", dunque "Il Primo Emendamento non riconosce nessuna cosa che corrisponda ad una 'falsa' idea". Inoltre, le "false dichiarazioni di fatto", oltre ad interferire con la funzione di ricerca della verità del mercato delle idee, "causano danno alla reputazione dell'individuo che non può essere facilmente riparato da un

¹⁶¹ *Falwell*, 108 S. Ct. at 883 (White, J., concurring).

¹⁶² ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 612.

¹⁶³ *Falwell*, 108 S. Ct. 882.

¹⁶⁴ ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 618.

¹⁶⁵ *Ibidem*, 619.

¹⁶⁶ SEANA VALENTINE SHIFFRIN, *Speech Matters. On Lying, Morality, and the Law*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2014, passim.

¹⁶⁷ ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 649 e ss.

¹⁶⁸ *Ibidem*, 652.

¹⁶⁹ *Ibidem*, 652-53.

¹⁷⁰ *Falwell*, 108 S. Ct. 880.

discorso contrario, anche se persuasivo ed efficace”¹⁷¹.

La teoria riportata della diversa protezione da accordare ad un'opinione, per quanto possa risultare sgradevole, rispetto ad una dichiarazione di fatto falsa, deve essere secondo Robert Post perfezionata secondo l'idea che le dichiarazioni di opinione “contengono espressioni su un mondo indipendente la validità delle quali dipende dagli standard o dalle convenzioni di una particolare comunità, e sulle quali dunque non possiamo aspettarci nessuna convergenza in condizioni di eterogeneità culturale”¹⁷².

Un punto critico riguarda proprio la scelta di privilegiare regole di civiltà che dovrebbero essere condivise ma che, secondo Post, rischiano di essere quelle della comunità più forte: egli, prendendo spunto da quanto stabilito dalla Corte Suprema a partire da *Cantwell*, osserva che “se il privilegio del commento civile (“*privilege of fair comment*”) della *Common Law* rifletteva e applicava le regole di civiltà di una comunità fissa e stabile che conteneva al suo interno una sfera distinta di discorso pubblico, la dottrina del Primo Emendamento da *Cantwell* ha invece mantenuto una sfera di discorso pubblico nel quale le comunità stesse si sviluppano attraverso la competizione per ottenere la fedeltà dei singoli potenziali aderenti ad esse”¹⁷³.

All'interno di questa visione competitiva, si pone la dottrina di *Cohen v. California*, del 1972, la più eloquente mostra “dell'individualismo intellettuale” all'interno del quale il diritto delle comunità è compreso ed in un certo senso sacrificato.

*Il diritto costituzionale della libera espressione è una potente medicina in una società così diversa e popolosa come la nostra. È disegnato e pensato per rimuovere le limitazioni governative dall'arena della discussione pubblica, ponendo la decisione su quali punti di vista saranno più espressi in gran parte nelle mani di ciascuno di noi, nella speranza che l'uso di questa libertà produrrà alla fine una cittadinanza più capace ed un ordinamento politico più perfetto, e nella convinzione che nessun altro approccio sarebbe coerente con la premessa della dignità individuale e della scelta su cui il nostro sistema politico si fonda*¹⁷⁴.

Anche il criterio di “*outrageousness*” (“violenza verbale”) in esame in *Falwell* può avere significato solamente all'interno delle norme accettate di una particolare comunità, “ma il concetto costituzionale di pubblico discorso vieta allo Stato di imporre un tale standard all'interno del mondo del dibattito sugli affari pubblici”¹⁷⁵. Infatti “la natura oltraggiosa nell'area del dibattito politico e sociale ha una inerente soggettività per la quale si permetterebbe ad una giuria di imporre la responsabilità sulla base dei gusti e delle opinioni personali dei giurati”¹⁷⁶.

La difficoltà sta in sostanza nel decidere se sia necessario o meno porre una linea di demarcazione tra la satira o parodia politica, pienamente protetta dalla libertà di parola, e gli insulti personali oltraggiosi che non sono compresi in essa o che da essa non sono protetti perché cedono nel bilanciamento degli interessi a quello superiore della dignità umana¹⁷⁷. La risposta di Post, che asseconda il ragionamento di Rehnquist in *Falwell*, è quello per cui non si può porre una linea di demarcazione fra satira accettabile ed insulti personali oltraggiosi od ingiuriosi, poiché ciò implicherebbe standard di decenza (“*standards of civility*”) altamente contestabili e che risentono troppo dei diversi momenti storici. Altra dottrina sottolinea invece come la parodia di *Falwell* contenuta nella rivista *Hustler* fosse assolutamente ascrivibile alle “*fighting words*” definite da *Chaplinski*, ma la inspiegabile difesa del predicatore non ebbe l'accortezza di invocarle nel

¹⁷¹ *Falwell*, 108 S. Ct, 879-880 (dove si riprende un'espressione utilizzata dal Giudice Holmes in *Abrams v. United States* del 1919: 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting)).

¹⁷² ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 660.

¹⁷³ *Ibidem*, 630.

¹⁷⁴ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 23-24 (1971) (citing *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375-77 (1927) (Brandeis, J., concurring)).

¹⁷⁵ *Falwell*, 108 S. Ct, 880

¹⁷⁶ *Falwell*, 108 S. Ct, 882.

¹⁷⁷ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, 2009 (second edition), 228.

processo¹⁷⁸.

Il carattere pubblico del discorso quale condizione per il limite alla libertà di espressione significa anche che lo Stato non può imporre uno standard, proprio per non inquinare il “mondo del dibattito sulle questioni pubbliche”¹⁷⁹. Inoltre, il carattere pubblico di una persona la rende più esposta agli attacchi, come è chiaro nel caso *Falwell*. La formulazione della Corte è tale che se Flynt avesse espresso le stesse parole della parodia di Hustler a Falwell in una comunicazione privata, queste non sarebbero state incluse entro l'ambito del pubblico discorso, e dunque non avrebbero ricevuto lo stesso grado di protezione costituzionale¹⁸⁰.

Insomma, in *Falwell* lo standard della “effettiva malafede” di New York Times si applica solo se l'attore è una personalità pubblica od un pubblico ufficiale¹⁸¹. Mentre non è difficile individuare la seconda categoria, l'operazione non è sempre facile per la prima, essendo la notorietà talvolta circoscritta ad una data area geografica limitata o essere invece di livello internazionale anche se di nicchia. Con le nuove tecnologie ed i *social* la natura pubblica del messaggio pare peraltro essersi estesa a dismisura: pubblica è una pagina di Facebook anche se in origine destinata ai pochi amici e *followers*. La natura pubblica sembra oggi più una questione di quantità che di qualità, e si sa quanto è insidioso misurare i concetti giuridici secondo criteri quantitativi e non qualitativi.

Robert Post, che ha analizzato a fondo la questione del “*public discourse*”, prendendo spunto da *Falwell*, ricorda che la Corte Suprema lo ha trattato secondo il triangolo “comunità”, “organizzazione” ed appunto “pubblico discorso” in senso stretto. Il primo regola il discorso secondo gli interessi della civiltà e della dignità, il secondo lo fa secondo l'interesse di raggiungere obiettivi strumentalmente espliciti. Il terzo “porta da solo dentro di sé la libertà dell'interazione critica che noi, nella nostra nazione culturalmente diversa, associamo ai processi democratici”¹⁸².

Nel caso *Thornhill v. Alabama*, del 1940, la Corte definì il “discorso pubblico” non solamente in termini di contenuto del relativo discorso, ma anche nei termini del modo con il quale esso era stato diffuso. L'idea fondamentale era che quel discorso dovesse essere comunicato 'pubblicamente' per qualificarlo come pubblico. Il tema è legato a quello delle “questioni di interesse pubblico”, di cui tratta la stessa sentenza.

Falwell è un caso importante nella dottrina del Primo Emendamento, perché applica alla satira molti dei principi delle precedenti sentenze storiche. Proprio nel nome del processo democratico di cui parla Robert Post, che è la bussola che deve guidare l'intera Costituzione, si potrebbe però concepire una regolamentazione talvolta più restrittiva dello *hate speech*.

Il prossimo paragrafo approfondisce il tema delle informazioni false, con l'analisi in particolare della sentenza *Alvarez*, insieme al tema del versante passivo del Primo Emendamento, quello di essere informati, con l'analisi soprattutto del caso del 1971 sui *Pentagon papers*¹⁸³.

5. Segreti e bugie.

Il titolo di questo paragrafo è quello di un bellissimo e pluri-premiato film inglese, di Mike Leigh, del 1996, ma riguarda anche due caratteristiche eterne dell'animo umano e delle società, legate fra di loro: si dice una bugia per nascondere un segreto, una inconfessabile verità. Da Edipo Re a Madame Bovary, la ricerca della verità ed il suo occultamento con il segreto e la bugia ha ispirato la storia della grande letteratura, oltre che essere naturalmente una questione filosofica e religiosa. Il tema tocca ovviamente anche il diritto comparato: spesso le verità di un ordinamento sono le bugie ed i

¹⁷⁸ Bruce Fein, *Hustler Magazine v. Falwell: A Mislitigated and Misreasoned Case* (Book Review), 30 in *William & Mary Law Review*, n. 30, 1989, 905.

¹⁷⁹ *Falwell*, 108 S. Ct, 880.

¹⁸⁰ ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 675.

¹⁸¹ FRANCES E. FAIRCLOTH, *Freedom of Speech and Government Employees: A reasonable Test for the Digital Age*, in *Marshall Law Journal*, n. 6. vol. 1, 2012, 55-101.

¹⁸² ROBERT C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse*, cit., 685.

¹⁸³ ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, cit., 61.

segreti di un altro: il caso più clamoroso riguarda la vicenda degli armeni: in Turchia parlare di genocidio equivale a porsi contro il codice penale, mentre in molti paesi esso è riconosciuto da leggi ed atti del Parlamento¹⁸⁴. Si tratta della grande questione storica, morale e giuridica del negazionismo, che rileva particolarmente, stante la sua unicità ed il suo peso nella storia dell'umanità, per la *Shoah*, su cui vi è una letteratura, anche giuridica, pressoché sterminata¹⁸⁵.

In parte la questione della falsità di dichiarazioni, quindi delle bugie, è stata già analizzata nelle pagine precedenti. In questo paragrafo sarà analizzata una sentenza dell'ultimo decennio già abbastanza famosa, *Alvarez*, del 2012, che verte soprattutto sul diritto a mentire. Prima però è bene concentrarsi, anche per motivi di ordine cronologico, sulla questione dei segreti all'interno della dottrina del Primo Emendamento, con la sentenza *New York Times Co. v. United States*¹⁸⁶, del 1971; esso riguarda la pubblicazione, da parte del *New York Times* e del *Washington Post*, dei *Pentagon Papers*, una serie di documenti confidenziali sulla politica statunitense sul Vietnam, raccolti fra il 1945 ed il 1967, e resi noti da Daniel Ellsberg, un funzionario dapprima favorevole alla guerra e poi fiero oppositore di essa, che il presidente Richard Nixon voleva mantenere segreti¹⁸⁷. Si trattava quindi di un conflitto fra la libertà di stampa, soprattutto nel suo versante del diritto all'informazione, e dunque del “diritto dell'opinione pubblica di sapere”¹⁸⁸, contro il preteso bisogno del governo di mantenere il segreto dell'informazione.

I segreti di Stato sono sempre esistiti in ogni paese ed in ogni epoca, dunque anche negli USA. Era anche pacifico che “la gente fosse d'accordo che non avrebbe dovuto sapere cosa non poteva essere detto ad essa senza danneggiare l'interesse pubblico”¹⁸⁹. La stessa Corte Suprema ha stabilito il dovere di segretezza del governo e delle pubbliche istituzioni in una serie di sentenze¹⁹⁰. “Il più riservato di tutti i procedimenti governativi è probabilmente la discussione dei giudici della Corte Suprema”¹⁹¹, ed il fatto che proprio essa che insiste sulla libertà di espressione la limiti fortemente nelle sue attività, proibendo persino l'uso di bloc-notes durante le udienze, è mostra di ipocrisia¹⁹².

Una maggioranza raggiunta su una base molto limitata, con ben sei opinioni concorrenti, stabilì che

“Ogni sistema di censura previa o di espressione previa arriva a questa Corte portando con sé una pesante presunzione contro la sua validità costituzionale”.

Le Corti di merito avevano deciso che il governo non aveva dimostrato tale prova, e la Corte Suprema si dichiarava d'accordo su ciò. Le opinioni concorrenti dimostrano come fosse stato raggiunto l'accordo sulla questione di fondo, che è quella di attribuire larga libertà di espressione/informazione alla stampa, ma non sui motivi che stanno alla base di tale importante

¹⁸⁴ GIOVANNI POGGESCHI, *Diritto e memoria: fra condanna dei genocidi e rielaborazione del passato*, in FRANCESCO BERTI – FULVIO CORTESE (a cura di), *Il crimine dei crimini. Stermini di massa nel Novecento*, Milano, Franco Angeli, 2008, 200-241.

¹⁸⁵ Fra questa v. DANIELA BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna di Auschwitz”*, Milano, Franco Angeli, 2012; v. anche, in FRANCESCO BERTI – FULVIO CORTESE (a cura di), *Il crimine dei crimini*, cit., i saggi di ANNA FOA, PAOLO DE STEFANI ed EMANUELA FRONZA.

¹⁸⁶ *New York Times Co. v. United States*, 443 U.S. 713 (1971).

¹⁸⁷ Più in dettaglio sui comportamenti di Ellsberg e Nixon v. TIMOTHY GARTON ASH, *Free Speech*, cit., 339-341. Nel 2017 è uscito sulla vicenda dei *Pentagon Papers*, dal punto di vista dei protagonisti del *Washington Post*, il film “*The Post*”, di Steven Spielberg, con Tom Hanks e Meryl Streep.

¹⁸⁸ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., passim

¹⁸⁹ LOUIS HENKIN, *The right to know and the duty to withhold: the case for the Pentagon Papers*, Commentary, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 120, 1972, 273.

¹⁹⁰ Fra le più risalenti v. *Zemel v. Rusk*, 381 U.S. 1, 16-17 (1965); *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953); *Chicago & S. Air Lines v. Waterman S.S. Corp.*, 333 U.S. 103, 111 (1948); *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 320 (1936). See also *Totten v. United States*, 92 U.S. 105 (1876).

¹⁹¹ LOUIS HENKIN, *The right to know and the duty to withhold*, cit., 274.

¹⁹² AKHIL REED AMAR, *The Constitution Today. Timeless Lessons for the Issues of Our Era*, New York, Basic Books, 2016, 122.

decisione. Il giudice Brennan sarebbe stato d'accordo per un'ingiunzione, anche se solo temporanea, unicamente se questa avrebbe evitato un danno imminente, ed il giudice Marshall, nella sua opinione dissenziente, dichiarò di negare l'ingiunzione in parte perché il Congresso non l'aveva autorizzata, in parte perché esso “ha specificamente rifiutato di proibire” pubblicazioni come quella in esame¹⁹³.

Un problema è però che la determinazione della portata del “diritto di sapere” spetta di solito ai giudici, e non al Parlamento, e che spesso questo comporta per essi il dovere di stabilire una censura previa. “Il conflitto sul diritto dell'opinione pubblica di sapere” dunque può in pratica rivelarsi pernicioso perché i giudici devono bilanciare il diritto del pubblico di sapere con le richieste del governo di confidenzialità nel contesto delle sue operazioni”¹⁹⁴, come è proprio avvenuto nella sentenza in esame.

Il “diritto dell'opinione pubblica di sapere” è un diritto derivativo, nonostante l'enfasi posta su di esso, l'altra faccia della medaglia del diritto della stampa di pubblicare¹⁹⁵. Il segreto invocato dal governo non è sempre volto a tutelare interessi comuni fondamentali: esso serve a volte “per coprire errori, per promuovere interessi di parte, addirittura per nuocere ad altri uffici e settori del governo, o all'elettorato”¹⁹⁶.

Pur dopo queste doverose osservazioni, sembra che le Corti abbiano privilegiato il diritto della stampa, che dovrebbe coincidere con il versante del diritto ad essere informati che caratterizza una matura società democratica. Henkin insiste sulla dicotomia libertà *versus* autorità: gli amici della libertà sono caldamente inclini ad ogni decisione che favorisce la libertà contro l'autorità, anche contro il governo rappresentativo. Lo studioso della Costituzione richiede qualcosa di più, un accomodamento che funzioni fra diversi valori confliggenti, che sia raggiunto e ragionevolmente giustificato”¹⁹⁷. Ancor più importante sarebbe la scarsa motivazione in *New York Times Co. v. United States*, che non chiarisce i criteri di come il governo possa e debba decidere sulla segretezza o meno di un documento, lasciando così, in assenza di direttive specifiche del Congresso (molto è lasciato ancora al dettato dell'*Espionage Act* del 1917), troppa discrezione al Giudice. Un punto che dopo questa sentenza è chiaro è che il Primo Emendamento si estende al di là della sfera governativa, riguardando anche i rapporti fra questa ed il settore privato¹⁹⁸.

Resta il fatto che la Corte Suprema ha ordinato nel caso di specie “una competizione indisciplinata fra la stampa, il cui compito è la libertà d'informazione e la cui ambizione è collegata ad esso, ed il governo, la cui necessità è spesso il riserbo sulle decisioni da prendere, che i suoi dipendenti ambiscono a soddisfare”¹⁹⁹.

Dopo quarantasei anni da *New York Times Co. v. United States* la posizione della Corte Suprema sulla questione non è cambiata, mentre molto diverso è il mondo dell'informazione, la cui realtà più variegata, insieme ai mutati e mutevoli rapporti di geopolitica, consiglia un approccio globale diverso, di cui anche la Corte Suprema ne deve tenere conto. Si vedrà nell'ultimo paragrafo sugli USA che la posizione di “democrazia olistica” da me indicata, debitrice soprattutto delle posizioni di Cass R. Sunstein e Jeremy Waldron, non sembra essere quella scelta dalla Corte Suprema.

La vicenda di Ellsberg che dette origine alla sentenza *New York Times Co. v. United States* offre lo spunto per citare due fenomeni che partecipano entrambi della rivelazione di segreti, ma che divergono in quanto a spirito che informa i protagonisti: il *whistleblowing*²⁰⁰ e il *leaking*²⁰¹,

¹⁹³ *New York Times Co. v. United States*, 443 U.S. 742 (1971) (Marshall, J., dissenting).

¹⁹⁴ DAVID O'BRIEN, *The Public's Right to Know*, cit., 17.

¹⁹⁵ LOUIS HENKIN, *The right to know and the duty to withhold*, cit., 273.

¹⁹⁶ *Ibidem*, 275-276.

¹⁹⁷ *Ibidem*, 278.

¹⁹⁸ ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, cit., 87, il quale, nella sua ricostruzione delle radici della disciplina del Primo Emendamento, ricorda che l'originaria concezione di Madison della separazione e della diffusione dei poteri, necessaria a ricostruire l'evoluzione dell'istituto della libertà di espressione, era meramente intragovernativa.

¹⁹⁹ ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, cit., 87.

²⁰⁰ JANET NEAR – MARCIA MICELI, *Whistle-blowing: ç Myth and Reality*, in *Journal of Management*, vol. 22, issue 3, 1996, 507-526.

²⁰¹ YOCHAI BENKLER, *A Free Irresponsible Press: Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth*

esemplificato quest'ultimo dal noto personaggio Eric Snowden. Il primo corrisponderebbe ad un atteggiamento nobile ed il secondo invece nefasto²⁰².

La sentenza *Alvarez*, del 2012, tratta del caso più puro di bugia, una bugia autobiografica con risvolti anche comici. Presso un circolo nautico di Claremont, California, Xavier Alvarez, un socio di esso, si vantò, mentendo, di essere un *marine* in congedo e di avere ricevuto la prestigiosa onorificenza della Medaglia d'onore del Congresso. Non si trattava di esagerazioni su un fondo di verità, erano invenzioni belle e buone; del resto Alvarez non era nuovo a millantare falsità, essendosi nel corso degli anni dipinto come veterano del Vietnam, un membro, risultato ferito, della squadra che liberò con successo (!) l'ambasciatore degli USA in Iran, un agente di polizia, ed un giocatore professionista di hockey²⁰³. Egli fu condannato, ai sensi dello *Stolen Valor Act*, ad una multa di 5.000 dollari, a 400 ore di servizio sociale, tre anni di prova, ed a dover sottostare a continui test anti-droga. Alvarez fece causa sostenendo che lo *Stolen Valor Act* violava il Primo Emendamento, e gli fu data ragione sia dai Tribunali di merito della California che dalla Corte Suprema.

Lo *Stolen Valor Act*, che non rappresentava "l'epitome della legislazione bene redatta"²⁰⁴, non specificava particolari importanti sul suo mancato rispetto, quali il riferimento al luogo della presunta infrazione, ma d'altro canto prevedeva pene sproporzionate per alcune fattispecie di persone titolari di onori e cariche. Sarebbe probabilmente bastata "una legge redatta con più cura, con moderate sanzioni pecuniarie o di natura civile per la sua violazione"²⁰⁵.

Ancora più importante è il particolare della mancanza di neutralità del contenuto della legge incriminata: infatti la legge puniva false rappresentazioni relative al servizio militare onorevole, ma lasciava immuni false rappresentazioni concernenti il servizio militare disonorevole, come anche a proposito delle organizzazioni per la pace e gli attivisti contro la guerra e gli obiettori di coscienza²⁰⁶. La decisione si traduce in una certa protezione costituzionale delle bugie, con il motivo del divieto della discriminazione sul contenuto, "un anatema del Primo Emendamento che provoca scetticismo ed il più alto standard di scrutinio"²⁰⁷.

6. Altre questioni trattate dalle Corte Suprema e dalle Corti di merito. I temi non risolti.

Come si è visto nelle precedenti pagine, sono molteplici gli ambiti toccati dalla Corte Suprema relativamente al Primo Emendamento. In questo paragrafo finale sugli USA saranno in breve analizzati casi su altre materie più o meno fondamentali per la convivenza, privilegiando sentenze di questo millennio; il discorso coincide in buona parte con quello delle questioni ritenute irrisolte che la Corte Suprema ha per ora deciso in modo per molti discutibile e che dovrà di nuovo decidere in futuro.

Un ambito su cui la Corte Suprema si è trovata recentemente ad esprimersi è quello delle proteste degli anti-abortisti davanti alle cliniche dove vengono praticati gli aborti. Il caso *Mc Cullen v. Coakley*²⁰⁸ dichiara l'applicabilità del Primo Emendamento nei casi citati, permettendo una legislazione che contemperi il diritto alla riservatezza²⁰⁹ delle donne che si recano per un consulto o

Estate, in *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, n. 46, 2011, 311-397.

²⁰² TIMOTHY GARTON ASH, *Free Speech*, cit., 340, scrive che "abbiamo chiaramente bisogno di più nobili *whistleblowers* e di meno malvagi spioni (traduzione libera di "*leakers*", che significa chi fa trapelare qualcosa)".

²⁰³ SEANA VALENTINE SHIFFRIN, *Speech Matters. On Lying, Morality, and the Law*, cit., 120 e ss.

²⁰⁴ *Ibidem*, 122.

²⁰⁵ *Ibidem*, 123.

²⁰⁶ *Ibidem*, 124.

²⁰⁷ *Ibidem*, 125, dove, nelle pagine successive, si formula una teoria critica del fatto che il diritto di mentire abbia in molti casi la stessa protezione costituzionale della verità, più funzionale allo sviluppo democratico attraverso il "mercato delle idee".

²⁰⁸ *McCullen v. Coakley*, 134 U.S. (2014).

²⁰⁹ Il primo articolo che tratta dell'articolo alla riservatezza è l'ormai storico SAMUEL WARREN – LOUIS BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, n. 4, 1890, 193-220. Legato al diritto alla riservatezza è anche il caso *Stanley v. Georgia* [394 U.S. 557 (1969)], nel quale la Corte Suprema annullò una legge della Georgia che puniva il possesso di

per l'aborto nelle cliniche con la libertà di manifestazione del pensiero: le norme devono essere “*narrowly tailored*” per limitare quest'ultima, e vi è chi propone questo modello molto aperto verso la libertà di espressione anche per i casi di proteste durante i funerali²¹⁰.

Un tema molto importante con il quale si è “incrociato” (o scontrato) il Primo Emendamento è quello del *copyright*, al quale sono dedicate numerosi scritti di alto livello dottrinale (con indubbi risvolti pratici, come la materia richiede), che qui saranno in parte citati, e che riceveranno una minima parte dell'attenzione che la questione merita.

I principi del Primo Emendamento e le regole del diritto della proprietà intellettuale, *copyright* e *trademark*²¹¹, sono spesso entrati fra di loro in conflitto, e la giurisprudenza della Corte Suprema, come anche approfonditi saggi dottrinali, si sono espressi sul tema. “Quello protetto contro il governo è il discorso del Primo Emendamento, e quello protetto dal governo è la proprietà intellettuale”²¹². La descritta situazione, come detto, può generare tensioni: in particolare, la pretesa del governo per regolare il diritto d'autore non può spingersi fino a negare le basi dei principi che emanano dal Primo Emendamento, ma, viceversa, è anche vero che questi non possono estendersi sino a negare le necessità che il governo giustifica per regolare *copyright* e *trademark*.

Secondo parte della dottrina, è normale pensare che il discorso non appartiene a nessuno: la libertà di espressione, in quanto diritto e libertà civile, farebbe parte delle “regole di eguaglianza”, molto importanti per determinare la sfera di autonomia entro la quale ognuno vive²¹³, regole che riguardano più l'individuo come tale che in quanto facente parte di un gruppo, e, *a fortiori*, molto più del diritto dei gruppi in quanto tali (quanto detto non deve peraltro essere confuso con il complesso discorso del diritto di espressione che spetta alle persone giuridiche). Però di solito le Corti rigettano le motivazioni basate sul Primo Emendamento nella cause di *copyright*²¹⁴: “il *free speech* non appartiene a nessuno, ma il *copyrighted speech* appartiene a qualcuno”²¹⁵, secondo quanto già enunciato negli ormai risalenti ma sempre importanti lavori di Robert Denicola e Melville Nimmer, nei quali si insiste sulla natura già autosufficiente del *copyright* a garantire la libera espressione²¹⁶.

Le due teorie fondamentali sul rapporto fra diritti della proprietà intellettuale e diritti del Primo Emendamento sono quella della dicotomia “idea/espressione” e quella “dell'uso corretto” (“*fair use*”). Secondo la prima, “solo l'espressione può ricevere il diritto d'autore, non l'idea, il procedimento, o gli altri principi generali che sottintendono l'espressione”²¹⁷. Di solito, il Primo

materiale osceno all'interno della propria casa. In quest'occasione la Corte unisce alla garanzia “assoluta” del Primo Emendamento sulla libertà di pensiero il diritto alla privacy. Essa accetta il punto di vista di Stanley, che faceva valere la libertà “di soddisfare i suoi bisogni intellettuali ed emotivi nel privato della propria casa”. Una disposizione che punisce un tale comportamento, dichiarò Marshall, è “del tutto incompatibile con la filosofia del Primo Emendamento”: “la nostra intera eredità costituzionale si ribella al pensiero di dare al governo il potere di controllare le menti degli uomini”. La stessa dottrina si trova tre anni dopo, appunto, in *Mosley*, dove si nega al governo il diritto di controllare il pensiero od il suo contenuto: v. STEVAN J. HEYMAN, *Spheres of autonomy*, cit., 656.

²¹⁰ DEREK Goff, *New Life in the First Amendment: Funeral Protest Statutes After Mc Cullen v. Coakley*, in *Dartmouth Law Journal*, vol. 14, 1, 2016, 4-37.

²¹¹ L'autrice che più si dedica a questa intricata ma importantissima sezione della libertà di espressione, in contatto con il Diritto commerciale, è REBECCA TUSHNET. Di essa si possono citare, fra i numerosi articoli che coprono diversi aspetti del citato incontro/scontro, *Copyright as a Model for Free Speech Law: What Copyright has in Common with Anti-pornography Laws, Campaign Finance Reform, and Telecommunications Regulation*, in *Boston College Law Review*, vol. 42, 2000, 1-79; *Trademark Law as Commercial Speech Regulation*, in *South Carolina Law Review*, n. 58, 2007, 737-756; *The First Amendment Walks into a Bar: Trademark Registration and Free Speech*, in *Notre Dame Law Review*, n. 92, vol. 1, 2016, 381-425.

²¹² REBECCA TUSHNET, *Copyright as a Model for Free Speech Law*, cit., 1.

²¹³ GARY GOODPASTER, *Equality and Free Speech: The Case Against Substantive Equality*, in *Iowa Law Review*, n. 82, 1997, 674.

²¹⁴ Si veda, ad esempio, *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751, 758 (9th Cih 1978) (“Il motivo addotto dal ricorrente sul Primo Emendamento può essere rigettato senza una lunga discussione”).

²¹⁵ REBECCA TUSHNET, *Copyright as a Model for Free Speech Law*, cit., 6.

²¹⁶ ROBERT DENICOLA, *Copyright and Free Speech: Constitutional Limitations on the Protection of Expression*, in *California Law Review*, n. 67, 1979, 283, 289-99; MELVILLE B. NIMMER, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, in *UCLA Law Review*, n. 17, 1970, 1180, 1190.

²¹⁷ REBECCA TUSHNET, *Copyright as a Model for Free Speech Law*, cit., 7.

Emendamento protegge non solamente l'espressione originale di chi l'ha creata, ma anche quella di chi la ripete, di chi l'ha "copiata": "il discorso non è garantito solo per la persona bene istruita, con i dizionari sulla punta delle dita, o al creativo"²¹⁸, ma anche a chi ripete un discorso non suo.

Per quello che riguarda il "fair use", il "Copyright Use" del 1976 codificò quanto definito in precedenza dalle Corti, che consiste in quattro motivi per i quali esso può essere invocato: la natura del lavoro copiato, la finalità e la natura dell'uso, incluso se sia o non sia commerciale, la misura e la sostanza dell'uso che si fa della parte copiata in relazione all'intero lavoro, e le conseguenze di questo sul mercato²¹⁹. Il criterio del "fair use" è peraltro molto vago²²⁰, ed è servito a proteggere di più con il diritto d'autore i lavori di fantasia piuttosto che quelli legati a fatti concreti, in chiara osservanza della teoria di Meiklejohn che privilegia il dibattito che irrobustisce e nutre la democrazia²²¹. Il "fair use" favorisce anche la critica e la parodia²²², come si è visto nel caso *Falwell*, nel quale la società Campari, il cui spot originale era stato oggetto della feroce parodia di Larry Flynt, non si era attivata in difesa dei propri interessi.

Un argomento molto forte, spesso invocato dai ricorrenti, che renderebbe vani i ragionamenti "sull'idea/espressione" ed il *fair use*, consiste nel ridurre il discorso a mera proprietà²²³. Il fatto che ogni interesse possa essere riconcettualizzato come un interesse legato alla proprietà pone molti problemi rispetto alle teorie del Primo Emendamento²²⁴. Come non si può usare il Primo Emendamento per diminuire i diritti del *copyright*, così parallelamente non si può invocare quest'ultimo per svilire la libertà di espressione. Occorre un'analisi caso per caso sulla base dei molti principi già analizzati sul *free speech* temperati da uno stretto scrutinio dei principi del *copyright*.

L'idea di base, sostenuta dalla dottrina dominante²²⁵, è quella che il *copyright* è utile, attraverso la regolamentazione, a propagare la libertà di espressione. Come stabilisce la sentenza della Corte Suprema *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, del 1985, "I Costituenti concepirono il diritto d'autore come motore della libera espressione. Stabilendo un diritto di mercato per usare l'espressione di qualcuno, il diritto d'autore fornisce l'incentivo economico per creare e disseminare le idee"²²⁶. La teoria del "motore della libera espressione" comporta che entrambe le parti ricevano protezione dal Primo Emendamento: sia l'attore, che vigila sul corretto uso della sua produzione intellettuale, che del convenuto, che fa invece valere il suo diritto ad essere informato²²⁷. Contro le pretese degli assolutisti del Primo Emendamento, Rebecca Tushnet ricorda che sono molti i limiti posti ad esso da altri principi (come per lo *hate speech*), che non sono quelli del *copyright*, che dunque non è una "anomalia costituzionale"²²⁸.

Un caso emblematico sul *trademark* è *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. U.S. Olympic Committee ("SFAA")* del 1987²²⁹: con esso la Corte confermò una legge che conferiva al Comitato Olimpico degli USA l'autorità di sopprimere l'uso non autorizzato, commerciale o non commerciale,

²¹⁸ *Ibidem*, 16. Però la stessa sottolinea, 49, che "il *copyright* favorisce l'espressione che assomiglia al genio creativo: più lontano un autore va da quello che è stato fatto prima, maggiore protezione otterrà". È giustificato dunque il *favor* per la creazione, per l'originalità.

²¹⁹ *Ibidem*, 22.

²²⁰ V. PIERRE N. LEVAL, *Toward a Fair Use Standard*, in *Harvard Law Review*, n.103, 1990, 1105-1107.

²²¹ V. *supra*, nota 96.

²²² REBECCA TUSHNET, *Copyright as a Model for Free Speech Law*, cit., 26.

²²³ V. JULIE E. COHEN, *A Right To Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace*, in *Connecticut Law Review*, n. 28, 1996, 981 e ss.

²²⁴ EUGENE VOLOKH - BRETT MCDONNELL, *Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases*, in *Duke Law Journal*, n. 48, 1998, 147.

²²⁵ Ma si veda la brillante opposta teoria di MICHELE BOLDRIN – DAVID K. LEVINE, *Abolire la proprietà intellettuale*, Bari, Laterza, 2012 (originale *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge University Press, 2010), il cui sottotitolo già spiega la radicale posizione degli autori: "Copyright e brevetti costituiscono un male inutile perché non generano maggiore innovazione ma solo ostacoli alla diffusione di nuove idee".

²²⁶ *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* U.S. 539, 558 (1985).

²²⁷ REBECCA TUSHNET, *Copyright as a Model for Free Speech Law*, cit., 37.

²²⁸ *Ibidem*, 37 e ss.

²²⁹ *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. U.S. Olympic Committee ("SFAA")* U.S. 483 U.S. (1987).

ma “promozionale”, di simboli “Olimpici”, superando gli obblighi della legge sui marchi. Ancor più oggi, alla luce di quanto stabilito da *Alvarez*, Rebecca Tushnet trova inspiegabile la decisione, dato che trattava la legge come “*content neutral*” quando invece si riferiva a simboli specifici²³⁰. Vi sarebbe dunque una giurisprudenza “zombie” sul Primo Emendamento, entro la quale “il discorso, i soldi, e l’elaborazione delle informazioni sono equivalenti, ed il discorso che promuove gli interessi economici riceve la protezione più forte di tutte”²³¹. La questione è legata a quello che è stato definito “l’opportuno e l’espansionismo del Primo Emendamento” che è spesso invocato per giustificare pretese di attori della più svariata natura, fra i quali “attori porno, artisti del tatuaggio, condannati all’esecuzione capitale, ed interessi aziendali che vanno dal piccolo laboratorio fotografico ai sindacati dei commercianti di carne alle manifatture tabacchi alle compagnie farmaceutiche”²³².

Uno dei casi più recenti decisi dalla Corte Suprema è *Matal v. Tam*, del 20 giugno 2017²³³, che dichiara incostituzionale alcune disposizioni dello *Lanham Act*, del 1946, che regola il *trademark*, ponendo alcuni limiti alla scelta di denominazioni, come quelle dispregiative. Il caso nasce dal gruppo rock, composto da cittadini statunitensi di origine asiatica *The Slants*, termine dispregiativo per gli asiatici (“*slanty eyed*”, “persona dagli occhi obliqui”), che fu rifiutato per la registrazione dallo *U.S. Patent and Trademark Office (PTO)*. Il leader del gruppo, Simon Tam, fece ricorso contro la decisione e la Corte Suprema, nel citato caso, con la relazione di maggioranza di Samuel Alito, ha dato ragione al ricorrente, dichiarando incostituzionale la “*disparaging provision*” del *Lanham Act*, la quale è considerata troppo generica e dunque colpisce anche marchi che non possono essere sospettati di portare disprezzo verso persone, gruppi od istituzioni. La sentenza risolve anche la questione della minore protezione di cui godrebbe il discorso commerciale, sostenendo che “il mercato commerciale è ben equipaggiato di mercanzie che disprezzano prominenti persone o gruppi”, e del resto “il confine fra discorso commerciale e non commerciale non è sempre chiaro, come questo caso illustra”²³⁴.

Nell’ultimo caso citato la Corte Suprema ha privilegiato il diritto di espressione sul preteso diritto di non vedere lesa la propria dignità con un epiteto razzista. Può aver avuto un certo peso il fatto che si trattava di un’ironia (simile dunque alla satira) rivolta verso se stessi, essendo Tam e gli altri componenti della band asiatici²³⁵. L’intenzione dell’uso del termine incriminato era quello di “riscattare” l’offesa, annullandone quindi la portata razzista e discriminatoria. Rileva comunque il fatto che le leggi sulla proprietà intellettuale riescono a frenare il Primo Emendamento solo quando toccano interessi economici precisi, il che non era il caso di *Matal v. Tam*. In genere, “una volta che una regolamentazione economica è esposta al moderno Primo Emendamento, questa regolamentazione può avere delle difficoltà a sopravvivere, non importa quanto sia sensibile”²³⁶.

Il discorso sui punti irrisolti del Primo Emendamento sarà ripreso nel paragrafo su Internet, relativo sia agli USA che alla Francia, ed in sede di conclusioni. I prossimi paragrafi riguardano l’altro storico ed importante ordinamento scelto per questo saggio, la Francia.

7. La libertà di satira e di espressione in Francia. Le basi storiche.

²³⁰ REBECCA TUSHNET, *The First Amendment Walks into a Bar*, cit., 385.

²³¹ JULIE E. COHEN, *The Zombie First Amendment*, in *William and Mary Law Review*, n. 56, issue 4, 2014/2015, 1120.

²³² LESLIE KENDRICK, *First Amendment Expansionism*, in *William and Mary Law Review*, n. 56, issue 4, 2014/2015, 1200.

²³³ *Matal v. Tam*, 582 U.S. (2017).

²³⁴ *Matal v. Tam*, 582 U.S. 20 (2017).

²³⁵ Un noto caso riguarda la squadra di football di Washington, che ha dovuto eliminare il suo storico nome “Redskins” perché ritenuto offensivo nei confronti dei Nativi Americani, in seguito ad una decisione del *Trademark Trial and Appeal Board (TTAB)* dello *United States Patent and Trademark Office (USPTO)* del 2014.. Secondo alcuni osservatori il precedente di *Tam v. Matal* potrebbe avere influenza sulla questione “Redskins”, permettendo la reintegrazione del nome ritenuto *disparaging*

²³⁶ REBECCA TUSHNET, *The First Amendment Walks into a Bar*, cit., 424.

L'argomento della libertà di satira, e *amplius* della libertà di espressione, è da secoli centrale in Francia²³⁷, patria di Cartesio, di Voltaire, ma anche dei re taumaturghi e cristiani²³⁸, delle leggi repressive dell'*Ancien Régime* e della codificazione napoleonica, punto di approdo delle idee illuministe e della Rivoluzione francese. L'assassinio dei dodici caricaturisti e collaboratori della rivista satirica *Charlie Hebdo* avvenuto il 7 gennaio 2015, che si iscrive in una scia di attentati che hanno avuto il loro culmine al *Bataclan* di Parigi il 13 novembre 2015 ed a Nizza sulla *Promenade des Anglais* il 14 luglio 2016, sono l'inevitabile sfondo con il quale anche il giurista deve confrontarsi.

Trattare del diritto alla satira in Francia comporta quindi, oltre che analizzare in generale la libertà di espressione, collegarla a questioni fondamentali come la laicità dello Stato ed il rapporto con la religione²³⁹, il discorso razzista, oltre che alle problematiche relative alla proprietà intellettuale ed al tema ineludibile della lotta al terrorismo. È soprattutto la giurisprudenza che compie la necessaria operazione di contemperamento dei diversi interessi, dunque anche nel paese dell'esaltazione del potere legislativo di fronte agli altri poteri essa riveste un ruolo centrale: questo non deve stupire, ma dimostra come, nel caso di una materia trasversale, che tocca vari aspetti, fra l'altro sia di diritto privato che di diritto pubblico, non possa che competere al giudice la parola decisiva. In una società dove si mescolano delle persone di origini e religioni molto diverse, con dei conflitti fra le comunità ed all'interno di esse, “è molto difficile per il giudice tracciare i limiti del diritto allo humour in materia di reati legati alla razza”²⁴⁰.

Ferma restando la sempre maggiore rilevanza della giurisprudenza in Francia, conviene iniziare l'analisi dell'argomento della libertà di satira e di espressione dalle fonti normative di essa. La libertà di espressione in Francia è solennemente stabilita dall'art. 10 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che fanno parte del blocco di costituzionalità, non esistendo nella Costituzione francese del 1958, come pure in quella della Quarta Repubblica del 1946, alcuna sezione specifica riguardante i diritti e le libertà fondamentali. Questo particolare non comporta particolari conseguenze sul lato pratico in confronto ad altri ordinamenti la cui disciplina dei diritti fondamentali è iscritta negli (di solito primi) articoli del testo costituzionale, atteggiandosi nello stesso modo: vale a dire una scelta di porre al centro una libertà che è spia della più o meno raggiunta maturità di un sistema democratico. Se però il nucleo duro della libertà di espressione è simile in tutti i paesi di tradizione occidentale (ed ancor più in quelli che aderiscono alla CEDU), vi sono delle differenze che contraddicono il processo di uniformizzazione dei diritti dell'uomo, anche in Europa²⁴¹. Francia e USA, pur partecipando della stessa tradizione giuridica democratica (pur declinata secondo le diverse strade della *Civil Law* e della *Common Law*), ed anche di una parallela vicenda rivoluzionaria, hanno alcune importanti differenze, che riflettono un atteggiamento diverso nei confronti del sentimento religioso, che influisce sull'ampiezza del diritto alla satira, un po' meno intoccabile negli USA che in Francia.

L'art. 10 della Dichiarazione recita che “Nessuno deve essere molestato per le sue opinioni, anche religiose, purché la manifestazione di esse non turbi l'ordine pubblico stabilito dalla Legge”. Per quel che riguarda in particolare la satira, prima della svolta data dalla Rivoluzione con la citata norma sulla libertà di espressione, vigevo in Francia dell'assolutismo monarchico un regime di sfavore, come è naturale; l'ordinanza di Carlo IX del 1563 prevedeva che l'autore di ogni disegno pubblicato non

²³⁷ FREDERIC GRAS, *La tradition française des caricatures*, in *LegiCom. Liberté d'expression et religion. Le point sur le droit applicable après les attentats de Charlie Hebdo*, n. 55, 2015, 17-27.

²³⁸ MARC BLOCH, *I Re taumaturghi*, Torino, Einaudi, 2016 (originale *Les Rois thaumaturges*, Paris, Gallimard, 1924).

²³⁹ La blasfemia, una volta etichettata come peccato, oggi è reato solo in casi estremi: Jacques de Saint-Victor, *Blasphème. Brève histoire d'un "crime imaginaire"*, Paris, Gallimard, 2016.

²⁴⁰ ANNE MARIE SAUTERAUD, *Racisme et humour*, in *Legicom. Y a-t-il des abus licites de la liberté d'expression*, n. 54, 2015, 43.

²⁴¹ Già prima della Brexit vi era la tendenza nello UK, negli ultimi anni, di basare la protezione dei diritti fondamentali insistendo sulla *Common Law* piuttosto che sulla giurisprudenza della CEDU: per questo fenomeno riferito alla Scozia v. GIOVANNI POGGESCHI, *I diritti fondamentali in Scozia fra lo Human Rights Act e lo Scotland Act: cosa cambierà nella Scozia post-referendaria?*, in ALESSANDRO TORRE (a cura di), *Il Regno è ancora unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, Rimini, Maggioli, 2016, 451-463.

sottoposto all'approvazione reale dovesse essere condannato ad essere “impiccato e strangolato”²⁴².

La caricatura (in francese *caricature*, parola che deriva dalla corrispondente italiana, a sua volta procedente dal verbo “caricare”²⁴³) fu definita in Francia più di un secolo fa da Henri Fougerol come “la riproduzione grottesca di una fisionomia da parte delle arti figurative”, e lo stesso autore si sentiva in dovere di aggiungere che “la legge è una persona austera, che non conosce i privilegi del ridere”²⁴⁴.

La legge del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa segna un altro momento fondamentale nella storia del diritto francese e della libertà di espressione in particolare. La realtà mostra che, nonostante queste due fonti in teoria favorevoli alla libertà di satira, molti sono stati gli ostacoli per il pieno esercizio di essa, sia prima della promulgazione della legge del 1881 che con essa vigente. Il faticoso percorso verso il rispetto della libertà di espressione e del diritto di satira trovava ostacoli non solo in una concezione illiberale della legge, ma anche in principi che promanavano da una concezione particolare delle idee liberali, come quella del diritto all'immagine, espressione di un diritto della personalità. Così una sentenza del Tribunale della Senna del 20 giugno 1884 dichiarava che “ognuno ha il diritto di impedire la pubblicazione del suo ritratto anche se questo è stato fatto disegnando i connotati senza intenzione malevola, per il solo fatto che non è stata ottenuto il permesso preventivo”²⁴⁵. La tolleranza verso la libertà di satira e di caricatura è nel tempo prevalsa, ma in molti casi nei quali l'immagine riveste un valore commerciale, le limitazioni all'attività dell'umorista/caricaturista permangono²⁴⁶.

Alexandre Dumas fu protagonista di un caso nel 1884. Il celebre scrittore si opponeva all'esibizione di un quadro che lo raffigurava con evidente mostra di antisemitismo. Si trattava di una presa in giro del fatto che Dumas, dopo aver incaricato il pittore Jacquet di fare il suo ritratto, lo rivendette subito dopo. Per ripicca il pittore lo ritrasse vestito da ebreo di Bagdad, sottolineandone così, secondo l'immagine spregevole dell'ebreo attaccato ai soldi (alla quale non fu estraneo neanche William Shakespeare nel *Mercante di Venezia*), l'aspetto meschino e venale. Il Tribunale della Senna²⁴⁷, tralasciando che la rappresentazione offensiva poteva costituire un innocente scherzo²⁴⁸, ritenne che “la persona che un pittore ritrae in un quadro ha il diritto di protestare, anche se si è servito dei suoi connotati senza alcuna intenzione malevola, solo perché non è stata ottenuta la sua autorizzazione: tanto più è così quando l'artista ha manifestamente ceduto ad un pensiero denigratorio; specialmente colui che è stato rappresentato con il titolo di *Marchand juif* (mercante ebreo), vestito di un caffettano e che gestisce un bazar orientale, può impedire che il quadro non sia destinato ad essere pubblico”. Un punto di vista dottrinale di quasi due decenni dopo sembra completare il riportato ragionamento, in chiave più moderna e rispettosa del diritto di satira: “Se si riconosce a ciascuno di noi un diritto alla sua immagine, è perché è di interesse generale salvaguardare l'onore e la dignità della persona umana, e che solo l'interessato è in grado di apprezzare a quali condizioni egli intende sottostare al pubblico giudizio; ma queste ragioni non valgono più quando lo stesso modello ha alienato, in qualche modo, la sua personalità a profitto di quello stesso pubblico. Funziona così principalmente per i notabili pubblici e gli artisti drammatici. Queste persone hanno per così dire due vite ben distinte: una privata e una pubblica. Quale sia la notorietà della loro vita privata, questa deve essere rispettata come quella di ogni cittadino, poiché al di fuori dell'esercizio delle loro funzioni, il pubblico non ha alcun diritto di controllo su di essa”²⁴⁹.

Già nel 1900 Gairal scriveva che non dovevano prestare il consenso alla riproduzione della loro immagine le personalità che a causa della loro condizione rivestivano un ruolo pubblico e rilevante;

²⁴² FREDERIC GRAS, *La tradition française de protection des caricatures*, cit., 19.

²⁴³ *Ibidem*, 18, il che significa che essa “è una carica: E come ogni carica, essa comporta delle vittime, la qual cosa pone immediatamente nel terreno del diritto la questione della riparazione, secondo il principio classico del diritto civile”.

²⁴⁴ HENRI FOUGEROL, *La Figure humaine et le Droit*, Paris, Rousseau, 1913, rispettivamente 137 e 146.

²⁴⁵ Tratto da *ibidem*, 21.

²⁴⁶ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 241 e ss.

²⁴⁷ Civ. Seine, 20 juin 1884, *Ann. ProInd.*, 1888, 280.

²⁴⁸ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 359.

²⁴⁹ *Ibidem*, 359-360, il quale, alla nota 18 di 360 cita alcune sentenze che si erano espresse in parte nel senso indicato, dal 1858 al 1905.

così per gli uomini politici, i sovrani ed i capi di Stato²⁵⁰.

La giurisprudenza si è poi nel corso dello scorso secolo espressa in varie occasioni sul diritto alla satira, assumendo posizioni anche contraddittorie. Soprattutto sino alla sentenza del luglio 2000 della Corte di Cassazione, che sarà analizzata in seguito, essa si è mostrata abbastanza restrittiva relativamente al suo esercizio. In particolare la stessa Cassazione aveva espresso, prima della citata sentenza, un'interpretazione restrittiva, mentre più spesso erano state le giurisdizioni di merito a mostrare un atteggiamento più aperto.

8. Il diritto di satira nella Quarta e Quinta Repubblica sino ad oggi. L'influenza della giurisprudenza della CEDU. *Charlie Hebdo* ed il terrorismo islamico.

Un limite alla libertà di espressione in Francia è dato dall'art. 1382 del Codice civile, relativo al danno civile. In seguito alla riforma del novembre 2016 adesso è l'art. 1240. È questo uno dei temi centrali che merita attenzione in quest'articolo. L'articolo che disciplina la questione del *neminem laedere*, statuisce che “qualsiasi fatto umano, che causi un danno ad altri, obbliga colui che ha la colpa di questo fatto, a riparare quel danno” («*tout fait quelconque de l'homme, qui cause un dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*»). Gli interpreti, sia dottrinali che giurisprudenziali, sono divisi sin dagli anni trenta fra chi propone una definizione limitata degli abusi del diritto di espressione, che necessita di una norma speciale, e chi invece ritiene che “la responsabilità civile ha vocazione ad essere applicata in tutte le materie, compreso l'ambito dell'espressione pubblica, il che permetterebbe al giudice di emanare delle norme di comportamento e di definire lui stesso gli abusi suscettibili di caratterizzare gli illeciti”²⁵¹. Il dibattito tocca anche la problematica della natura sostitutiva od invece meramente integrativa dell'art. 1382²⁵².

Nel 1992, la Corte d'Appello di Parigi stabiliva che, trattandosi di un giornale satirico il cui scopo è divertire i lettori, “l'insolenza e lo scherno che usa per riuscire a ciò (il divertimento, n.d.a.) non possono permettere l'applicazione dell'articolo 1382 del Codice Civile che quando il superamento di questo limite costituisce un abuso tale da danneggiare i diritti fondamentali della persona colpita”²⁵³. Vi sarebbe dunque “una certa benevolenza del giudice che sa riconoscere la legittimità del fine perseguito dal buffone (il suo ruolo sociale)”²⁵⁴.

Nel citato caso la principessa Carolina di Monaco era stata oggetto di una presa in giro da parte di *Charlie Hebdo* relativamente all'annullamento religioso del suo matrimonio, espressa con una salace vignetta, che raffigurava cinque prelati che osservavano con concupiscenza il sesso deforme ed ostentato della donna sdraiata su di un letto medico. Il *Tribunal de Grande Instance* di Parigi (d'ora in avanti TGI), che si trovò a decidere su una denuncia per diffamazione ed ingiuria, sottolinea il “carattere inverosimile e che esclude il tono serio del disegno [...], troppo fantasioso per presentare una credibilità sufficiente e dunque recare oltraggio alla ricorrente”. Dunque la vignetta “non eccede i limiti tollerati in materia; l'indecenza volgarmente provocatrice e l'irriverenza sarcastica con la quale *Charlie Hebdo* ha trattato un argomento che faceva parte dell'attualità del momento su un tono e con uno stile sul cui buon gusto l'apprezzamento di ognuno resta libero, non possono essere percepiti senza tener conto della vocazione apertamente satirica ed umoristica di questa rivista, che permette delle esagerazioni, delle deformazioni e delle presentazioni gravemente ironiche”²⁵⁵.

L'umorista ha dunque un'ampia libertà, non è tenuto a rispettare la verità dei semplici avvenimenti, e questo è tipico della sua stessa missione; deve solamente conformarsi alle “leggi

²⁵⁰ Tratto da BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 361-362.

²⁵¹ CHRISTOPHE BIGOT, *Blasphème, respect des croyances et liberté d'expression: l'impasse de l'article 1382 du Code Civil*, cit., 60.

²⁵² *Ibidem*, dove alla nota 1 si citano i numerosi lavori della dottrina che toccano i due diversi punti menzionati, ed anche il conseguente dibattito sulla natura sostitutiva od invece solamente integrativa dell'art. 1382.

²⁵³ CA Paris, 1ere ch. A, 18 février 1992, *D.* 1992, IR, 141.

²⁵⁴ EMMANUEL DREYER, *Responsabilité civile et pénale des médias*, Paris, Litec, 2eme ed., 2008, 276.

²⁵⁵ TGI Paris, 3 mars 1993, *Légipresse*, 1994, n° 108, II, 10.

speciali della materia (*lois du genre*) od alle consuetudini oneste, ai principi generalmente ammessi dall'opinione o dagli usi professionali". *A contrario*, al non umorista di professione è riconosciuto un margine di satira meno ampio.

In una decisione di diritto penale, la 17^a camera correzionale del TGI di Parigi, nel 1992²⁵⁶, riconobbe che l'umorismo costituisce una causa di giustificazione fino a riconoscere, "a favore degli umoristi e dei 'buffoni', [...] un diritto al non rispetto ed all'insolenza"²⁵⁷. Il TGI sottolinea alcuni punti utili ai fini dell'assoluzione del comico: fra questi il principio per cui l'analisi deve basarsi sull'insieme del discorso sospettato di costituire un reato, non solo su uno o singoli elementi di esso.

Dopo aver stabilito che non sussiste in teoria alcuna immunità prevista a favore degli umoristi o dei buffoni, il TGI si sente in dovere di aggiungere che esiste però "una reale tolleranza, decretata dall'uso, che deve condurre il giudice a conciliare la più ampia libertà di espressione con i diritti della personalità, in particolare il diritto all'onore ed alla considerazione delle persone considerate". Si può dunque rivendicare ed ammettere "l'esercizio di un diritto al non rispetto ed all'insolenza, in particolare in materia politica, soprattutto nelle società più democratiche ed evolute". Se dunque "non si devono ammettere, con la giustificazione della tolleranza riconosciuta, violazioni alla vita privata delle persone implicate o un'azione di denigrazione condotta per dei fini personali o partigiani, non si può, invece, esigere dall'umorista la prudenza nell'espressione del suo pensiero o l'oggettività nella sua condotta; l'eccesso è tipico della legge speciale della materia (*loi du genre*), e l'artista non è tenuto alla stessa attenzione per l'informazione esatta e di rispetto della verità alla quale è tenuto il giornalista".

Anche le giurisdizioni civili di merito, in vari casi, hanno sostenuto simili argomentazioni, ammettendo che "la satira, anche quella deliberatamente provocante e volgare, non deve essere sanzionata che in caso di minaccia ai diritti fondamentali delle persone"²⁵⁸.

I punti fermi della citata giurisprudenza francese di merito degli anni ottanta e novanta sono dunque i seguenti: innanzitutto il tono umoristico e l'intenzione di far ridere non escludono il possibile il carattere diffamatorio di una vignetta, di uno scritto o di un'espressione verbale (si pensi al mezzo radiofonico o televisivo). In secondo luogo bisogna invece considerare che l'umorista beneficia di una più ampia tolleranza rispetto agli altri per il solo fatto di volere far ridere (ma il problema si pone oggi per l'uso della rete: il semplice utente di Twitter che non è umorista di professione può invocare questa maggiore tolleranza per un *tweet* comico? Senza considerare la complicata questione di cosa debba e possa essere qualificato come comico). Infine un punto fondamentale risiede nel limite dell'intenzione malevola, nella minaccia alla vita privata o nella denigrazione condotta per dei fini personali o partigiani²⁵⁹.

La citata giurisprudenza, piuttosto favorevole alla libertà di satira, pur con gli ovvi e ragionevoli limiti indicati, si scontra invece con l'interpretazione restrittiva della *Cour de Cassation*, peraltro molto esplicita nel caso in cui ci si trovi di fronte al carattere commerciale dello sfruttamento di una caricatura, il che fa scrivere ad un commentatore che "la caricatura, come altre forme di espressione umoristica, fatica a trovare un regime giuridico chiaro e non riesce ad uscire da un giudizio puramente espresso caso per caso"²⁶⁰.

²⁵⁶ Corr. Paris (17^{ème} ch.), 9 janvier 1992, *Gaz. Pal.*, 15-16-17 mars 1992, jurispr., 185.

²⁵⁷ Riferisce BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 221, che il caso di specie riguardava dichiarazioni fatte dal comico Guy Bedos, intervistato dal giornalista Pierre Elkabbach a proposito della coalizione occidentale organizzata per combattere il dittatore dell'Irak Saddam Hussein, il quale "adesso è il diavolo, ma lo era tutto comunque anche prima ... e sembra che abbia dato soldi a parecchia gente, compreso il *Front National*". Sentendosi diffamato, il segretario del *Front National* Jean-Marie Le Pen denunciò il comico intimandogli di fornire le prove di quanto asserito. Il TGI, pur ammettendo il carattere diffamatorio delle dichiarazioni di Guy Bedos, dichiara che queste si iscrivono "nel quadro dell'esercizio normale da parte dell'accusato del suo mestiere di intrattenitore, e del suo talento di umorista", con la conseguenza che esse non superano i limiti ragionevoli della libertà di espressione di quello.

²⁵⁸ *Ibidem*, 225, dove vengono anche elencate alcune delle sentenze civili con le argomentazioni richiamate (riassunte) nel testo.

²⁵⁹ *Ibidem*, 225.

²⁶⁰ CHRISTOPHE BIGOT, *observation sous Cassation, fr.* (1^{ère} chambre civile), 13 janvier 1998, *D*, 1999, somm., 168.

Anche la giurisprudenza della Cassazione relativa alla satira fatta per mezzo di marionette era restrittiva. Il caso di specie più noto fu quello, accaduto nel 1984, quando nel corso del *Bébête Show*, un uomo politico facilmente individuabile come Jean-Marie Le Pen, era ritratto in guisa di vampiro con i baffetti di Hitler, e con un marcato accento tedesco, con il nome di *Frankenpen*. Il TGI di Parigi, dopo aver premesso che se “la caricatura, manifestazione della libertà e della critica, autorizza un autore a forzare i tratti e ad alterare la personalità di colui che essa rappresenta, ciò è a condizione di non oltrepassare il genere satirico, dovendo tuttavia la tolleranza accordata alla satira restare entro certi limiti”²⁶¹. Questo è quello che accade nel caso di specie, essendo la marionetta associata al nazismo e dunque espressione di un intollerabile turbamento. La Corte d'appello di Parigi conferma l'ordinanza, aggiungendo motivazioni ancora più severe: essa considera che “l'insieme che deriva dall'immagine tradizionale di un nemico del popolo francese e dall'immagine di un rappresentante eletto dello stesso popolo fatta con l'utilizzo di una marionetta in una trasmissione televisiva di carattere satirico, non trova il minimo accenno o apparenza di giustificazione nelle origini, nella vita, nelle posizioni o nelle idee politiche della persona considerata; si tratta evidentemente non di una caricatura – deformazione grottesca ed esagerata ma lecita di alcuni tratti ridicoli o sgradevoli di un individuo –, ma piuttosto di un'esagerazione deliberata; il turbamento manifestamente illecito così provocato – con l'intenzione di nuocere e la cattiva fede, nel quadro di una trasmissione programmata per tre mesi al ritmo di sei giorni alla settimana in un'ora di grande ascolto ed utilizzando un servizio nazionale protetto da un monopolio di Stato – causa alla vittima un pregiudizio irreparabile al quale è opportuno mettere urgentemente fine”.

Nel 1989 fu il turno di Canal + ad essere denunciato, per l'indebito utilizzo di uno spot originariamente dedicato ad una banca, che fu poi utilizzato, in chiave ridicola e con un linguaggio volgare, fingendo che lo spot fosse fatto per una banca dello sperma. L'attore professionista dello spot si riteneva leso nella sua sfera morale ed anche patrimoniale, dato che i pubblicitari e gli annunciatori suscettibili di ingaggiarlo avrebbero potuto pensare che si era prestato dietro compenso al descritto cambiamento di pubblicità”. L'argomentazione sembra eccessiva, poiché non era la persona privata dell'attore ad essere oggetto dello spot, ma il personaggio del banchiere che interpretava²⁶². Canal + si vide comunque condannata a versare 100.000 franchi in riparazione del torto subito dall'attore dello spot contraffatto.

In un altro caso del 1991²⁶³ Canal + fu condannata a pagare per danni la scrittrice Françoise Sagan, che si opponeva a che un programma umoristico fosse chiamato *Les mardis de Françoise Sagan*: il TGI dapprima aborda l'argomento dell'umorismo, ricordando che “la caricatura è uno degli aspetti della libertà di espressione riconosciuta in particolare al creatore di una trasmissione televisiva che può alterare la personalità di colui che rappresenta a condizione di non oltrepassare il genere satirico”, e dunque un personaggio pubblico non potrebbe pretendere di vedersi oggetto di derisione a meno che la sua immagine commerciale non ne esca appannata²⁶⁴. Il TGI però compie una virata notevole nel suo ragionamento, concentrandosi sul diritto al nome con le seguenti parole: “il personaggio di un'opera artistica può portare un nome che non sia immaginario a condizione però che quest'utilizzo non comporti per il titolare del nome una confusione dannosa”: di qui la condanna a Canal +. Anche questa decisione sembra eccessiva, attribuendo al nome “un diritto a tal punto così assoluto che il suo uso è sufficiente a causare il risarcimento”²⁶⁵. Viene il dubbio che i Tribunali siano particolarmente sensibili al diritto al nome quando questo comporta un utilizzo commerciale; lo stesso Bernard Mouffe ricorda che, se è vero che “il diritto al nome non prevede espressamente l'eccezione umoristica ..., ci si poneva tuttavia il problema di vedere in quale misura la versione umoristica in questione portava direttamente danno ai diritti della personalità e se questi diritti, come il diritto sui marchi od il diritto commerciale, non dovevano patire la tolleranza tradizionale dell'argomento

²⁶¹ TGI Paris (ref.), 13 septembre 1984, *D.*, 1985, IR, 16.

²⁶² BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 231.

²⁶³ TGI Paris (1ere ch. 1ere sect.), 16 janvier 1991, *Lègipresse*, 1991, 83 et III, 92.

²⁶⁴ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 232.

²⁶⁵ *Ibidem*, 232.

umoristico” (insomma, permettere che l'umorismo svolga la sua funzione, più tollerata che altre espressioni, anche nei casi a forte contenuto economico)²⁶⁶.

Nello scontro con altri valori la libertà di espressione e di satira non esce dunque sempre vittoriosa. In Francia questo accade particolarmente nei confronti del diritto d'autore, sul quale è stata prodotta una giurisprudenza piuttosto copiosa, come negli USA.

Il caso della trasmissione di Canal + *Guignols de l'Info* esemplifica perfettamente la maggiore apertura verso la libertà di satira delle giurisdizioni di merito rispetto alla Corte di Cassazione (prima della già più volte citata sentenza del 12 luglio 2000). Il caso nasce da alcuni finti spot satirici trasmessi nel corso della citata trasmissione, aventi per bersaglio la casa automobilistica *Citroën* ed il suo PDG (amministratore delegato) Jacques Calvet. Il primo *sketch* lo ritrae in panne e soccorso da un automobilista, che fugge terrorizzato una volta che si rende conto che l'uomo soccorso è un giapponese (chiara allusione alle polemiche con le case automobilistiche di quel paese, ed alla relativa concorrenza con esse). Un altro spot al quale Calvet si oppone mostra una sua immagine caricaturale in lattice che reca lo slogan “*La 106 est une petite 205, la 405 est une grosse 205, et la 605 est une grosse merde!*”. Il TGI di Parigi, il 6 aprile 1994, dichiara che la trasmissione, eminentemente umoristica e satirica, non arreca danno agli interessi dell'importante società automobilistica. La Corte d'appello, con sentenza del 14 marzo 1995²⁶⁷, conferma la decisione, rilevando anche la brevità delle sequenze incriminate, stabilisce che nessuno poteva confondersi sulla natura unicamente umoristica della trasmissione, e deduce che, malgrado il suo “tono volontariamente esagerato e sarcastico, quella, la quale non supera i limiti del genere, riveste un carattere di pura fantasia, che esclude ogni pretesa di serietà e non è manifestamente ispirata da alcuna intenzione di nuocere”. Il carattere non reale è tale dunque da non recare danno alla marca *Citroën*. La caricatura, aspetto della libertà di espressione, non è presa sul serio da nessuno per il fatto del suo contenuto eccessivamente e volontariamente irriverente e provocatore; “in questo senso, essa può alterare l'immagine o la personalità di quelli che rappresenta a condizione di non superare i limiti del genere”²⁶⁸.

La seconda camera civile della Corte di Cassazione ignora la descritta interpretazione nella sua sentenza del 2 aprile 1997, stabilendo in primo luogo che “il carattere esagerato, provocatore e reiterato delle frasi in discussione” costituisce una colpa e, d'altra parte, che “l'applicazione dell'art. 1382 del Codice civile non richiede l'esistenza di un'intenzione di nuocere”. Curiosa idea quella secondo la quale la virulenza e la reiterazione, invece di sottolinearne il carattere non realistico, ne aumenti il credito²⁶⁹. La maggioranza degli autori è concorde sull'effetto devastante di questa sentenza, che conferma l'applicazione dell'art. 1382 del *Code Civil*: ogni parodia era passibile di condanna, dato che per natura essa è esagerata e provocatoria, e non importa che la satira abbia un carattere inverosimile. In sede di rinvio, la Corte d'appello di Reims, in udienza solenne, si è rifiutata di seguire l'interpretazione della Corte di Cassazione; da un lato essa distingue la persona del dirigente dall'impresa, ciò che le permette di applicare la giurisprudenza tradizionale in materia di parodia, dall'altro, nell'ottica della questione economica, ammette la possibilità di una parodia sui prodotti commerciali²⁷⁰.

La citata decisione invita a porsi la questione, fondamentale in giurisprudenza, se il diritto di critica e di libera espressione umoristica perdano il loro status privilegiato allorché si scontrino con l'aspetto commerciale. Nel 1992 la Corte d'appello di Parigi definiva il parodista come qualcuno che agiva senza scopo di lucro per il solo piacere di imitare con umorismo, ma è certo che tale carattere non lucrativo è sempre più raro a trovarsi nelle espressioni umoristiche recenti²⁷¹.

La conclusione, *tranchante*, alla quale arriva la Corte di Cassazione nella citata fondamentale sentenza è che “*gli abusi della libertà di espressione previsti e repressi dalla legge del 29 luglio 1881*

²⁶⁶ *Ibidem*, 232.

²⁶⁷ Paris, 14 mars 1995, *D.*, 1996, somm., 252, obs. Izorche; *D.*, 1997, somm., 75, obs. Bigot.

²⁶⁸ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 234.

²⁶⁹ *Ibidem*, 234.

²⁷⁰ Sui dettagli della sentenza v. *ibidem*, 235.

²⁷¹ *Ibidem*, 236.

non possono essere riparati sulla base dell'art. 1382 del Codice Civile". Il principio, che implica la negazione di ogni funzione sostitutiva alla legge sulla stampa, è stato poi ribadito da innumerevoli sentenze successive²⁷².

9. *I limiti alla libertà di espressione e di satira posti dal rispetto dei credenti e dal principio dell'ordine pubblico. Laicità, sentimento religioso e libertà di satira.*

Non sono molti i casi in cui la libertà di espressione è stata limitata negli ultimi decenni in Francia. La forza della libertà di espressione è di solito considerata maggiore di quella della sacralità del sentimento religioso²⁷³. Nel senso contrario, che sancisce cioè la supremazia del principio della protezione dei credenti, va però il caso del film francese *Ave Maria*, del 1984. Più esattamente oggetto della sentenza del Tribunale di Parigi fu la locandina che lo pubblicizzava, che ritraeva "una giovane donna crocifissa, con i polsi e le caviglie stretti da corde, che mostra ampiamente il proprio seno denudato". Ritenendo che quest'immagine fosse tale da offendere i sentimenti più profondi di tutti coloro che professano la fede cattolica, stimando valida l'accusa di un'associazione cattolica, il Tribunale ordinò il ritiro della locandina²⁷⁴. La Corte d'Appello confermò la decisione con la motivazione che questa "rappresentazione, in queste condizioni di pubblicità in luoghi dove per forza vi è un intenso passaggio (è) un atto di intrusione aggressiva e gratuita nella fede di coloro che, circolando liberamente sulla strada pubblica ... si vedono ... confrontati ad una manifestazione pubblicitaria molto contestabile"²⁷⁵. Ma, con un'importante sentenza del 14 novembre 2006, la prima camera civile della Cassazione cassò senza rinvio la decisione precedente, stimando che "la sola parodia della forma data alla rappresentazione della Cena che non aveva per obiettivo oltraggiare i fedeli della Chiesa cattolica, né di colpirla nella loro convinzione in virtù della loro obbedienza, non costituisce ingiuria od attacco personale e diretto, indirizzato contro un gruppo di persone in ragione della loro appartenenza religiosa". La Cassazione rileva anche che non è l'Ultima Cena ad essere oggetto di attacco, ma la sua parodia, e dunque l'oltraggio è indiretto. È chiaro che secondo quest'impostazione l'attacco ai sentimenti religiosi si riduce a ben poco²⁷⁶. Un punto fondamentale evocato dalla Cassazione, e che sarà confermato anche nel caso delle caricature di Maometto (che saranno fra breve analizzate), è che per essere sanzionato, l'attacco ai sentimenti religiosi deve essere individualizzato, dunque non rientra nella questione *Ave Maria*, per la religione cattolica, e nello stesso caso delle caricature di Maometto, per la religione islamica.

La sentenza, i cui capisaldi saranno peraltro confermati dalla CEDU nella nota sentenza *Otto-Preminger*²⁷⁷, non pone dunque una totale limitazione alla libertà di espressione, perché il film uscì regolarmente nelle sale, ma di una parte di essa, quella che riguarda la pubblicità molto visibile, che tutti devono subire, anche chi può sentirsi offeso dall'immagine di Maria crocifissa e a seno nudo. Si tratta di un ragionevole compromesso fra due principi entrambi degni di protezione, la libertà di espressione ed il rispetto dei credenti, che, a mio avviso, lungi dall'essere in contraddizione con il principio di laicità, lo rispetta pienamente e lo rende reale, non astratto come una concezione "militante" della laicità vorrebbe imporre.

²⁷² CHRISTOPHE BIGOT, *Blasphème, respect des croyances et liberté d'expression: l'impasse de l'article 1382 du Code Civil*, in *LegiCom*, cit., 60.

²⁷³ EMMANUEL DERIEUX, *Liberté d'expression et respect des croyances et des croyants dans la jurisprudence française et de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *LegiCom. Liberté d'expression et religion. Le point sur le droit applicable après les attentats de Charlie Hebdo*, n. 55, 2015, 76.

²⁷⁴ TG1 Paris (ord. Réf.), 23 octobre 1984.

²⁷⁵ CA Paris 26 octobre 1984, *Sté Greenwich Film Production c/Association St Pie X et autres*. (come per la nota precedente tratto da EMMANUEL DERIEUX, *Liberté d'expression et respect des croyances et des croyants dans la jurisprudence française et de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., 76.

²⁷⁶ THIERRY MASSIS, *La foi et la liberté d'expression*, in *Legicom. Y a-t-il des abus licites de la liberté d'expression?*, n. 54, 2015, 73.

²⁷⁷ *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, sentenza del 20 settembre 1994, n. 13470/87.

Quanto sostenuto (che non trova d'accordo molti autori di vari paesi) non significa che ogni pretesa offesa dei credenti debba comportare una limitazione della libertà di espressione: devono essere bilanciate le diverse esigenze, che saranno inevitabilmente suscettibili di evoluzioni nel corso anche di pochi anni: quello che un credente riteneva offensivo nel 1850, non necessariamente lo è oggi. Quello che rileva è che le sensibilità dei credenti non hanno un peso nullo nella ponderazione dei diversi valori costituzionali in gioco. La stessa CEDU si è attestata su queste posizioni, dando di solito molta importanza ai principi ritenuti fondamentali da ciascun Stato in materia di rapporti fra Stato e religione: infatti “la libertà di pensiero, di coscienza e di religione”, dell'art. 9 CEDU “rappresenta uno dei capisaldi di una 'società democratica’”, e “non è possibile discernere attraverso l'Europa una concezione uniforme del significato della religione nella società”²⁷⁸.

La veloce evoluzione delle sensibilità rispetto al fenomeno religioso può spiegare il cambiamento della giurisprudenza relativamente al tema della lesione del sentimento religioso che portò nel 1984 al ritiro delle locandine del film *Ave Maria*. La locandina del film *Larry Flynt* di Milos Forman, già menzionato nel paragrafo relativo al caso *Falwell*, ritraeva lo stesso Flynt, coperto da uno slip con le stelle e strisce della bandiera americana, crocefisso in mezzo al ventre di una donna, coperta che da un perizoma. Il Tribunale di Parigi ritiene che la locandina, “anche se può scioccare, (non appare che) costituisca un oltraggio evidente ai sentimenti religiosi dei ricorrenti”²⁷⁹. Si sottolinea che le locandine sembrano entrambe egualmente irrispettose²⁸⁰, ma, a mio avviso, la scritta “diabolicamente vostra”, presente nell'intestazione della locandina di *Ave Maria*, aggiunge un elemento di offesa non indifferente. Più che un'evoluzione della sensibilità in materia registrata dai giudici, in soli 13 anni, si tratta a mio avviso del largo margine di apprezzamento di cui usufruiscono i giudici, anche in Francia, pur considerata il bastione della centralità, direi sacralità (con il rischio di essere blasfemo...), della legge positiva.

Conferma quanto detto il caso del film *Je vous salue, Marie*, di Jean-Luc Godard, uscito nel 1985. Il controverso film del cineasta svizzero, che se presentava certamente alcune scene scioccanti per il credente, era intriso di una certa spiritualità, per così dire pasoliniana, fu oggetto di una richiesta da parte di alcune associazioni cattoliche per il suo ritiro dalle sale o, in via subordinata, la cancellazione delle scene ritenute più scabrose ed offensive. Il Presidente del Tribunale (“*juge des référés*”) e poi la Corte d'appello di Parigi rigettarono la domanda, e ciò veniva confermato dalla Corte di Cassazione, che conferma l'assunto della Corte d'appello secondo cui le minacce al rispetto delle fedi e dei sentimenti religiosi dei membri delle associazioni ricorrenti “non sono portate in modo da costituire un turbamento di eccezionale gravità, tale da giustificare delle misure restrittive della libertà di opinione”²⁸¹. Una identica decisione l'avrebbe adottata la stessa Corte di Cassazione in occasione della prevista trasmissione del film per il canale televisivo Arte nel 1997, con la motivazione che l'orario previsto (le 23.30) e la possibilità di “sfuggire” (virgolettato dell'autore) facilmente alla visione giustificavano la mancata adozione di un provvedimento così grave come quello della cancellazione del programma e dunque del freno alla libertà di espressione²⁸². Altri casi celebri, come quelli di una pubblicità che parodiava l'*Ultima Cena* di Leonardo, il film *Amen* di Costa-Gavras, “*L'ultima tentazione di Cristo*” ed il caso della campagna pubblicitaria contro l'AIDS “*La Nuit de la Sainte Capote*” (“La notte di San Preservativo”) sono tutti esempi, ribaditi dalle Corti, compresa la Cassazione, in cui si ritiene che il sentimento religioso non venga violato²⁸³. Nella maggior parte dei casi, dunque, la libertà di espressione in Francia ha vinto sul principio del rispetto dei credenti.

Un caso importante, che sancisce eccezionalmente il principio del limite alla libertà di

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ TG1 Paris, 20 févr. 1997, *Légipresse*, 1997, III, 49, note MARC-NOEL LOUVET; *Gaz. Pol.* 1997, 328.

²⁸⁰ HENRI LECLERC, *Laïcité, respect des croyances et liberté d'expression*, in *LegiCom. Liberté d'expression et religion. Le point sur le droit applicable après les attentats de Charlie Hebdo*, cit., 51.

²⁸¹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 21 juillet 1987, 85-15.044.

²⁸² Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 29 octobre 1990, 87-16.605.

²⁸³ Per l'analisi di questi casi v. ÉRIC ANDRIEU, *Dieu est partout*, in *LegiCom. Liberté d'expression et religion. Le point sur le droit applicable après les attentats de Charlie Hebdo*, cit., 68-70.

espressione, è quello che vide protagonista il comico Dieudonné M'bala M'bala (noto semplicemente come Dieudonné). Durante il suo spettacolo allo *Zenith* di Parigi il 28 dicembre 2008, l'attore, che già nel passato si era reso protagonista di scenette a carattere antisemita, invitò sul palco lo storico Robert Faurisson, noto negazionista²⁸⁴. Il comico e lo storico, con decisione del “*Tribunal correctionnel*” il 27 ottobre 2009, vennero dichiarati colpevoli di ingiuria nei confronti di un gruppo di persone in ragione della loro origine o appartenenza ad una razza o ad una religione determinata, nel caso di specie nei confronti di persone di origine o di confessione ebraica²⁸⁵. Il giorno successivo Dieudonné fece ricorso contro la decisione, ma la Corte d'Appello confermò la condanna, senza entrare nel dibattito, sollevato dalla difesa, della mancata lesione della legge del 1881 e rigettando l'argomento della libertà di espressione effettuata attraverso il “*glissage de la quenelle*”, una sorta di gesto dell'ombrello reso ancor più noto dal calciatore francese Nicolas Anelka (di colore come Dieudonné), ritenuto solamente liberatorio e testimone dell'affrancamento dalla schiavitù, ma che, inserito nel contesto verbale e non dello spettacolo, contribuiva all'ingiuria.

Dieudonné aveva collezionato sette condanne definitive, ma anche numerose assoluzioni (sempre adducendo come difesa l'intangibilità della sua libertà di espressione), prima di intraprendere una breve tournée, nel 2014, nelle città di Nantes, Tours e Orléans. Il prefetto del Dipartimento della Loira Atlantica (capoluogo Nantes) aveva annullato lo spettacolo adducendo il motivo che esso “contiene dei messaggi di carattere antisemita che incitano all'odio razziale e fanno, senza riconoscimento della dignità umana, l'apologia delle discriminazioni, persecuzioni e stermini perpetrati nel corso della Seconda guerra mondiale”²⁸⁶.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza del 9 gennaio 2014, confermò il provvedimento prefettizio del 7 gennaio 2014²⁸⁷, ribadendo i timori espressi a proposito della turbativa dell'ordine pubblico che lo spettacolo rischiava di produrre, e sottolineò anch'essa “le gravi minacce al rispetto dei valori e dei principi, in particolare della dignità della persona umana, consacrati dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino e dalla tradizione repubblicana”, ricordando altresì che “spetta all'autorità amministrativa prendere le misure per evitare che siano commesse delle infrazioni penali”.

Ma un simile provvedimento del 5 febbraio 2015, emanato dal comune di Cournon d'Auvergne per sospendere lo spettacolo di Dieudonné, fu annullato prima da un'ordinanza del Presidente del Tribunale amministrativo di Clermont-Ferrand, poi, a conferma di questo, rigettando l'appello proposto dal citato Comune, dal Consiglio di Stato, con ordinanza del 6 febbraio 2015²⁸⁸. La suprema giurisdizione amministrativa reputò non abbastanza fondati i timori di minaccia all'ordine pubblico²⁸⁹, dato che lo stesso spettacolo aveva appena avuto luogo in altre località della Francia senza dare luogo a particolari tensioni, e ritenne poco motivata l'ordinanza comunale di divieto dello spettacolo, che fra l'altro si soffermava sul fatto, emotivamente impattante, che una delle vittime dell'attentato di *Charlie Hebdo* del 7 gennaio 2015 era originario proprio della regione dell'Alvernia.

Fu sufficiente modificare in parte il contenuto dello spettacolo, edulcorarlo un po', spogliarlo degli elementi esplicitamente antisemiti, per fare prendere allo stesso Consiglio di Stato, nel giro di poco più di un anno, due decisioni differenti, la prima che avallava la decisione del prefetto di sospendere lo spettacolo e la seconda che invece negava l'annullamento. Ciò conferma che l'esame che i Tribunali conducono al fine di stabilire o meno una limitazione alla libertà di espressione, e di satira, vale caso per caso.

²⁸⁴ Per una cronaca abbastanza dettagliata dello spettacolo v. DAVID LEFRANC, *Dieudonné ou la subversion par l'ambiguïté*, in *LegiCom. Liberté d'expression et religion. Le point sur le droit applicable après les attentats de Charlie Hebdo*, cit., 131 e ss.

²⁸⁵ *Ibidem*, 132.

²⁸⁶ EMMANUEL DECAUX, *Le modèle français: un équilibre fragile*, in GERALDINE MUHLMANN – EMMANUEL DECAUX – ÉLISABETH ZOLLER, *La liberté d'expression*, cit., 171.

²⁸⁷ Ordonnance du 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*.

²⁸⁸ Juge des référés, 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne*.

²⁸⁹ Critico su questa punto NICOLAS PARIS, *Vers un recentrage de la jurisprudence Dieudonné ?*, Note sous CE Ord., 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne n°387726*, in *Revue générale du droit on line*, n. 2015, numéro 21338.

Emmanuel Decaux sottolinea che il Consiglio costituzionale, in un altro contesto, abbia recepito i principi appena esposti del Consiglio di Stato (soprattutto con riferimento alla decisione del 2014)²⁹⁰, fenomeno giuridicamente discutibile e perlomeno raro, ed il quasi omonimo [nonché collega della stessa Università di Panthéon-Assas (Parigi 2)] Emmanuel Derieux rileva come la dottrina si sia divisa sul carattere di censura preventiva effettuato da un'autorità amministrativa²⁹¹.

Ben più numerosi sono i casi nei quali il diritto di satira e la libertà di espressione si sono imposti sul diritto dei credenti²⁹². Non si tratta però di satira come quella di Charlie Hebdo, ma di raffigurazione della religione in senso dispregiativo, il che dovrebbe garantire un po' meno di libertà, dato che al buffone, proprio perché scherza, ha più mano libera.

Nel caso delle “caricature di Maometto”, pubblicate da *Charlie Hebdo*, il “*Tribunal de grande instance*” di Parigi era stato adito da associazioni che ritenevano che fosse stata messa in atto un'ingiuria dei confronti del profeta. “Sulla base delle precedenti considerazioni, nonostante il carattere scioccante, se non offensivo, di questa caricatura per la sensibilità dei musulmani, il contesto e le circostanze della sua pubblicazione nel giornale *Charlie Hebdo* sembrano escludere ogni volontà esplicita di offendere deliberatamente e gratuitamente l'insieme dei musulmani”²⁹³. Lo stesso giornale satirico era stato assolto in diversi casi relativi alla religione cattolica, e le Corti sono giunte alla stessa conclusione assolutoria.

Da quanto scritto, dovrebbe a questo punto risultare chiaro che ritengo un limite necessario alla libertà di espressione quello relativo all'odio razziale e religioso, che reputo, pur nella loro diversità (in poche parole si può cambiare religione ma non razza²⁹⁴), pienamente equiparabili come abusi della libertà di espressione, in Francia come in USA ed in tutti gli ordinamenti che si vogliono dire democratici e rispettosi dei diritti e delle libertà fondamentali.

10. La satira, il diritto d'autore ed il diritto all'immagine in Francia.

Un certo limite in Francia al diritto di satira è dato dall'applicazione delle leggi sul diritto d'autore. Questo conferma quanto già scritto sulla forza dell'argomento economico nell'ambito della libertà di espressione negli USA. Per inquadrare bene l'analisi sull'argomento è necessario trattare previamente della parodia e delle figure ad essa simili, attraverso le quali si esercita il diritto di satira che si scontra con le norme sul diritto d'autore: queste proteggono la creazione dell'ingegno umano che è appunto, “parodiata”, cioè imitata con intento umoristico ed in maniera eccessiva. Una problematica non troppo dissimile da quello della parodia e pratiche simili (caricatura, *pastiche*), più che nei suoi presupposti nelle conseguenze (possibili limitazioni al diritto di espressione) è quella del diritto all'immagine.

“Perché vi sia parodia, bisogna dunque che l'opera originale sia stata modificata di modo che non vi sia alcuna confusione fra l'opera parodiata e l'opera originale”²⁹⁵. Il processo che ebbe come protagonista il cantante francese Jean Ferrat ed il comico Djamel Debbouze tratta la questione: in un programma televisivo trasmesso negli anni novanta da Canal + il secondo, utilizzando alcuni pezzi (del 1961) della canzone romantica del primo *Deux enfants au soleil*, con il commento aggiunto “Di

²⁹⁰ EMMANUEL DECAUX, *Le modèle français: un équilibre fragile*, in GERALDINE MUHLMANN – EMMANUEL DECAUX – ÉLISABETH ZOLLER, *La liberté d'expression*, cit., 170 e ss.

²⁹¹ Emmanuel Derieux, *Liberté d'expression et respect des croyances et des croyants dans la jurisprudence française et de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., 78.

²⁹² *Ibidem*, per una rassegna di questi casi.

²⁹³ GERALDINE MUHLMANN, *Les mots et les acts. Retour sur Charlie Hebdo*, cit., 26.

²⁹⁴ Uso questo termine ben consapevole della portata polemica che esso comporta. Si sa che dal punto di vista biologico le razze non esistono, ma esiste il razzismo ed in molti ordinamenti, nelle leggi che regolano i rapporti fra esseri umani sulla base del colore della loro pelle si parla di razza, come ad esempio nello UK con la *Race Relations Act*. L'articolo 3 della Costituzione italiana parla di razza, ma per combattere il razzismo, non per esaltarla.

²⁹⁵ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 261, che cita la sentenza del Tribunale di Prima istanza di Bruxelles (Camera 71) del 15 novembre 2006.

canzoni così ne faccio tutti i giorni”, aveva detto “se a lui è andata bene, allora anch'io ho le mie chances”. Ferrat aveva accusato il comico di ledere il suo diritto morale, ed il TGI di Créteil aveva respinto il ricorso con sentenza del 19 settembre 2000, ritenendo lecito l'umorismo di Debbouze, ma la Corte d'appello di Parigi in seguito sosterrà invece, nella sua sentenza di due anni dopo²⁹⁶, che “le digressioni in mezzo ai versi di una canzone, non sprovvisti di una certa derisione, recano necessariamente offesa al diritto morale dell'autore, anche a dispetto della loro vocazione umoristica, e non possono essere aggiunti agli estratti di una canzone senza l'autorizzazione dell'autore”²⁹⁷.

Vi è dunque, tendenzialmente, una precedenza della protezione della concorrenza commerciale sulla parodia: ad esempio il TGI di Parigi giudicò, nel 2000²⁹⁸, che costituiva una contraffazione riprovevole ed un’appropriazione indebita a fini pubblicitari”, e non una semplice parodia, il riutilizzo, da parte di una pubblicità della *Banque Nationale de Paris* di un celebre verso di Jacques Prévert “*J'ai dit bizarre ... comme c'est bizarre*”. Anche un caso del 2001 riguardante il sistema operativo *Linux* riguarda un caso di appropriazione indebita a fini pubblicitari di materiale pubblicato originariamente dalla rivista *Femme*. Il Tribunale ricorda che “la parodia suppone l'intenzione di divertire senza nuocere”. Oltretutto, il Tribunale aggiunge che “la parodia esclude ogni riproduzione integrale o parziale dell'opera originale che non può essere utilizzata come tale. Ora, nel caso di specie sono delle pagine intere della rivista che sono riprodotte”. Quindi “non ci può essere parodia se sussiste un rischio di confusione con l'opera originale”.

Alle stesse conclusioni arriva il TGT di Parigi nel caso *Tintin* del 2004²⁹⁹, che condanna un internauta che aveva creato un sito chiamato “*Tintin Parodies*”, che non può beneficiare dell'eccezione della parodia in quanto “è necessario che la parodia sia frutto di un lavoro di trasferimento o di sovvertimento (dell'originale, *n.d.a.*) e dunque di distanziamento dall'opera oggetto di parodia, di modo che il pubblico non si può confondere sulla portata dei propositi e sull'autore della parodia”. Essendo state pubblicate centinaia di riproduzioni di disegni originali del famoso fumetto belga, non si può certo qualificare la parodia come un lavoro originale. Oltretutto il personaggio di *Tintin* viene stravolto, presentandone le avventure sessuali ed il suo far uso di droghe. Dunque “questi due tipi di adattamento dell'opera – una generatrice di confusione, l'altra che la snatura -, costituiscono dunque un turbamento manifestamente illecito”. Vi è dunque un fattore, oltre l'oltraggio gratuito, che deve essere tenuto in considerazione e che contribuisce a qualificare la parodia come non lecita: quello dell'originalità. Quindi entro certi limiti la creatività aiuta a far sorgere l'eccezione della parodia.

Un *virage* giurisprudenziale molto deciso relativo al diritto d'autore si è avuto con la sentenza della Cassazione del 15 maggio 2015 sul “giusto equilibrio” dei diritti³⁰⁰. Essa riguardava il diritto di autore di un fotografo che riteneva che le sue immagini fossero state impropriamente utilizzate, cioè copiate, da un pittore che le aveva inserite nella sua opera, senza il permesso del primo. Secondo il Codice della proprietà intellettuale la risposta è semplice: ai sensi degli articoli L. 112-3 e L. 113-4 la questione è semplice, si tratta di opere derivate tributarie dei diritti dell'autore originario³⁰¹. La Corte d'appello di Tolosa condannò il pittore, ma la Cassazione ritenne che essa avrebbe dovuto ricercare il “giusto equilibrio”: ma questo in cosa consiste? Si tratta di uno standard utilizzato spesso dalla CEDU e dalla Corte di Giustizia, consistente a mettere sul piatto della bilancia i diritti di entrambe le controparti, in questo caso gli interessi della vittima e dell'autore della contraffazione. Si tratta di un criterio nuovo per la giurisprudenza francese, mutuato, attraverso le giurisdizioni europee, dalla *Common Law*, pragmatica ed indefinita al tempo stesso, su cui si è aperto un dibattito nella dottrina e nella realtà forense della Francia, con posizioni anche (ma non solo) critiche di esso. La

²⁹⁶ Paris, 18 septembre 2002, *D.*, 2002, 3208.

²⁹⁷ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 261.

²⁹⁸ TGI Paris (3eme ch, 1ere sect.), 12 janvier 2000, *Gaz. Pal.*, 2000, somm., 1318.

²⁹⁹ Entrambe le decisioni sono commentate in BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 326-327.

³⁰⁰ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 15 mai 2015, 13-27.391.

³⁰¹ PIERRE-YVES GAUTIER – ALICE PEZARD, *Nouvelle méthode de raisonnement du juge? L'arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2015 sur le “juste équilibre” des droits*, in *LegiCom. La liberté d'expression face au défi numérique et sécuritaire*, n. 57, 2016, 7.

libertà di espressione, a differenza che negli USA, di regola non cede davanti ai diritti della proprietà intellettuale, e così si può capire che l'idea secondo la quale essa è più "onnipotente" negli USA che in Francia, per molti versi vera (ad esempio per lo *hate speech*), nei casi dei diritti della proprietà intellettuale è tutt'altro che certa.

La giurisprudenza della sentenza citata non è stata peraltro sempre rispettata: a titolo di esempio possono citarsi due casi. Nel primo, favorevole ad essa, la Corte di Cassazione confermò, nel 2001³⁰², la decisione della *chambre correctionnelle* di Nouméa (Nuova Caledonia), che aveva giudicato sulle accuse di ingiuria e diffamazione rivolte al direttore ed all'editore del quotidiano "*Les Nouvelles Calédoniennes*", in ragione della frase "*raéleins, ça rime avec vaurien*" (raeliani fa rima con mascalzoni; i raeliani sono una specie di setta che crede negli UFO), nell'articolo dal titolo "I raeliani cacciati dalla fiera d'ottobre". La Corte di Nouméa rileva che la frase incriminata compare in una rubrica quotidiana del giornale dedicata alla presa in giro relative a situazioni della vita locale; dunque "il lettore doveva distinguere fra la realtà e gli eccessi giornalistici (*de plume*) che consistono nella legge speciale della satira (*loi du genre satirique*)"³⁰³.

Dal principio di laicità dovrebbe però discendere, oltre che alla libertà di esprimere la critica ai dogmi delle religioni nonché alle pratiche legate ad esse, anche il dovere di rispettare la sensibilità religiosa delle persone, la loro dignità di credenti. Secondo parte della dottrina, il combinato del principio di laicità, ai sensi della legge del 1905, e della libertà di espressione, è tale da vietare la blasfemia come categoria del diritto francese. Il diritto di blasfemia "ha qualche cosa di totalmente contraddittorio con la libertà di espressione"³⁰⁴, in quanto la sua valutazione nasce all'interno di una religione. In un sistema come quello francese che lascia uno spazio molto limitato alla religione nella sfera pubblica ciò può risultare coerente, ma innanzitutto questo non accade in tutto il paese (infatti in Alsazia e Lorena vige una disciplina diversa di rapporti con le religioni), e a mio avviso risente di una concezione "militante" della laicità che nega alla radice qualsiasi rilevanza al fenomeno religioso. Si è visto che quest'atteggiamento, ripeto storicamente giustificato, entra spesso in conflitto con i diritti e le sensibilità di chi crede: se questo tema era stato in gran parte risolto nei confronti di cattolici, protestanti ed ebrei, così non è stato nei confronti dell'Islam. È necessario anche in Francia trovare un punto di incontro fra i valori repubblicani ed i diritti di chi crede, anzi, dato che considero il principio di laicità come comprensivo del rispetto verso i credenti un faro della cultura francese repubblicana, quello che occorre trovare è una coniugazione dei valori repubblicani in senso onnicomprensivo, di chi crede, di chi non crede, di chi fa satira (entro i limiti indicati relativamente all'odio su base razziale o religiosa) facendo uso della libertà di espressione, tenendo conto delle necessità di ordine pubblico e di preservazione della pace sociale, in ultima istanza con la finalità del mantenimento della democrazia³⁰⁵.

11. Le nuove frontiere della libertà di espressione.

Non vi è dubbio che l'avvento di Internet abbia provocato una rivoluzione non solo per quello che riguarda la libertà di espressione, ma anche per il diritto in generale³⁰⁶: basti pensare agli aspetti

³⁰² Cass. fr., 13 février 2001.

³⁰³ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 228.

³⁰⁴ GERALDINE MUHLMANN, *Les mots et les acts. Retour sur Charlie Hebdo*, cit., 27.

³⁰⁵ Si possono forse intendere queste mie parole come un piegarsi alla ragione dell'Islam radicale e quindi del terrorismo islamico. Così non è, ritengo il diritto di chi crede fondamentale per ogni religione (ed anche per chi non crede), anche se è indubbio che l'Islam, per la sua concezione della religione equiparata alla legge, pone delle sfide che le altre religioni non provocano, almeno nella storia degli ultimi decenni.

³⁰⁶ Fra i primissimi autori che hanno colto l'importanza delle nuove tecnologie e del loro impatto sulla sovranità degli Stati, e dunque sull'ordine giuridico mondiale, v. SERGIO ORTINO, *Il nuovo nomos della terra*, Bologna, Il Mulino, 1999; *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari, Cacucci, 2010; in sua memoria è il volume collettaneo, a cura di FRANCESCO PALERMO – GIOVANNI POGGESCHI - GÜNTHER RAUTZ – JENS WOELK, *Globalization, Technologies and Legal Revolution. The Impact of Global Changes on Territorial and Cultural Diversities, on Supranational Integration and*

del commercio elettronico e dell'e-banking. La rivoluzione dell'informazione ha come specificità la “capacità di coinvolgere tutti nella vita di tutti, intensificando in misura straordinaria la consapevolezza della responsabilità umana”³⁰⁷. Questa intensificazione comporta una modifica della quantità legata alla libertà di espressione, in motivo della moltiplicazione dei potenziali destinatari del messaggio, e anche dei potenziali “esprimenti”, ma non cambia la natura della libertà in sé, oppure “l'eccezionalità del Primo Emendamento”³⁰⁸ significa una mutazione della natura della libertà di espressione, ha a che vedere dunque anche con la qualità ad essa inerente?

Probabilmente si tratta di un caso in cui il cambiamento quantitativo incide su quello qualitativo, se non sull'essenza del diritto di espressione, sulle modalità che incidono sul suo funzionamento. In questo senso Mark Tushnet suggerisce che i giudici dovranno, una volta che avranno digerito le novità che Internet comporta, semplicemente aggiungere dei ritocchi alla dottrina sul Primo Emendamento³⁰⁹. Comunque “non vi è un approccio uniforme per quel che riguarda la libertà di parola nel contesto di Internet”³¹⁰.

In uno storico caso sulla libertà di espressione, *Kovacs v. Cooper*, del 1949, il giudice Jackson riteneva che “Lo schermo mobile, la radio, il giornale, il volantino il camion con l'altoparlante e l'oratore all'angolo della strada hanno diversi nature, valori, abusi e pericoli. Ognuno di questi, secondo me, è una legge per conto suo”³¹¹.

Jackson sostiene dunque la prima delle teorie sul Primo Emendamento applicato alle nuove tecnologie, quella secondo la quale è consigliabile una certa deferenza alla regolamentazione sperimentale che ogni nuova tecnologia comporta, sino a quando le Corti si sentiranno sicure nell'imporre i doveri derivanti dal Primo Emendamento. La prima strategia, dunque, “spera che emerga saggezza dall'accumulo delle esperienze *all'interno* di ciascuna tecnologia”³¹². Secondo la seconda strategia si possono anche accumulare esperienze *attraverso* le tecnologie: da questa ottica si spiega il fatto che ogni nuova tecnologia impiega non troppo tempo ad adottare le regole del Primo Emendamento senza che siano le regolamentazioni su di essa ad incidere su tale estensione, che comporta un'applicazione più disinvolta della dottrina sul Primo Emendamento di quanto indichi la prima strategia. Così fu per i film, all'inizio considerati estranei al Primo Emendamento, poi presto incorporati nella sua logica³¹³. Non vi è dubbio comunque, che nella definizione dei casi concreti da parte delle Corti, vi siano reati che su Internet assumono una veste diversa, in teoria meno immediatamente minacciosa che nella vita reale: così è ad esempio per il reato di *stalking*³¹⁴. Non è questa la sede per approfondire quest'aspetto tutto sommato parziale (anche se con implicazioni tragiche), ma è un utile esempio per sottolineare l'eccezionalità da un lato di Internet, e dall'altro della sua riconducibilità a categorie già consolidate del diritto.

La conclusione di Mark Tushnet alla domanda se debba prevalere l'eccezionalità di Internet o la dottrina standard con eccezioni, è che vi sia una specialità di Internet con eccezioni che discendono da specifiche regolamentazioni dei singoli problemi delle varie materie che “incrociano” Internet³¹⁵.

Dalle analisi appena riportate si può capire come la Costituzione (nel caso ivi considerato, quella degli USA) offra “una forte giustapposizione sull'applicazione dei nostri amati principi fondativi alle

Constitutional Theory, Baden-Baden, Nomos, 2012; da un angolo diverso, ma con una convergenza su alcuni delle conclusioni raggiunte da Ortino, v. FRANCESCO GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005. Interseca queste problematiche anche PASQUALE COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, relazione al Convegno di Salerno 23-24 novembre 2012 in *Costituzionalismo e globalizzazione* (a cura dell'AIC), Napoli, Jovene, 2014, 43-82.

³⁰⁷ SERGIO ORTINO, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, cit., 401.

³⁰⁸ MARK TUSHNET, *Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*, cit., 1637 – 1672.

³⁰⁹ *Ibidem*, 1644.

³¹⁰ M. MARGARET MCKEOWN, *The Internet and the Constitution: a selected Restrospective*, in *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, vol. 3, issue 3, 2014, 151.

³¹¹ MARK TUSHNET, *Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*, 1640.

³¹² *Ibidem*, 1645.

³¹³ *Mut. Film Co. v. Indus. Comm'n*, 236 U.S. 230, 243-44 (1915).

³¹⁴ MARK TUSHNET, *Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*, 1647-1648.

³¹⁵ *Ibidem*, 1672.

nuove tecnologie³¹⁶. Internet, che si è evoluto parallelamente alla straordinaria evoluzione e penetrazione capillare in tutti gli ambiti della vita³¹⁷, è diventato parte integrante anche delle competenze di accademici, avvocati, tutori dell'ordine e, ovviamente, giudici³¹⁸. Il nostro è il diritto dell'era digitale, il quale ha un decisivo impatto verso tutte le specializzazioni giuridiche, dal potere legislativo ai diritti e doveri del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, e parimenti dei servizi di essa verso i cittadini³¹⁹.

Il primo caso in cui la Corte Suprema giudica su Internet, è *Reno v. ACLU*, del 1997³²⁰. L'Internet (con l'articolo *the*) è descritto come “una rete internazionale di computer interconnessi che permette a milioni di persone di comunicare fra di loro nel 'ciberspazio e di accedere a grandi quantità di informazioni da tutto il mondo”. “Questa descrizione divenne l'onnipresente slogan ed è recitata di continuo a pappagallo nei casi delle corti inferiori”³²¹.

Rispetto alla gamma potenzialmente infinita dell'impatto di Internet sul Primo Emendamento, la Corte Suprema si è concentrata soprattutto sugli aspetti riguardanti la protezione dei minori dallo sfruttamento sessuale e dal vedere materiale osceno ed indecente³²².

Dopo una trilogia di casi relativi al *Communications Decency Act* ("CDA") ed il successivo *Child Online Protection Act* ("COPA"), che hanno poco più di quindici anni ma sembrano già archeologia (si sostiene in essi che Internet non è un mezzo accessibile a tutti, il che non giustifica le disposizioni troppo restrittive delle citate leggi federali), la Corte Suprema affronta Internet nel caso *United States v. American Library Association* del 2003³²³, che giudica della costituzionalità del *Children's Internet Protection Act* ("CIPA"), una legge che prevedeva che le biblioteche pubbliche potessero ricevere assistenza federale per ottenere accesso ad Internet purché installassero dei filtri per bloccare immagini oscene e pornografia infantile e per evitare l'accesso dei minori a materiale dannoso³²⁴. Secondo il citato caso i diritti del Primo Emendamento cedono di fronte all'interesse del governo di proteggere i diritti dei minori³²⁵.

La dottrina più attenta ed innovativa sta riflettendo su come Internet costituisca uno strumento che ha mutato l'impatto della libertà di espressione, perlomeno dal punto di vista quantitativo, allargando la platea dei destinatari delle espressioni e velocizzandone il funzionamento, ma anche dal punto di vista qualitativo. Teorie come quella di Tim Wu sono importanti per capire dove situare oggi la libertà di espressione e quello che ruota attorno ad essa³²⁶. Sicuro è che Internet, e con esso i le reti sociali, permettono una libertà di espressione molto più ampia che i tradizionali mezzi di espressione. Vi può essere certamente una repressione dei social, od un freno al loro utilizzo, come ad esempio accade in Iran ed in Cina, ma queste sono lotte di retroguardia, che poco possono impedire, se non in maniera molto limitata e con una breve durata, l'espressione diffusa attraverso le nuove tecnologie. Un filone legato al Primo Emendamento, studiato dalla dottrina, è anche quello della diffusione delle informazioni sportive, che la tecnologia permette di diffondere in tempo reale: possono sorgere contrasti fra le leghe professioniste che detengono i diritti all'immagine ed i media che offrono al

³¹⁶ M. MARGARET MCKEOWN, *The Internet and the Constitution: a selected Restrospective*, cit., 138.

³¹⁷ M. MARGARET MCKEOWN, *Ibidem*, 136, ricorda che nel 1995 il periodico *Newsweek* aveva predetto che nessuno avrebbe mai comprati libri e giornali su Internet, e che nessuno si sarebbe portato il laptop sulla spiaggia. Diciassette anni dopo la sfortunata profezia, nell'ottobre 2012, *Newsweek* cessava di essere un giornale cartaceo, e diventava interamente digitale, e le spiagge sono piene, se non di laptop (peraltro ben presenti), sicuramente di smartphone che hanno le tradizionali funzioni di un computer.

³¹⁸ Una di questi, secondo *Ibidem*, 137, dichiara che “since the 1990s we have all become I-lawyers”.

³¹⁹ In Italia esplora quest'evoluzione GIOVANNI PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, Il Mulino, 2016.

³²⁰ *Reno v. Am. Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 117 S. Ct. 2329, 138 L.Ed.2d 874 (1997) (Stevens, J.).

³²¹ M. MARGARET MCKEOWN, *The Internet and the Constitution: a selected Restrospective*, cit., 139.

³²² *Ibidem*, 151.

³²³ *United States v. American Library Association*, 539 U.S. 194 (2003).

³²⁴ M. MARGARET MCKEOWN, *The Internet and the Constitution: a selected Restrospective*, cit., 155.

³²⁵ *Ibidem*, 156.

³²⁶ TIM WU, *The Attention Merchants. The Epic Scramble to Get Inside Our Heads*, New York, Alfred A. Knopf, New York, 2016.

pubblico informazioni ed immagini³²⁷.

Un caso che ha visto coinvolti entrambi gli ordinamenti, ma nasce in Francia, con rilevanti implicazioni di diritto trans-nazionale e globale³²⁸ è il caso *Yahoo* del 2000³²⁹. L'essenza di esso sta nel rispondere alla domanda: “cosa succede se la 'free speech zone' degli USA 'fuoriesce' (*leaks*) in Francia³³⁰? Il caso riguardava gli emblemi nazisti, ma avrebbe potuto allo stesso modo concernere altri temi forieri di visioni contrapposte, come per le rappresentazioni dei Musulmani, la pornografia e altri temi di possibile conflitto ideologico. In Francia la decisione è stata salutata come il lasciapassare alle Corti nazionali per decidere su tutte le questioni mondiali che possano riguardare la Francia stessa. Negli USA si è scritto che “dal punto di vista interno, queste sono questioni da Primo Emendamento. Dal punto di vista internazionale queste sono questioni politiche, culturali e, talvolta, giuridiche”³³¹.

In Francia la questione del diritto di espressione ed in particolare del diritto di satira non è stata toccata nelle sue fondamenta dal diritto di Internet, peraltro molto studiato relativamente agli aspetti del diritto d'autore e commerciale³³². Vi è però da segnalare un'importante sentenza del *Conseil Constitutionnel* del 10 febbraio 2017³³³, che pone un limite alle leggi repressive emanate in questi ultimi anni per contrastare il terrorismo, soprattutto di matrice islamica, del quale la Francia è stata fra i principali obiettivi negli ultimi anni.

La citata sentenza, emanata in seguito alla proposizione di una questione previa di costituzionalità da parte della Corte di cassazione del 29 novembre 2016, riguarda l'art. 421-2.5-2 del Codice penale, nella sua redazione nuova risultante dall'entrata in vigore della “Legge n. 2016-731 del 3 giugno 2016 che rafforza la lotta contro il crimine organizzato, il terrorismo ed il loro finanziamento, e che migliora l'efficacia e le garanzie della procedura penale”. L'articolo prevede la detenzione per due anni ed un'ammenda di 30.000 euro per “il fatto di consultare abitualmente un servizio di comunicazione al pubblico in rete che mette a disposizione messaggi, immagini o rappresentazioni che spingono direttamente alla commissione di atti di terrorismo, e che fanno anche l'apologia di questi atti che consistono in attentati volontari alla vita”. L'articolo non è applicabile quando “la consultazione è effettuata in buona fede, è conseguenza dell'esercizio normale di una professione che ha per oggetto l'informare il pubblico, interviene nel quadro delle ricerche scientifiche o è realizzata con il fine di servire da prova in un processo”.

Pur sottolineando l'importanza delle misure anti-terrorismo che la legge persegue, il Consiglio costituzionale rileva che “benché il legislatore abbia escluso la rilevanza penale della consultazione on line effettuata in 'buona fede', i lavori parlamentari non permettono di determinare la portata di tale esenzione . . . Ne consegue che le disposizioni contestate fanno pesare un'incertezza sulla liceità della consultazione di certi servizi di comunicazione al pubblico in rete e, di conseguenza, dell'uso di Internet per delle ricerche a fini informativi” (punto 15). “Ne consegue da quanto precede che le disposizioni contestate attentano all'esercizio della libertà di comunicazione che non siano necessarie, adatte ai fini e proporzionate”. L'art. 421-2.5-2 del Codice penale è dunque dichiarato incostituzionale.

Il caso riportato fa salvo dunque il nucleo duro della libertà di informazione, versante passivo della libertà di espressione e dunque ad essa legata, e dimostra come anche la necessaria durezza delle leggi in tempi di emergenza sociale non debba essere tale da conculcare il diritto di espressione ed i diritti fondamentali in genere. È però inevitabile che l'odierno clima di tensione e di paura del

³²⁷ Sul tema v. RYAN M. RODENBERG – JOHN T. HOLDEN – ASA D. Brown, *Real Time Sports Data and the First Amendment*, in *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, vol. 11, issue 2, 2015, 63-103.

³²⁸ Fra la già ricca letteratura v. SABINO CASSESE, *Il diritto globale*, Torino, Einaudi, 2009; POUL F. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm*, Abingdon, Oxfordshire – New York, 2014.

³²⁹ *Ligue contre le racisme et l'antisémitisme et Union des étudiants juifs de France c. Yahoo! Inc. et Société Yahoo! France (LICRA v. Yahoo!)*, 20 Novembre 2000, No. 00/05308 (Tribunal de Grande Instance de Paris).

³³⁰ M. MARGARET MCKEOWN, *The Internet and the Constitution: a selected Restrospective*, cit., 148.

³³¹ *Ibidem*, 149-150.

³³² JACQUES LARRIEU, *Droit de l'Internet* (seconda ed.), Paris, Ellipses, 2010.

³³³ Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017.

terrorismo influenzi le scelte del legislatore, dei giudici e di tutti gli operatori di giustizia³³⁴, portando in certi casi alla limitazione della libertà di espressione quando in contrasto con l'interesse generale della sicurezza nazionale.

12. Conclusioni.

La libertà di espressione è la stessa che John Stuart Mill esaltava, contro la censura dello Stato, più di 150 anni fa nella sua celebre opera sulla libertà³³⁵. Vi è però un'evoluzione del modo in cui la libertà di espressione agisce, e non è solo un cambiamento qualitativo: le tecnologie incidono in profondità sull'esercizio dei diritti e delle libertà, esaltandoli o comprimendoli a seconda delle diverse circostanze, ma contribuendo di per se stesse all'atteggiarsi delle nostre vite. Si è visto nelle pagine precedenti l'impatto di Internet, che riguarda in particolar modo la libertà di espressione, collegata a vaste aree del vivere comune, dalla propaganda politica (compresa quella a fini terroristici) a quella commerciale.

Si è anche fatto spesso riferimento in quest'articolo al principio di dignità, riferito ai membri di una minoranza razziale, o di una religione, ai credenti, che hanno il diritto a non vedere la loro lesa da offese al sentimento religioso. Ciò è intimamente connesso con la libertà di espressione, al punto che Jeremy Waldron ritiene che il diritto alla libertà di espressione derivi dalla dignità umana³³⁶. Ed è sulla dignità umana dei membri delle minoranze deboli che si basa, secondo il grande giurista di origine neo-zelandese, la possibilità di stabilire un limite alla libertà di espressione³³⁷.

Il ricorso al concetto di dignità umana è naturalmente svolto da chi si basa su di esso per stabilire l'effettiva vigenza di un principio o di una libertà fondamentale: in qualche caso il principio di libertà religiosa, da cui discende a mio parere anche il dovere di rispettare i relativi convincimenti religiosi (o la loro mancanza), può entrare in conflitto con la dignità umana che sovrintende la libertà di espressione³³⁸, che delle libertà fondamentali è quella che più caratterizza lo spirito democratico. Lo stesso dicasi per il diritto alla reputazione personale, incluso anch'esso nel concetto di dignità umana. Restringere la finalità di uno dei diritti costituzionali non sarà la soluzione di tali conflitti, che dovrebbe essere solitamente trovata nella legge ordinaria³³⁹. Certo è che la regolamentazione della libertà di espressione comporta il porre dei limiti ad essi: “quelle libertà che non sono né sfidate né definite sono le più sicure”³⁴⁰.

La libertà di espressione è un bene che spesso chi vive nei paesi democratici sottovaluta: basta però trascorrere qualche giorno in paesi come Cina e Iran dove Facebook è vietato per rendersi conto di quanto essa sia radicata dentro di noi. Certamente, ed il caso di *Charlie Hebdo* insegna, non tutto è pubblicabile, se non per legge, sicuramente per ragioni di opportunità. Il “libero mercato delle idee” non può essere totalmente libero: come un mercato senza regole, favorirebbe il più forte senza alcuna garanzia di sviluppo della società che dovrebbe essere la naturale conseguenza di un'arena dove le diverse opinioni hanno lo stesso peso.

Vi sono poi altri fattori da prendere in esame: “bisogna tenere in considerazione perlomeno una probabile veridicità dei fatti, il pericolo per vite innocenti, il decoro umano, e persino, anche se con

³³⁴ Mentre termino quest'articolo (23 marzo 2018), i media diffondono la notizia di un attentato terroristico di matrice islamista a Trébes, in Occitania, con tre vittime innocenti più il terrorista, abbattuto dalle forze speciali di polizia.

³³⁵ JOHN STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano, Bompiani, 2000 (con testo a fronte dell'originale *On Liberty*, del 1859).

³³⁶ JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., 26 e 139.

³³⁷ *Ibidem*, *passim*.

³³⁸ Su tale conflitto v. AHARON BARAK, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, 2015.

³³⁹ AHARON BARAK, *Human Dignity*, cit., 272, il quale in realtà parla di “sub-constitutional law, Statutory and Common law”.

³⁴⁰ ALEXANDER M. BICKEL, *The Morality of Consent*, cit., 60.

cautela, le considerazioni imparziali sull'interesse nazionale³⁴¹. Oltretutto, come ben ricorda Alexander Bickel, “un bel po' della libertà di espressione può fiorire in una società democratica che condivide naturalmente, o accetta dai suoi giudici o da altri pastori, una minima definizione di ciò che è buono, bello, vero, e propriamente civile”. “Persino i diritti assoluti che l'ordine legale sembra, distrattamente, creare, tranne che raramente, non resistono. Meglio riconoscere da subito che il principio del calcolo utilitaristico è tutto quello che c'è, che dovrebbe essere, e che può essere”³⁴².

Il “buono, bello, vero e propriamente civile”, contrapposto dunque al “cattivo, brutto, falso e propriamente incivile”, deve essere definito da qualcuno, dalla norma. Se poi deve trattarsi di una norma di carattere generale, cogente *erga omnes*, o piuttosto di una norma che uno degli *interna corporis* si dà per l'esercizio equilibrato della professione che disciplina, questo dipende dalla scelte che una società si dà. Il discorso è delicato e riguarda anche la relazione fra la giurisdizione dell'ordinamento generale e quello degli *interna corporis*, che non devono essere disgiunti dal primo, ma integrarli, e comunque in ultima analisi dal primo dipendono³⁴³.

Sarebbero dunque gli ordini dei giornalisti, per fare un esempio di larga applicazione, od il direttore di una collana, od il moderatore di una *newsletter* o di un *blog*, a porre i limiti di opportunità e di decenza (non bisogna aver timore di usare questo termine, che significa conveniente, dal latino *decens*, conveniente, appropriato, decoroso), limiti differenti a seconda dei diversi ambiti spaziali e temporali. Il tema è in parte, ma non totalmente, sovrapponibile, a quello dell'intermediario di una attività economica che implica la libertà di espressione³⁴⁴. Negli Usa peraltro, più che in Francia, il *business model* dei diversi settori detta le proprie regole³⁴⁵.

La libertà di espressione può essere vista sotto diversi punti di vista, molti dei quali sono stati analizzati nel corso del presente articolo. La dimensione positiva di essa, per cui il libero esprimersi delle idee è visto come necessario al forgiarsi di una coscienza comune, è quella condivisa da USA e Francia nella narrativa rispettivamente del *public discourse* e dell'*espace public*. Il diritto alla libertà di espressione costituirebbe allora un “imperativo di trasgressione sistematica”³⁴⁶, che necessita della tolleranza e del pluralismo che caratterizzano la democrazia e che a questi consustanziale. Ma la teoria del “*marketplace*” delle idee in realtà rischia di tradursi nelle opinioni del gruppo più potente all'interno della società: ricorda al proposito Cass R. Sunstein che “vi è una grande differenza fra un 'mercato delle idee' – un'economia di mercato senza regole -, ed un sistema di deliberazione democratica”³⁴⁷; ed è proprio (anche) sul concetto di “*deliberative democracy*” che lo stesso celebrato giurista insiste nel suo ultimo libro, nel quale mette in guardia dai pericoli della polarizzazione che un uso squilibrato dei *social* comporta³⁴⁸, e che indeboliscono proprio la struttura democratica di una società.

Una domanda chiave, che consegue al dibattito sulla verità³⁴⁹ o è ad esso parallelo, è: come comportarsi poi nei confronti di chi non tollera la tolleranza? Essere totalmente, acriticamente, favorevoli alla libertà di espressione illimitata comporta dare un immeritato vantaggio a chi usa questa per negarla ad altri o per incitare all'odio ed al disprezzo, tanto più riprovevole se si tratta di destinatari

³⁴¹ *Ibidem*, 81.

³⁴² *Ibidem*, 78 e 88.

³⁴³ SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945, 132, le qualifica “norme giuridiche che sono elementi di altre istituzioni dipendenti dallo Stato, e talvolta anche quelle poste da singoli a ciò autorizzati. La potestà di porre tali norme si dice 'autonomia', deriva sempre dallo Stato che la attribuisce in varia misura, secondo i casi, ed è quindi interamente subordinata alle norme di esso, per la validità, l'estensione e l'efficacia delle norme che ne scaturiscono”.

³⁴⁴ MARK TUSHNET, *Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law*, 1666, in particolare alla nota 19.

³⁴⁵ REBECCA TUSHNET, *Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment*, in *George Washington Law Review*, n. 76, 2008, 986 e ss.

³⁴⁶ BERNARD MOUFFE, *Le droit à l'humour*, cit., 36.

³⁴⁷ CASS R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, cit., xvii.

³⁴⁸ CASS R. SUNSTEIN, *#Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, cit., 59 e ss.

³⁴⁹ La questione della verità tocca anche aspetti religiosi e filosofici: in chiave storica si legga lo splendido libro di CARLO GINZBURG, *Il filo e le tracce. Vero falso finto*, Milano, Feltrinelli, 2006.

deboli colpiti, inoltre, da false affermazioni. Tutto quello in precedenza riportato, comune a USA e Francia, nella diversità del cammino legislativo e giurisprudenziale (in realtà non enorme), trova un punto di crisi nella discussione sulle leggi della memoria o anti-negazioniste. È evidente che un'interpretazione molto estesa del diritto alla libertà di espressione permetterebbe di esprimere posizioni razziste o che negano la verità, come quelle relative all'olocausto. Non c'è peraltro una sola verità, ma è normale che ogni ordinamento stabilisca la propria verità. La partecipazione ad entità sovranazionali ha fra le sue conseguenze quella di uniformare in parte alcuni contenuti “sensibili” dal punto di vista delle diverse tradizioni nazionali: il fatto che la Turchia (pur con tutti i dubbi relativi alla riduzione degli spazi di libertà a cui si sta assistendo negli ultimi anni, e che riguarda anche il diritto di espressione³⁵⁰) sia candidata ad entrata nell'Unione europea pone non pochi problemi riguardo alla sua legislazione “negazionista” del genocidio armeno, oltre che problematica nei confronti delle minoranze in genere e, soprattutto dalla revisione costituzionale di Erdogan del 2017³⁵¹, delle libertà degli oppositori politici al governo in genere. La verità ha un rapporto stretto con l'identità di una nazione³⁵², riguarda i suoi miti fondativi, condivisi o non che siano da tutta la sua popolazione.

L'ordine pubblico e la sicurezza nazionale costituiscono dei formidabili ostacoli alla piena vigenza della libertà di espressione. Lo si è visto per i *Pentagon Papers*, e non si può sottovalutare il rischio di attentati e perturbamenti dell'ordine pubblico (senza escludere del tutto anche il rischio di minaccia alla sicurezza nazionale), non solo nel paese dove l'espressione ritenuta offensiva è stata resa nota al pubblico, ma anche in paesi lontani. La libertà di espressione illimitata diviene un lusso in certe occasioni: anche la satira, che infatti non è praticata in vaste aree del globo. È ovvio che bisogna vigilare sull'applicazione limitata delle eccezioni alla libertà di espressione, invocare il pericolo per l'ordine pubblico è sempre stato l'arma delle dittature per limitare o eliminare del tutto le libertà, o per permettere politiche restrittive anche in ambiti formalmente democratici³⁵³. In quest'ottica, la teoria sui motivi di Elena Kagan, in precedenza analizzata, si completa con quella delle conseguenze che una condotta razzista o offensiva basata sulla libertà di espressione può dare. I motivi che giustificano le restrizioni alla libertà di opinione sono di solito collegati al timore di conseguenze gravi per la convivenza comune: non si può, come forse le descritte teorie fanno, dividere le questioni del diritto di chi si esprime, di chi riceve il messaggio e dei motivi delle sanzioni: la libertà di espressione, come ogni diritto fondamentale, va inserito in un contesto ampio di democrazia. È questa il concetto chiave per permettere la libertà di espressione e, se del caso, quando la democrazia è minacciata, limitarla. Anche la legge francese sul terrorismo del novembre 2014 modifica un po' la narrativa illimitata della libertà di espressione.

Che siano i pubblici poteri a limitare la libertà di espressione, o non l'autocensura o le singole istituzioni private che fruiscono della libertà di parola, è un passo molto grave, da effettuare solo in determinati casi: per usare la terminologia americana, dopo uno stretto scrutinio, che è quello a cui sono tenute le Corti quando devono decidere su questioni così delicate. Come già detto in precedenza, sarebbe più opportuno che fossero i singoli privati, anche se organizzati ed esercitanti una funzione di interesse generale, (giornalisti, vignettisti, blogger, ecc.) ad auto-limitarsi, o che queste misure venissero adottate dagli organismi settoriali responsabili – come l'ordine dei giornalisti -, ma in certi casi può essere necessario che siano le istituzioni pubbliche a farlo. Il test deve essere severo, trattandosi, come ricorda la Corte Suprema, di un “*clear and present danger*”, rispetto al quale la limitazione dell'espressione è l'ultimo ricorso.

³⁵⁰ Così come da una parte segnalato dal *Commission Report* del 2016, dall'altro da numerose sentenze della CEDU di condanna della Turchia, proprio soprattutto relativamente alla lesione del diritto di espressione: da ultimo di veda la sentenza.

³⁵¹ Sulla quale v. ENTELA CUKANI, *Forma di stato e forma di governo in Turchia dopo la riforma del 2017*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2017, 715 e ss.

³⁵² ANNA MASTROMARINO, *Stato e memoria. Studi di diritto comparato*, Milano, Franco Angeli, 2018.

³⁵³ Così in Spagna i limiti alla libertà di riunione hanno significato storicamente l'espressione di politiche autoritarie: si veda a proposito il sempre illuminante saggio di MANUEL BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza, 1983.

Quello della libertà di satira, ed *amplius* della libertà di espressione di cui essa fa parte, è un ambito di straordinaria importanza, ed è oggi da connettere all'evoluzione delle tecnologie che influiscono sulla vita democratica dei consociati. Il dibattito sulle “bufale” che girano sulla rete³⁵⁴, il relativo dovere di attenersi alla verità e di apprestare un sistema di controllo se non di sanzioni da parte dei gestori dei più importanti *social*³⁵⁵, tocca in maniera decisiva l'argomento oggetto di quest'articolo. I nuovi mezzi di comunicazione allargano in modo considerevole la possibilità di esprimere la satira, e da parte degli utenti di riceverla.

Riflettere sulla libertà di espressione, e sulla sua peculiare declinazione che è il diritto di satira, “difenderla come un principio, significa accettare relativamente alla sua applicazione concreta alcuni dubbi, qualcosa di incerto, un'inquietudine”³⁵⁶. Questi dubbi riflettono la pluralità e complessità di situazioni e discipline giuridiche, che sono state in parte illustrate nell'articolo, che testimoniano l'evoluzione diacronica della libertà di satira (e di espressione in generale), sia negli USA ed in Francia che in altri ordinamenti (alcuni dei quali analizzati nel presente volume), ed anche, ovviamente, della sua diversa applicazione secondo le diverse tradizioni giuridiche. Il peso della religione nei paesi islamici, ad esempio, è tale da escludere categoricamente in essi alcuna possibilità di scherzare sulla sfera divina, come invece è possibile, pur con i limiti e le diversità a seconda dei diversi ordinamenti, nei paesi più secolarizzati. Evoluzione non significa però illimitata estensione del diritto di satira: le recenti vicende legate alla politica internazionale ed al terrorismo impediscono di considerare il diritto alla satira, in particolare quella relativa alla religione, sempre e comunque irrinunciabile. Se non dal punto di vista giuridico, perlomeno da quello, della opportunità sociale, se non della morale, il diritto di satira deve essere messo in discussione.

Il conflitto fra diverse tradizioni giuridiche è presente all'interno di uno stesso ordinamento, non riguarda solo il rapporto fra diversi ordinamenti nazionali, tema importante ma meno “scabroso”, delegato ai rapporti trans-nazionali che soprattutto il diritto internazionale disciplina. Anche all'interno della “civiltà occidentale” vi sono modi diversi di risolvere conflitti culturali, come il caso del velo e del *kirpan*³⁵⁷ insegna. È evidente che, se non dal punto di vista ufficiale, certamente nella realtà, nelle società occidentali vi sono diverse tradizioni giuridiche che si contrappongono. Vi è dunque il diritto positivo, di stampo occidentale, forgiato dal legislatore, (sperabilmente) con l'ausilio della dottrina, e sancito dai giudici, ed uno o più diritti tradizionali, importati attraverso l'immigrazione. Questo rapporto è per forza di cose complicato quando questi diritti tradizionali esprimono principi e pratiche contrarie al diritto “nostrano”. Si può tentare, come fatto nello UK, di “addomesticare” il diritto tradizionale facendolo entrare nell'ordine interno, come fatto con l'*Arbitration Act* del 1996, che permette ad esempio l'efficacia delle Corti di Sharia e di quelle del diritto tradizionale indu³⁵⁸. Non sono trascurabili i problemi che derivano dalla citata soluzione: vi è inoltre il caso, ancora più grave dal punto di vista pratico ma in teoria più semplice da risolvere, di tradizioni giuridiche in palese conflitto con il nostro diritto che esprimono pratiche vietate. Ad ogni modo vi è un intreccio fra varie tradizioni giuridiche su cui lo studioso è chiamato a confrontarsi³⁵⁹.

³⁵⁴ Alla fine del 2017 sono uscite in Italia due importanti opere sul tema della libertà di espressione in Internet e questioni connesse: GIOVANNI PITRUZZELLA – ORESTE POLLICINO – STEFANO QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, Bocconi, 2017; TOMMASO EDOARDO FROSINI – ORESTE POLLICINO – ERNESTO APA – MARCO BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, Le Monnier, 2017.

³⁵⁵ A ottobre 2017 è uscito il primo numero della rivista on line *MediaLaws. Rivista di Diritto dei Media*. Sul tema attualissimo delle *fake news* è da segnalare in esso l'articolo di ORESTE POLLICINO, e sulla verità e la libertà di espressione quello di CESARE PINELLI.

³⁵⁶ GERALDINE MUHLMANN, *Les mots et les acts. Retour sur Charlie Hedbo*, in GERALDINE MUHLMANN – EMMANUEL DECAUX – ELISABETH ZOLLER, *La liberté d'expression*, Pais, Dalloz, 2016, 6.

³⁵⁷ GIOVANNI POGGESCHI, *Quel pugnale vietato a Mantova e permesso a Montréal*, in *laCostituzione.info*, 19 maggio 2017,

³⁵⁸ Fra la già ricca bibliografia sull'argomento v. JOHN R. BOWEN, *How could English Courts recognize Shariah?*, in *University of Saint Thomas Law Review*, n. 7, 2009; 411-435; ROBIN GRIFFITH-JONES (editor), *Islam and English Law. Rights, Responsibilities and the Place of Sharia*, Cambridge University Press, 2013;

³⁵⁹ Per i rapporti fra Islam e Corti, nella vasta letteratura, v. GIANFRANCO MACRÌ, *L'Europa fra le Corti. Diritti fondamentali e questione islamica*, Soveria Mannelli (CZ), 2017; più in generale, da ultimo ROBERTO SCARCIGLIA -

Non si tratta di trovare un'armonizzazione del diritto di satira nel diritto globale, operazione già difficile per gli istituti di diritto commerciale, immaginiamoci per libertà e pratiche ancor più intimamente legate a diverse sensibilità umane: bisogna solo cercare che quello che per noi è accettata satira, non diventi aperta derisione: ridere, non deridere³⁶⁰.

WERNER MENSKI (a cura di), *Normative Pluralism and Religious Diversity: Challenges and Methodological Approaches*, Padova, Cedam, 2018.

³⁶⁰ E se derisione deve essere, lo sia dei potenti, sia uno sberleffo, non uno schiaffo verso chi è più debole.

Vittoria Berlingò*

The New Italian Code of the Third Sector: towards a New Model of Welfare**

INDEX. 1. *The enforcement of Legislative Decree no. 117 of July 3, 2017, know as Code of the Third Sector.* – 2. *The legal notion of Third Sector Entities.* – 3. *The relationship between the Third Sector and Public Bodies, according to Title VII of the Code.* – 3.1. *Co-programming.* – 3.2. *Co-planning.* – 3.3. *Accreditation.* – 3.4. *Convention.* – 3.5. *Agreements concerning emergency and urgent medical transport service.* – 4. *The role of the Third Sector for a new model of Welfare.* – 5. *Brief conclusions.*

ABSTRACT

The paper explores the links between the new rules of the Italian Legislative Decree no. 117 of July 3, 2017, know as *Code of the Third Sector*, and a specific theoretical consideration on the Italian Welfare system regarding the safeguarding of social rights and what is connected to them. In particular the paper shows how the types of cooperation between Third Sector entities and public bodies, are able to guarantee a process of putting into a legal area a particular type of goods, that we have called relational goods.

1. *The enforcement of Legislative Decree no. 117 of July 3, 2017, know as Code of the Third Sector.*

Following Legislative Decree No. 117 of July 3, 2017, issued in accordance with Article 1 of Law no. 106 of June 6, 2016, concerning Delegation to the Government of Reform of the Third Sector, of Social Companies, and of the Universal Civil Service Sector, the new Code of the Third Sector went into effect in Italy¹.

With the Third Sector Code, the Italian Welfare System leans toward a phase of renewal and transformation, which passes through the valorization of the traditional figures included in the non-profit category².

In particular, the construction of a new government based on legal instruments of a partnership between non-profit, for-profit and public entities, is probably the most significant element of the legislative decree n. 117/2017³.

According to Article 1, the Code aims for the reorganization and organic review of the regulations in the field of third sector entities, «in order to support the autonomous initiative of citizens who contribute, even in an associated form, to pursuing the common good, to raising the levels of active

* Associate Professor of Administrative Law, Department of Law, University of Messina.

** This is last version of a paper presented during Eighth Polish Conference regarding public procurement ‘New public procurement law. Directions of modernization’, Cracow University of Economic, Krakow, 21 September 2016, under the title ‘Buying social in the new public procurement law’. It has been updated on March 1st, 2018

¹ As for the first comments on the news introduced by Legislative Decree no. 117/2017, see A. MAZZULLO, *Il nuovo Codice del Terzo settore*, Giappichelli, Torino, 2017; R. DABORMIDA, *La riforma del Terzo settore*, Giuffrè, Milano, 2017; M.N. IANNACCONE, *Prime considerazioni sul Codice del Terzo Settore*, in *Cooperative ed enti non profit*, 2017-10, 7 ss. Among the main new provisions, there are: the forecast of the new category of third sector entities, in accordance with article 4; the introduction of a simplified procedure for the acquisition of legal personality by associations and third sector entities foundations, in accordance with article 22; enlargement sectors of activity of general interest in which the third sector entities can operate, in accordance with article 5; the birth of the associative networks, in accordance with article 41; the establishment of the new National Single Register of the Third Sector, in accordance with articles 45-54; the reform of service centers for volunteering, in accordance with articles 61-66; the provision of a specific fund for support the initiatives and activities of the associative bodies of the Third Sector, in accordance with article 72; the establishment of the Council the Third Sector, in accordance with articles 58-60; the reform tax assessment of the third sector entities, in accordance with articles 79 to 89; the introduction of a social bonus for the exploitation of public buildings for the third sector entities and the introduction of the titles of solidarity, in accordance with article 77; the provision of tax benefits for the activities of the Third sector. See also G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 726 ss.

² G. ARENA, *Amministrazione e Società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 42 ss.

³ D. CARDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *federalismi.it*, 31 gennaio 2018, 1 ss. For more general and previous considerations on the same field, F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 45 ss.

citizenship, cohesion and protection social, to encouraging participation, inclusion and fullness development of the person, to enhance the potential for growth and growth employment, in implementation of Articles 2, 3, 4, 9, 18 and 118, fourth paragraph of the Constitution».

In fact, in theoretical reference to the new Code, it can be considered the branch of the so-called civil economy; an idea of society as a multi-centered and multi-dimensional reality. In this society dynamics are not focused any longer on the figure of a functional man, that would have given – according to Böckenförde’s criticism - all the models of sociality, that do not obey to self-interests, a kind of non-influential background. On the contrary, based on more recent studies, in the society, there would live human beings that consider each other reciprocally responsible and in turn make an effort in mutual and public-spirited supporting relations⁴.

In this regard, the new Code extracts previous references within the administrative law in the sphere of organization and management of welfare, leaning toward the satisfaction of social rights. This model of welfare guaranteed a process of putting into a legal area particular types of goods, being related to the ratio of proximity between the bodies of the Third sector (voluntary work, non-governmental organizations, social enterprises, cooperative companies, social cooperatives etc..) and the users of the services, which we have called relational goods⁵.

According to this theoretical reconstruction, goods whose usefulness for the consumers depends, beyond the intrinsic and objective characteristics of the same goods, and also from the method of communication and mutual interaction among the people that produce these goods and those that use them, are a remedy to social needs.

Within the category of goods in the legal sense, it is important to note the very precise identification of some immaterial entities, other than corporeal things, although considered subject to rights.

With regard to these kinds of goods, the ways of enjoyment can be oriented in a direction no longer exclusive, but plural and/or supportive. The charge of conflict, which, in the traditional approach surrounds the interest for the good and results in an individualistic structure of enjoyment, is tempered by the renewal of the same interest in head to a series or plurality of subjects, each of which has, with regard to the same good, a non-rival relationship regarding the other, as the enjoyment of one is not a limitation to the others.

It is important to add, with reference to this issue, that the same public doctrine has proved useful to access (among many) to the famous distinction between exclusive goods and inclusive goods.

⁴ J.T. GOUDBOUT, *Il linguaggio del dono*, ed. it., Torino, 1998; L. BRUNI, *The Value of Sociality: Economics and Relationality in the Light of the Economy of Communion*, in *Revista portuguesa de Filosofia*, 2014, 64 ss.

⁵ See V. BERLINGÒ, *Beni relazionali. L’apporto dei fatti di sentimento all’organizzazione dei servizi sociali*, Milano, 2010; ID., *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Diritto amministrativo*, 2012. The scholars of administrative law cannot but continue a comparison of more opinions, equal to those of other disciplines, some of which intend to contribute furthermore to the task of analyzing the social dynamics of contemporaneity, in which they are reflected, in the alignment to an immanent uncertainty and of a fragmentary and liquid state, the typical features of society, perhaps prisoner of the myth of reason and so little inclined to valorize the pushes that come from the emotions and passions, useful instruments to deepen the imminent advancing of complexity and of risks to it linked. In such a scenery, the theme of Welfare System – as known specifically predestined to the safeguard of rights of those who live in condition (and/or exposed to risks) of extreme poverty, infective illnesses, lack of primary education, environmental unsustainability, disappearance of genre, compared to the *Millenium Development Goals 2030* are still far from their achievement – it offers interesting and relevant hints for a deep reflection, history showing that exacting in coincidence to particular situation of crisis the acknowledgement of social rights has contributed to ensure an always increasing demonstration of interior dimension in individuals, scanning the transformation in a person from an abstract man put at the centre of the seventeen hundred declaration of rights. From no legal disciplines, useful suggestions arise that invite to go beyond the residual conditioning that goes back to an enlightening vision, from which a thought ‘amputate’ of human being was inherited, as reason to the small relevance accorded to the emotive sphere compared to the rational sphere. In this sense, we can say that the appeal to a multi o inter disciplinary prospective to the use of each recent paradigm typical of neuro-science, psychology, sociology and also economics, that take steps from an updated representation, inclusive and multi-experienced of the human nature, seems to have profitable results for the converging of new contributions in safeguarding social rights.

If then there is such a good where, not only conflicting relationships exist, but there is a web or network of relationships of solidarity among the people able to trigger off a fruitful and successful circuit of reciprocity, the phenomenon is likely to lead to a sort of autonomous or additive social utility. It is to be framed in a category to itself of the amplest class of the inclusive goods, that valorize the potentialities of the mutual interaction among the people and can assume the denomination of relational goods.

Such goods cannot be identified in the ‘cold’ delivery of a financial benefit for so to say ‘*capitaria*’ (i.e. for individuals) from the State, because they cannot be produced, consumed or acquired by the subject *uti singuli*⁶.

Given their narrow connection with profiles of reciprocity and sharing, the relational goods become co-essential to the services while settling in material dimensions (such as a canteen, home care, the management of a housing community for minors or an educational daytime center for disabled), as rendered by particular subjects, and the entities of the Third Sector. This allows the recipient (or the user) with whom they are interacting, to redeem himself from a merely passive, anonymous and impersonal condition, on the edge of legal bounds, to participate actively.

Innovating welfare means, then, building a new governance capable of developing innovative projects and products, strengthening relations between different subjects, creating models of coordination that are inspired by the principles of participation and reciprocity⁷.

In this perspective Article 2 of Legislative Decree n. 117/2017 recognizes the value and the social function of the Third Sector as an expression of participation, solidarity, and pluralism. Article 2 arranges for development and the original contribution to the pursuit of civic, solidarity and social utility purposes «also through forms of collaboration with the State, the Regions, the Autonomous Provinces and local authorities»⁸.

2. The legal notion of Third Sector Entities

The Code first consecrates the expression ‘Third Sector’, which takes the place of the previous fiscal qualification of non-profit organizations of social utility (ONLUS). At the same time, the Code «dissolves the crux of its conceptual definition, making the transfer of the notion of Third Sector from the field of economics and sociology to the legal field»⁹.

The concept of the Third Sector becomes legal notion from the title of the provision; respect that it is necessary to check if one of his own nominal positivization also corresponds to a legalization of content¹⁰.

In this regard, the Article 4 of the Code in the implementation of the provisions pursuant to Article 1, paragraph 1, of the Delegated Law n. 106/2016, provides that Third Sector entities are the bodies that fall within specific organizational forms already typified by the Code or by another decree implementing the Delegated Law (i.e. voluntary organizations; promotion associations social; philanthropic institutions; social enterprises, including social cooperatives; the associative networks and the mutual associations). In addition to these, the same article mentioned the so called ‘atypical’ entities, structured as ‘generic’ recognized associations or unrecognized, foundations or other bodies of law private companies other than companies.

⁶ A. SUPLOT, *Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale*, in S. CHASSAGNARD-PINET - D. HIEZ, *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, Paris, 2007, 19 ss.; nonchè ID., *Homo Juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Mondadori, Milano, 2006, 27 ss.

⁷ On the main relevance of the administrative law for the forecast of the new the law governing the third sector, see M. VITA DE GIORGI, *Terzo settore. Il tempo della riforma*, in *Studium Iuris*, 2018, 139 ss.

⁸ L. BOZZI, *Terzo Settore: osservazioni a “prima lettura” su una riforma culturale prima che giuridica*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1253 ss.

⁹ D. CARDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017*, cit.

¹⁰ M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore (D. Lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un’occasione mancata?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1 ss.

A second important condition is that all the typical or atypical bodies indicated above deemed to be Third Sector entities, must pursue civic, solidarity purposes or of social utility through the development of one or more activities of general interest in the form of voluntary action and free donation of money, goods or services, or mutuality or production or exchange of goods or services. According to the formulation of the article, there is a qualifying element in the negative, that is to say, the lack of profit. Unlike the previous provisions, the principle of non-distribution constraint joins and no longer replaces those finalities (civic, solidarity and social utility)¹¹.

The activities of general interest are typified in the full list of the Article 5 of the Code. The latter provides a list of twenty-six typological activities – some with referrals to other special laws - which by legislative choice are considered of general interest; the provision, therefore, leaves no space for any further value judgment for these activities which, if carried out in accordance with the sectoral legislation, automatically fall within the activities of interest¹². The Article 5 adds that they may be periodically updated by decree of the President of the Ministers Council.

¹¹ M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore (D. Lgs. 3 luglio 2017, n. 117)*, cit.

¹² According to Article 5, paragraph 1, of Legislative Decree n. 117/2017: «Third sector entities, other than social enterprises including social cooperatives, they exercise exclusively or main one or more activities of general interest for the pursuit, of non-profit, civic, solidarity and social utility. The activities of interest general, if carried out in accordance with the particular rules that regulate the exercise, are considered the following about: a) social interventions and services pursuant to article 1, paragraphs 1 and 2 of the Law of November 8, 2000, n. 328, and subsequent modifications, and interventions and services pursuant to law February 5, 1992, n. 104, and to the law of June 22, 2016, n. 112, and following modifications; b) interventions and health services; c) social and health services in accordance with the President's decree of the Council of Ministers of 14 February 2001; d) education, education and vocational training, pursuant to of the law of 28 March 2003, n. 53, and subsequent modifications, as well as the cultural activity of social interest with educational purposes; e) interventions and services aimed at safeguarding and improving the conditions of the environment and the prudent and rational use of natural resources, with the exclusion of the habitual activity of collecting and recycling urban, special and dangerous waste; f) interventions for the protection and enhancement of cultural heritage and of the landscape, according to the legislative decree January 22, 2004, n. 42, and subsequent modifications; g) university and post-graduate education; h) scientific research of particular social interest; i) organization and management of cultural, artistic or recreational activities of social interest, including activities, also editorials, promotion and dissemination of the culture and practice of the voluntary work and activities of general interest referred to in present article; j) community sound broadcasting pursuant to of the article 16, paragraph 5, of the law August 6, 1990, n. 223, and further modifications; k) organization and management of tourist activities of social, cultural or religious interest; l) extra-school training, aimed at prevention of early school leaving and scholastic and educational success, the prevention of bullying and the fight against poverty education; m) instrumental services to Third sector entities rendered by bodies composed not less than seventy percent by entities of the Third sector; n) development cooperation, pursuant to the law of August 11, 2014, n. 125, and subsequent modifications; o) commercial, productive, and educational information, promotion and representation activities, concession in license of certification marks, carried out within or in favor of fair trade chains, to be understood as a relationship commercial with a manufacturer operating in an economic area disadvantaged, usually located in a developing country, on the basis of a long-term agreement to promote the access of the producer to the market and providing for the payment of a fair price, development measures in favor of the producer and the obligation of the manufacturer to guarantee safe working conditions, in compliance of national and international regulations, in order to allow the workers to lead a free and dignified existence, and of respect trade union rights, as well as to commit to the contrast of child labor; p) services for insertion or reintegration into labor market for workers and persons referred to in Article 2, paragraph 4, of the legislative decree revising the rules on social enterprise, as referred to in Article 1, comma 2, letter c), of the law June 6, 2016, n. 106; q) social housing, pursuant to the decree of the Ministry of Infrastructure of April 22, 2008, as amended, as well as each other activity of temporary residential character directed to social meeting, health, cultural and training needs or working; r) humanitarian reception and social integration of migrants; s) social agriculture, in accordance with article 2 of the law August 18, 2015, n. 141, and subsequent modifications; t) organization and management of sports activities amateur; u) charity, distance support, free assignment of foods or products referred to in the law of August 19, 2016, n. 166, and subsequent modifications, or provision of money, goods or services to support disadvantaged persons or activities of general interest pursuant to this article; v) promotion of the culture of legality, peace among peoples, nonviolence and unarmed defense; w) promotion and protection of human, civil, social and political rights, as well as the rights of consumers and users of the general interest activities referred to in this article, promotion of equal opportunities and mutual aid initiatives, including banks of the times referred to in Article 27 of the Law of March 8, 2000, n. 53, and the joint purchasing groups referred to in Article 1, paragraph 266, of the Law of December 24, 2007, n. 244; x) care of procedures for international adoption pursuant to the law of May 4, 1983, n. 184; y) civil protection according to the law of February 24, 1992, n. 225, and subsequent modifications; z) requalification of unused public goods or assets confiscated from organized crime».

A third important factor is that they are to be considered only Third Sector entities included in the Single National Register of the Third Sector referred to Article 45, in addition to being typical or atypical, and pursue one or more of the activities of general interest pursuant to Article 5 of the Code¹³.

3. *The relationship between the Third Sector and Public Bodies, according to Title VII of the Code.*

The Code deals with the relationship between the Third Sector and Public Bodies into Title VII¹⁴.

Paragraph 1 of Article 55, prescribes that the public bodies in the exercise of their functions of planning and organization at the territorial level, concerning the activities of general interest contemplated in the Article 5, must involve the Third Sector entities in an active way.

A multiplicity of principles should guide administrative action. Among these principles, the article mentioned: subsidiarity, cooperation, effectiveness, efficiency and economy, homogeneity, financial and equity coverage, responsibility and uniqueness of the administration, organizational and regulatory autonomy. In this regard, it has been noted that these are the same principles that govern the planning and organization of the Integrated System of Social Interventions and Services, pursuant to Article 1, paragraph 3, of the Law no. 328 of 2000¹⁵.

The approach in which they move is to direct the administrative activity in a functional way to the objectives that public bodies intend to achieve, encouraging and guiding forms of aggregation between institutions in order to obtain optimal levels of service delivery and savings of expense.

In particular, the Article 55 identifies three tools through which to develop the partnership: co-planning, co-programming and accreditation¹⁶. The Article 56 regulates the conventions. Ultimately, the Article 57 contemplates the specific case of agreements concerning emergency and urgent medical transport service.

3.1. *Co-programming*

The co-programming, pursuant to paragraph 2 of the Article 55, is aimed at identifying the needs to be met and on the basis of these, the necessary interventions, the ways to achieve them and the resources available.

The co-programming, to which paragraph 2 is dedicated, is understood as a form of involvement of the entities of the Third sector in terms not co-decision makers, but more exquisitely participatory, in order to help the Public Bodies¹⁷.

This case, then, refers to the theme of participation in making procedures of the so-called 'general' measures, limited by the Article 13 of the Administrative Procedure Act Law August 7, 1990, n. 241¹⁸, as well as of the rules that govern specific procedures and in particular those related to the social planning zone. So, it is a different aspect than the direct delivery of services and therefore than the areas of active co-operation of the Third Sector.

¹³ L. GILI, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. e app.*, 2018, 16 s. Until the new system is not operational, the subscription to one of the registers currently provided for by the regulations of sector is necessary. For a comment to Labor and Social Policy Ministry Note, December 29, 2017, *Codice del Terzo settore. Questioni di diritto transitorio. Prime indicazioni*, see P. A. PESTICCO, *Codice del Terzo Settore: prime questioni di diritto transitorio*, in *Cooperative e Enti non profit*, 2018-2, 7 ss.

¹⁴ D. CARDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017*, cit.

¹⁵ D. CARDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017*, cit.

¹⁶ D. CARDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017*, cit.

¹⁷ D. CARDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017*, cit.

¹⁸ L. GILI, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. e app.*, 2018, 16 s. For more general considerations on value of participation, see, recently, B. GAGLIARDI, *Intervento nel procedimento amministrativo, giusto procedimento e tutela del contraddittorio*, in *Dir. amm.*, 2017, 373 ss.

According to the doctrine, «the public administration can practice co-programming respecting the criterion of impartiality and transparency, only upon the outcome of a public notice that allows ‘sit down at the table’ to interested parties, in possession of the requirements set by the public body. In fact, with the Third Sector Code, the aforementioned institutions are cleared through specific areas such as traditionally that of social services and present themselves now as collaborative forms operating for all activities of general relevance provided by article 5 of the Code. On the other hand, it is doubtful whether there is a true one obligation of public administrations to start co-programming procedures for all activities indicated, even if this would seem reasonable and desirable, since co-programming is not anything but the recognition of the possibility of procedural participation in general and programmatic acts and that this form of participation is positive, because it should result in greater ‘quality’ preliminary investigation of the final decision that is called to take on the public body»¹⁹.

3.2. Co-planning.

The co-planning, governed by paragraph 3 of Article 55, is an operational tool aimed at delivery services. In fact, it is intended to define and possibly implement specific service or intervention projects to meet the needs defined in the light of the planning act referred to in paragraph 2.

The model to which the delegated legislator referred is the one indicated in the Resolution of the National Anti-Corruption Authority (ANAC) n. 32 of January 26, 2016, concerning the *Guidelines for the Assignment of Services to Third Sector Entities and Social Cooperatives*. The resolution identifies a procedure that is divided into two main phases. The first one is dedicated to the choice of the subject with which to share the activities, while the second one is represented by the phase in which the co-design activity is carried out.

Co-planning, especially this integrated plan, is closer to the market and its hybridizations with the Third sector and can give rise to different qualifications.

On the one hand, following the jurisprudence which, dealing with the co-design of social services based on forecasts of the mentioned Law no. 328/2000 and regional legislation of reference, has qualified the institute in terms of a contract, the Third sector can also compare with public administration through the Market rules and also in competition with ‘inhomogeneous’ operators²⁰.

¹⁹ D. CARDIOLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017*, cit.

²⁰ It's known that the contribution offered by certain European documents, especially of soft law, allows to locate a policy of promoting the c.d. *Buying Social*, within which Member States are urged to introduce, in the tender procedure, rules that give relevance to c.d. ‘*Social clauses*’. A guide, adopted by the European Commission on October 2010, employs, in fact, the expression ‘Buying social’ to indicate the possibility for governments to come «to procurement operations that take into account one or more of the following social considerations: employment opportunities, decent work, compliance with social and labor rights, social inclusion (including persons with disabilities), equal opportunities, accessibility design for all, taking account of sustainability criteria, including ethical trade issues and wider voluntary compliance with corporate social responsibility (CSR), while observing the principles enshrined in the Treaty for the European Union (TFEU) and the Procurement Directives». The generic term ‘social aspects’, referring to the matter of public contracts firstly by the case law of the Court of Justice of the European Union, and subsequently developed first with some communications of the European Commission in 2001²⁰ and then with the Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC, has over time acquired an increasingly important legal meaning, so as to enable public administrations to contribute indirectly to the promotion of social development. The most recent evolution of European law in this matter, to which Directive 24/2014 is the last step, transcends, therefore, the original perspective, purely mercantile of Union Europe, to access a more balanced approach, emphasizing requirements that work to give, in an equal measure, sustainable economic *and* social development. The Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC – which waits to find implementation in the Member States, that make up Europe, including Italy, whose legislation is found in new Code of public contracts (Legislative Decree 18 April 2016, n. 50) – has completed a thorough review of the European rules on public contracts, also on the opportunities offered for public authorities to take into account social considerations in their public procurement.

However, it is necessary to stress that there are also possible hybridizations²¹, i.e. that certain contracts are reserved only for social enterprises or structures similar organizations, as in the case of Article 143 Legislative Decree no. 50/2016, concerning Code of Public Contracts, or even that analytic application of the market rules, normally operating for public contracts, be mitigated against a greater recognition of the discretion of the institutions public, which is the case of the ‘lightened regime’ operating for social services and others, now regulated by Article 142 of the same Code of Public Contracts²².

On the other hand, a different qualification proposal in light of recent forecasts of the Third Sector Code is one offered by the ANAC, with the mentioned 2016 Guidelines. In fact, the Authority already envisaged the qualification co-designing not in terms of contract public but of ‘procedural agreement of collaboration’, which is a sort of partnership collaborative private public. According to the doctrine, this agreement would be distinguished from a contract or a concession of services compared to the fact that the partner private participates actively in the co-planning, providing additional resources, such as equipment, human resources, the capacity of the candidate subject to obtain contributions and/or financial resources by non-public bodies²³.

3.3. Accreditation.

Paragraph 4 of the Article 55 takes into consideration the «forms of accreditation», as instruments through which public entities can identify the Third Sector bodies with which to activate the partnership for the purposes of co-planning.

In particular, accreditation is used to regulate the entry into the Market of parties wishing to provide services on behalf of the public. In this case, the accreditation serves to access the selection procedures operated by the administration. In other cases, accreditation is used to promote and improve the quality of services. Operators are required to guarantee predetermined structural and organizational levels and, through accreditation, the lenders are selected, then monitoring and performance verification. In the national panorama, there is therefore no single model of accreditation and this justifies the indication contained in paragraph 4 of the article 55, which generically refers to the “forms of accreditation²⁴.”

The well-known model of accreditation is one introduced in the health sector by Legislative Decree no. 502/1992, as a tool for verifying and guaranteeing the quality and safety of assistance, in a context where the technical-professional, organizational and structural requirements and expected behaviors are defined at a regional level; and then extended to the social-assistance area, by the Law no.

²¹ M. MATTALIA, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, 465 ss.

²² L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - “alleggerito” frutto di una “complicata semplificazione”*, in *Urb. e app.*, 2016, 1001 ss.; P. MICHARA, *La attività altruistiche ad alta intensità di manodopera e i “regimi particolari” nel d.lgs. 50/2016*, in C. MARZUOLI - S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017, 221 ss. The new goals are developed in specific provisions of the Directive, such as the article 20 (Reserved contracts); the 76° having regard; the 114° having regard. Then the Title III takes care of particular procurement regimes, particularly for Social and other specific services. The article 74 foresees a ‘light system’ for the award of these services (with particular rules on publication of notices in article 75 and specific principles of awarding contracts in article 76). The discipline is completed in next article 77. For a comment of previous rules, see V. BERLINGÒ, *Partecipazione a pubbliche gare ed appalti riservati*, in F. SAITTA (a cura di), *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Padova, Cedam, 2016, cap. XXIV; ID., *Buying Social in the new Public Procurement Law. The European and Italian systems*, in *Prawo zamówień publicznych*, 2015- 3, 12 ss.; and also P. MICHARA, *Contrattazione e servizi “relazionali” ai sensi delle Direttive Comunitarie 2014/23/UE e 2014/24/UE. Spunti per un inquadramento*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2016, 461 ss.

²³ L. GILI, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, cit.

²⁴ D. CARDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017*, cit.

382/2000, which configures accreditation as a necessary condition for all residential and semi-residential services and facilities, regardless of whether they are public or private operators²⁵.

The Regions have also regulated the accreditation differently and have extended its application, attributing different purposes to it.

The provision states that regardless of whether or not accreditation or other instruments are used, the principles of transparency, impartiality, participation and equal treatment must be respected, and that the administration must first define the general and specific objectives of the intervention, the duration and essential characteristics of the same, as well as the criteria and modalities for the identification of partner institutions.

3.4. *Convention.*

The legislative decree no. 117/2017, in the Article 56, also takes into consideration the traditional partnership model, i.e. the convention. On the other hand, the convention is envisaged as an exceptional instrument with respect to co-planning. In fact, these agreements can only be signed with voluntary organizations and social promotion associations, exclusively for the performance of third-party activities and social services of general interest and on condition that the use of the market is less favorable and not no consideration is paid, but only the reimbursement of the expenses actually incurred. For the identification of the contracting party, the administration is required to establish a comparative procedure reserved for voluntary organizations and social promotion associations, with the observance of «the principles of impartiality, publicity, transparency, participation, and equal treatment». In addition, the requirements to be presented by the candidates are detailed in paragraph 3: in addition to the general requirements of professional morality, there are those pertaining to the organizational structure and activity. The legislator delegated then provided in paragraph 4 of the Article 56, in a very precise manner, the elements that the conventions must contain, in particular as regards control over the implementation of the agreement, in the dual perspective of continuity of services and respect for «rights and dignity of users»²⁶.

3.5. *Agreements concerning emergency and urgent medical transport service.*

Title VII dedicated to relations with third sector entities closes with Article 57, where a special rule for the assignment of the emergency and emergency medical transport service is regulated. The model is that of the convention governed by paragraphs 2, 3 and 4 of the Article 56, however, the assignment is reserved to voluntary associations, registered for at least six months in the National Register of the Third Sector, members of a national association network referred to in Article 41, paragraph 2, and accredited pursuant to regional legislation in matter, where it exists. It is also necessary that through the direct assignment the service of general interest is guaranteed «in a system of effective contribution to a social purpose and to pursuing the objectives of solidarity, in conditions of economic efficiency and adequacy»²⁷.

²⁵ See, *ex multis*, M. RENNA, Art. 11, in E. BALBONI–B. BARONI –A. MATTIONI–G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato ai servizi sociali. Commento alla legge n.328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2007, 300 ss.; and also V. MOLASCHI – R. MORZENTI PELLEGRINI, *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2012.

²⁶ D. CARDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017*, cit., 1 ss.

²⁷ See, again, D. CARDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017*, cit., 1 ss. It's well to recall that, ultimately, the European Court of Justice, Section V, asked to rule on the compatibility of an Italian regional law with the provisions of EU law on public procurement and with the competition rules of the Treaty, by the judgment of 11 December 2014, Case C-113/13, does save the law in so far as the same provides that the supply of healthcare transport services of urgency and emergency should be primarily charged with direct delivery, in the absence of any advertising, to voluntary associations affiliated, provided the legal and conventional framework, where the activities of the associations in question take place, contributes effectively to social purpose and to the objectives of solidarity and efficiency of budget, on which that regulation is based. See CARANTA R., *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-*

4. *The role of the Third Sector for a new model of Welfare*

In the frame marked by Articles 55-57, the Third Sector and public bodies find themselves having to rethink their mutual roles within a stable regulatory, administrative, and methodological framework.

In fact, it is not a matter of simple cooperation tools, but rather of the typing of a method for building public policies, involving different resources and points of view, coming from the public subject and the Third sector, of a model/system of sharing ownership of the public function and related responsibilities, in order to implement activities and interventions.

With this in mind, observance of the principles of adequacy and economy, as prescribed by art. 55, paragraph 1, imply that collaboration with the Third sector must respect the identifying characteristics of the different organizations, so as to involve subjects that, by structure and vocation, are as coherent as possible with respect to the needs taken into consideration by the public administration. The examined types of cooperation push the Third sector organizations to activate aggregation networks, to create a system of different professional skills and to organize tasks and responsibilities in a unified way, thus building a unique interlocutor with public administration²⁸.

In order to reach a more concrete development of the perspective of the Third Sector into the matter of Welfare, we must proceed to re-read different sources, national and (especially) supranational in force until now, which, according to personalism, is an interpretive key based on an integrated view of the principles of solidarity²⁹.

Only in this way, the profiles of individual freedom can be easily joined by profiles of dutifulness, able, in turn, to extend the same definition of human dignity beyond which to each his own. The concept of dignity, often evoked by the Italian Constitutional Court, cannot only include the *hard core* of social rights; having to also encompass the human dimension, modeled to the duties of solidarity, makes the subject share in community life and transcends the concept of 'quality of life'.

According to this sense, we can understand immediately how and why an act motivated by the feeling-value of close solidarity is justifiably seen in the choice of whom intentionally directs its actions in terms of services for building up the social consortium and, in this direction, for the structures of the c.d. Third sector.

profit, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 512; COLELLI C., *Corte di Giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 377.

²⁸ D. CARDIOLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017*, cit., 1 ss.

²⁹ Social policy is today the result, in fact, the interaction of a plurality from national, supranational, and international sources. The presence of provisions based on the legal systems characterized by partially differing objectives, in highlighting the need to identify mechanisms of coordination and harmonization to ensure coherence in national systems, it has led to the introduction of limits imposed by the rules of international law and European Union law in the field of social rights towards the power of States to adopt c.d. regressive measures, after identification of a minimum set of obligations that the States are required to comply in all circumstances, they cannot, therefore, usefully rely on the reduction of resources available to justify any exceptions. On this last point, see D. RUSSO, *L'armonizzazione della politica sociale attraverso prescrizioni minime internazionali ed europee*, in *Riv. dir. intern.*, 2012, 762 ss. In turn, the safeguard clauses of the competence of national systems in the field of social policies does not only limit the intervention of conventional or European protection mechanism, to cases in which the same national systems prove inadequate to ensure the minimum protection, but they lend themselves to power upon the occurrence of conflicts between legal systems in the face of a co-existence of minimum requirements for conventional and supranational level, and the assumption of obligations incompatible by the Member States. It follows that the Strasbourg Court - whose jurisdiction is based on Article no. 154, paragraph 4 TFEU, which requires the compatibility of a *higher* national treatment with the Treaty, even when it, as now said, could interfere with the conventional law - seeks to devise a *hard core* around protection to fundamental rights, with the recognition of a minimum level of services; and even when it pushes to recognize the new social rights, thus regarding a kind of abstract man, and still in a dualistic vertical type of vision, which leads the Court with a clear separation between state and civil society, proposing a model of guarantying administrative law. In this regard, see COSTAMAGNA F., *Riduzione delle risorse disponibili e abbassamento dei livelli di tutela dei diritti sociali: il rispetto del nucleo minimo quale limite all'adozione di misure regressive*, in *Dir. um. e dir. intern.*, 2014, 371 ss.

The subjective cases in which the most mature phase of the institutional and social pluralism is expressed, that of the principle of horizontal subsidiary, recovers in the emotional component a specific element of improvement and legal relevance³⁰.

In the constitutive acts of these subjective figures the intellectual-voluntary structure - still necessary to intervene in the legal realm - is, moreover, used as a simple vehicle to express and realize, from an already programmatic point of view, a particular emotional tension/ reaction (feeling of solidarity, closeness, empathy etc.), which unites, inspires and animates the authors of the action, and characterizes and qualifies them last in comparison to other initiatives, targeted to the same practical purpose (production of a particular service), but with different motivation and animus.

If we want to go beyond the protection of the subject-person, individually considered, for his/her interests to the use or enjoyment of goods, object of the services pertaining to the social rights, it is essential to emphasize a legal perspective that values also the production of new types of goods or utilities, the result of feelings of empathy and reciprocity between providers and users of services involving the circulation of relational goods.

In this perspective, the legal relevance of the social (emotional) aspects is considered closely connected to the theme of sustainable economic and social development, reaching a breaking of the link that ties (*rectius* sacrifices) social needs and services for them disbursed, to the programs of austerity, just considering the fact that social rights, as expensive, should be necessarily subject, to their practical implementation, a principle of gradualness³¹.

In fact, if it is assumed that they can be satisfied only through an organization providing services, object of those rights, it would be to such an indispensable tax intervention of the State or the public authorities generally, with the risk of altering the delicate balance between freedom and equality, and with an excessive sacrifice of competition and market rules.

In this regard, it should be noted that the risk of this alteration can be by no doubt reckoned only with reference to the implementation of social rights for which it is necessary to resort to basic public services and the use of inclusive goods (such as health networks and forms of public transport, generalist and universalist), albeit antithetical to exclusive goods due to initiatives of private and to objects of dominical rights (for example: insurance against illness, ownership of motor vehicles, etc.).

Minor, or straight void, should be considered the risk above feared in the case of protection of social rights related to relational goods, largely due to the free and spontaneous initiatives of solidarity of citizens and only minimally to the authoritative interventions.

Among other things, the costs of these last interventions would largely be covered by social utilities and the benefits and additives advantages, the result of the synergies of reciprocity induced by the special relationships that develop between providers of services and their users.

5. Brief conclusions.

In a legal system, informed to the synthesis of values generated by certain principles, such as those contained in Articles 2 and 3 of the Italian Charter, it can be found in the same fundamental texts, such as the Italian Constitution and the different transnational Charters, with it virtuously coordinated, sufficient material to draw upon for ensuring the most intense (and not the minimum) taking into account of social considerations.

³⁰ To better define the relationships between solidarity and subsidiary, it can be added, as already correctly sustained, that the principle of horizontal subsidiary - now that the same results expressly recalled by the fourth paragraph of the updated article no. 118 of Italian fundamental Charter - acts (should act) as an factor of 'rationalization of the solidarity'. The latter would be by itself brought, to reason towards the emotional root from which it branches, not recognizing any limits, while the subsidiary brings back (must bring back) within reasonable legal boundaries the liberal activities of assistance, specifying in what form and by what measure they can take action in the context of the system of the autonomy authorities, how far and in what way it can push the cooperation of the privacies in the carrying out of the activities of general interest and what instead the areas are, in which the public powers have to directly bear the needs of the citizens.

³¹ See M. BLYTH, *Austerity. The End of a Dangerous Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

In this perspective, the relief offered to the production of relational goods, the fruit of vitality and free civil society initiatives, can offer valuable support, also to a theoretical level, to the argument that the value of solidarity can (should) be found in the social buying.

The valorization of the virtuous synergies of a parallel subsidiary with solidarity into the Italian welfare system cannot be neglected for the goals to use the purchasing power of public authorities to opt for goods and services that also deliver good social outcomes in the direction of a sustainable economic and social development.

Roberto Giovanni Conti
La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile? *

A mio padre

SOMMARIO: 1. *Premesse.* – 2. *Principi e diritti fondamentali nella l. n. 219/2017.* 3. *La dignità.* – 4. *Il diritto alla vita ed all'autodeterminazione nella giurisprudenza della CtEDU - artt. 2 e 8 CEDU -.* – 5. *La salute e l'attività medica* – 6. *L'esigenza di bilanciare come regola di base del legislatore e del giudice in tema di biodiritto, anche se in gioco ci sono il diritto alla vita e/o quello all'autodeterminazione.* – 6.1. *Lacune della legge n. 219/2017 e possibili modi di soluzione.* – 7. *Il ruolo del consenso ai trattamenti sanitari.* – 8. *'Schegge' di riflessione sui casi Lambert e Lambert c. Francia, Gard e altri c. Regno Unito e Afiri e Biddarri c. Francia. Interruzione delle cure in caso di prognosi infausta o di imminenza di morte (art. 3 c. 2 l. n. 219/2017).* – 9. *Consenso, autodeterminazione ed ascolto di minori e disabili. Il 'prima' della legge n. 219/2017.* – 9.1 *Il consenso informato del minore ai trattamenti sanitari secondo l'art. 3 l. n. 219/2017.* – 9.2 *La richiesta di interruzione delle cure del minore inascoltato ed il silenzio della l. n. 219/2017.* – 10. *Atti di cura ed amministrazione di sostegno* – 10.1 *Consenso informato e disabilità.* – 11. *La DAT e il ruolo del giudice.* – 12. *La centralità del ruolo del Giudice Tutelare dopo la l. n. 219/2017.*

1. *Premesse.*

Il tema assegnatomi presenta, per l'un verso, evidenti profili di fascino, correlati alla necessità di riflettere, con l'occhio del pratico, su una legge attesa per lunghi anni, in assenza della quale l'intervento giurisprudenziale, per molti versi decisivo rispetto agli approdi raggiunti dalla l. n. 219/2017, è stato per varie ragioni messo sotto la lente del telescopio e per questo letto e riletto in modo variegato, a seconda della prospettiva utilizzata dall'ottico di turno.

Per altro verso, l'esigenza di un *focus* sulla legge in un tempo esiguo costituisce una vera e propria sfida per chi ha avuto il privilegio di offrirvi queste riflessioni, all'interno di questa sede così autorevole e prestigiosa.

In questo tentativo proverò dunque a fissare alcuni punti che a me sono sembrati essere quelli cardinali rispetto alla disciplina positiva, che si snoda su molteplici questioni.

Per fare questo dedicherò autonomi spazi di riflessione a singole tematiche che all'interno della l. n. 219/2017 assumono peculiare rilievo.

2. *Principi e diritti fondamentali nella l. n. 219/2017.*

Il primo tema che mi pare utile approfondire è quello direttamente collegato all'interrogativo di base che pone il titolo della sessione pomeridiana e cioè quale sia il ruolo del 'principio' espresso dall'art. 5 c.c. in tema di atti di disposizione del proprio corpo.

In definitiva, la legislazione appena introdotta sembra codificare un compendio di principi e diritti fondamentali che risultano destinati a modificare l'approccio della persona rispetto al proprio corpo e, in definitiva, la prospettiva di indisponibilità assoluta del proprio corpo che il ricordato art.5, collocato temporalmente in epoca precostituzionale, ha per lungo tempo assunto.

Per far ciò non può che prendersi le mosse dall'art. 1 c. 1 della l. n. 219/2017 che così si esprime:

La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2¹, 13² e 32³ della Costituzione e degli articoli 1⁴, 2⁵ e 3⁶ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto

* Intervento svolto il 22 marzo 2018 all'incontro di studio organizzato dalla Scuola della Magistratura e dall'presso la sede dell'Accademia dei Lincei su *La bioetica ed il complicato mestiere del giudice: un viaggio in punta di piedi in un mondo ancora da esplorare, svoltosi presso l'Accademia dei Lincei nei 21/23 marzo 2018.*

alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.

Si tratta di una 'norma manifesto' che, pur riferendosi, in apparenza, solo al tema del consenso ai trattamenti sanitari delle persone adulte e capaci si irradia, in realtà, verso l'intero testo legislativo - e dunque non solo al successivo art. 3 che espressamente la richiama a proposito del consenso prestato nell'interesse di minori e disabili-, al cui interno i singoli istituti introdotti sono, all'evidenza, essi stessi frutto dell'operazione di proporzionalità e bilanciamento posta in essere sul piano legislativo.

Disposizione, quella del comma 1 dell'art.1, che rende palese l'intenzione e lo scopo perseguito dal legislatore, ma aiuta altresì l'interprete a ritrovare i principi cardine che costituiscono il fondamento dell'intero testo normativo.

Non serve in questa fase, o serve a poco, interrogarsi sul se la legge offra dei segmenti di protezione superiori o uguali o, addirittura, in qualche modo circoscritti rispetto a quelli che il diritto giurisprudenziale aveva garantito in epoca precedente, più utile risultando studiare e riflettere sul quadro dei principi che il legislatore ha utilizzato nell'accostarsi ad un tema che, tra quelli biogiuridici, è stato sicuramente uno dei più discussi nel nostro Paese.

In questa prospettiva si rende evidente che l'aver accostato, nel primo comma dell'art.1, una pluralità di principi e diritti fondamentali nel nostro sistema costituzionale, affiancandoli a parametri tratti da un altro *bill of rights*, questa volta di matrice sovranazionale - la Carta dei diritti fondamentali dell'UE - pone in prima linea la compresenza di un ceppo di valori tutti riconducibili all'essenza della persona che il legislatore ha inteso contemperare e bilanciare, realizzando un complesso di disposizioni intese, in via prioritaria, a perseguire un'esigenza di certezza del diritto e quindi a superare le critiche, a volte virulente, da alcuni settori della dottrina rivolte all'attivismo giudiziario - ascrivibile tanto al giudice comune che alla giustizia costituzionale - espresso in tema di questioni di fine vita con la vicenda Englaro e con altre meno note, ma non meno decisive per gli esiti che hanno prodotto sulle scelte del legislatore -.

Nel fare ciò lo stesso articolo finisce pienamente per legittimare quelle decisioni, sulle stesse, in definitiva, imbastendo una trama normativa che costituisce il naturale sviluppo di quella pronuncia. Esce allora, ancora una volta confermato che la dolorosa vicenda Englaro non rappresentò tanto e soltanto una *milestone* rispetto al riconoscimento del diritto all'autodeterminazione della persona.

¹ La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

² La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

³ La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

⁴ *Dignità umana.* La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata.

⁵ *Diritto alla vita.* Ogni persona ha diritto alla vita. Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato.

⁶ *Diritto all'integrità della persona.* Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati:

- a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge;
- b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone;
- c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro;
- d) il divieto di clonazione riproduttiva di esseri umani.

Essa era molto, molto di più, offrendo alla società, al mondo giudiziario e all'accademia il volto di un giudice di legittimità capace di affrontare un *hard case* senza pregiudizi, senza pre-orientamenti di natura religiosa, con grande attenzione alla comparazione, ormai divenuta oltre che fonte di ispirazione e di colleganza, canone ermeneutico imposto dalla Costituzione proprio perché consapevole di quanto i fenomeni della globalizzazione rendano necessario un approccio aperto rispetto a temi che toccano l'essenza della persona. Tutto ciò fu realizzato dalla Cassazione senza tralasciare le radici del contesto nazionale nel quale il giudice era chiamato ad operare, ma senza nemmeno perdere di vista la dimensione universale che certi valori tendono progressivamente ad acquisire. Per questo l'affermazione espressa da Cass. n. 21748/2007, secondo cui '... pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali...' costituiva il vero testamento spirituale che la Presidente di quel Collegio - Maria Gabriella Luccioli - insieme ad Alberto Giusti, affidarono non solo alla magistratura del terzo millennio, ma all'intero Paese⁷.

La legge n. 219/2017, nel raccogliere il testimone lasciato da quella pronunzia storica⁸ distingue i principi fondamentali dai diritti fondamentali che pure enumera.

La distinzione, pur chiara in termini dogmatici, lascia il passo all'individuazione precisa delle linee portanti sulle quali si fonda la legge: vita, salute, dignità, autodeterminazione, libero consenso.

Questi i diritti-valori in gioco che, secondo il paradigma normativo scolpito nel comma 1 dell'art. 1 l. n. 219/2017, costituiscono il 'nuovo *habeas corpus*'⁹ e si fronteggiano quando si discute di consenso informato ad un trattamento sanitario.

In definitiva, quest'apertura della legge dedicata ai principi ed ai diritti fondamentali sembra indicare la scelta del legislatore che, memore dell'importanza che quegli stessi canoni avevano giocato prima dell'introduzione della legge nella decisione di alcune vicende di grandissimo impatto sociale, vuole offrire una regolamentazione positiva di quei fenomeni senza sminuire o limitare la portata dei principi rispetto al peso che gli stessi potranno avere nel concreto.

Quei canoni fondamentali sono stati decisivi nell'opera di bilanciamento e proporzionalità svolta dal legislatore, ma non esauriscono certo la loro portata. Anzi, sin da subito può dirsi che essi serviranno anche a *reperire* qualcosa che la legge non ha detto o ha detto facendo ricorso a clausole generali o non ha preso in considerazione per una precisa scelta di campo, proprio perchè orientata ad un intervento leggero e non oppressivo destinato a coniugarsi con soluzioni giudiziarie più adeguate al caso.

L'art.1 sposa, dunque, integralmente la prospettiva espressa da [Corte cost. sent. n. 388/1999](#) che guarda alla piena integrazione fra le garanzie costituzionali e internazionali offerte ai diritti fondamentali e sembra così guardare a quei principi, non più visti come ricavabili da norme particolari, ma nella loro dimensione elastica e potenziale, direttamente proveniente dal complesso e variegato sistema che va individuato attraverso operazioni ermeneutiche sempre più lontane dall'angusto piano dell'art.12 delle preleggi.

⁷ V. volendo, R. CONTI, *Prefazione* a LUCCIOLI M.G., *Diario di una giudice. I miei cinquant'anni in magistratura*, Udine, 2016.

⁸ Sulla portata della sentenza Englaro v., di recente, N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 91. Secondo l'Autore tale sentenza rispecchia il modo di fare giustizia dei tempi nostri, essendo basata su principi, vero e proprio paradigma di un modo di argomentare del giudice che guarda al diritto, anche in chiave comparatistica, come espressione dell'uomo nella sua complessità e che riempie le lacune attraverso la centralizzazione dei principi. Principi che si alimentano incessantemente attraverso le *universali* Carte dei diritti fondamentali e le Corti, nazionali e sovranazionali e che, inevitabilmente, spostano il baricentro dal diritto scritto verso la dimensione, il *momento giurisdizionale*, di quello stesso diritto, attraverso un'opera di 'reperimento' che li colloca al di fuori del diritto positivo per il loro contenuto assiologico di metavalore, secondo quanto affermato dalle Cass.S.U. n. 14201/2008. V., volendo, sul valore della sentenza della prima sezione civile della Cassazione sul caso Englaro, CONTI R., *Leggendo l'ultimo Lipari*, in [Questione Giustizia](#), 1 novembre 2017, 11 novembre 2017.

⁹ PICCINNI M., *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in [BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto](#), n. 1/2018,138.

3. La dignità

Nel testo della l. n. 219/2017 l'espressione *dignità* compare quattro volte. La prima, all'interno del comma 1 dell'art. 1, ove viene qualificata come diritto. La rubrica dell'art. 2 fa invece riferimento alla *Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita*. Sono poi i commi 2 e 3 dell'art.3 ad indicare che il consenso informato è espresso o rifiutato, quando riguarda minore e disabile, *nel pieno rispetto della sua dignità*.

Il plurimo riferimento a tale canone impone all'interprete che sarà chiamato a maneggiarne il contenuto una riflessione non secondaria.

Il concetto di dignità è solito declinarsi, in termini generali, attraverso diversi passaggi che muovono, appunto, dalla centralità della persona umana riconosciuta dalla Costituzione e dalle Carte dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale, in definitiva concordandosi sul suo carattere indefettibile, indissolubile, incomprimibile ed inderogabile.

Ed infatti, all'interno della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 e dei due Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali, pur rinvenendosi, nei rispettivi preamboli, il riconoscimento del valore insito in ogni essere umano quale fondamento dei diritti dell'uomo, la dignità umana non è indicata quale autonomo diritto.

Anche nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani la dignità umana non trova alcuna espressa menzione¹⁰, malgrado la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia riconosciuto che il rispetto della dignità e libertà umana è fondamento e motivo conduttore della Convenzione¹¹, spesse volte richiamandosi a tale concetto.

Il notevole flusso di decisioni della Corte europea che evocano il concetto di dignità¹² parrebbe correlato all'esistenza del quadro normativo sovranazionale preso in considerazione dalla Corte, indiscutibilmente proiettato - soprattutto all'interno del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)¹³ - a riconoscere alla dignità umana il valore di principio immediatamente efficace ed inderogabile, non soggetto ad alcuna operazione di bilanciamento con altri diritti.

È sempre la dignità ad occupare un posto centrale nella Convenzione di Oviedo per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina del 4 aprile 1997 resa esecutiva con la legge 28 marzo 2001, n. 145.

Nel diritto dell'Unione europea la dignità umana, pur non trovando inizialmente espressa considerazione, ha avuto pieno riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁴ e nelle

¹⁰ Nel preambolo del protocollo 13 della CEDU gli Stati contraenti affermano che: *“everyone’s right to life is a basic value in a democratic society and that abolition of the death penalty is essential for the protection of this right and for the full recognition of the inherent dignity of all human beings”*.

¹¹ Corte dir. uomo, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, par. 65. V. anche, a proposito dei trattamenti riservati ai detenuti, Corte dir. uomo, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, in *Riv. inter. dir. uomo*, 2001, 263, par. 94 e Corte dir. uomo, 4 dicembre 1995, *Ribitsch c. Austria*, ibidem, 1996, 199, par. 38.V., ancora, recentemente, Corte dir.uomo, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*- ricorsi nn. 66069/09, 130/10 and 3896/10 - in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 4 luglio 2012, con nota di VIGANÒ F., in relazione alla previsione, contenuta nell'ordinamento britannico, della pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale, ritenuta contraria all'art. 3 CEDU113:»...he Convention system, the very essence of which, as the Court has often stated, is respect for human dignity».

¹² Corte dir. uomo, 27 marzo 2008, *Sukhovoy c. Russia*; Corte dir. uomo, 21 febbraio 2011, *Aleksandr Makarov c/ Russia*, ric. n. 15217/07, § 93.

¹³ Secondo quanto affermato dalla Corte dei diritti umani -Corte dir. uomo 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*- la tortura si verifica quanto vi è un'intenzionale trattamento inumano che causa serie e gravi conseguenze al fine di ottenere informazioni e/o confessioni. Il trattamento inumano, invece, consiste nell'inflizione di una forte sofferenza morale e fisica realizzata senza uno scopo particolare. Ciò che appunto distingue la tortura dal trattamento inumano. Quanto al trattamento degradante, esso si ha quando lo stesso ha lo scopo di provare una sentimento di sofferenza, timore, inadeguatezza nella vittima al fine di provocare umiliazione e vergogna in modo da demolire la resistenza fisica e morale della stessa.

¹⁴ In Corte giust. 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. c. S.*, in *Raccolta*, I, 2143, punto 22, il giudice UE ha statuito, con riguardo ad una discriminazione (fondata sul sesso) nei confronti di un transessuale, che tollerare una

conclusioni degli Avvocati generali¹⁵ facendosi riferimento, di volta in volta, al principio di uguaglianza o di non discriminazione – in questo senso si parla di diritto alla dignità-uguaglianza o *égale dignité*¹⁶.

Il *gap* formale è stato, d'altra parte, pienamente colmato dal Titolo I della Carta di Nizza-Strasburgo dedicato alla dignità - come si è visto espressamente richiamata dall'art. 1 c. 1 l. n. 219/2017 -, ove si trova espresso il principio che *la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata*¹⁷.

Spesso, la Corte costituzionale ha fatto riferimento al concetto di dignità, che compare negli artt. 3, 36 e 41 Cost. ed implicitamente nell'art. 2 Cost.¹⁸.

Ne consegue la duplice valenza del principio della dignità, non solo tutelata in sé, ma costituente anche canone interpretativo di tutti i diritti fondamentali afferenti la persona.

Ora, se non v'è sostanzialmente nessuno più che ormai dubiti del rilievo assunto dalla dignità, non può non fare riflettere il fatto che la concretizzazione di tale valore offre risultati meno appaganti¹⁹.

A parte la divisione esistente fra chi parteggia per una dimensione meramente soggettiva della dignità, in ciò contrapponendosi ai fautori della dimensione oggettiva²⁰, è in fondo insito nel concetto di dignità ed, anzi, ne rappresenta la forza vivificante il carattere composito, al cui interno convivono la dignità come valore intrinseco di ciascun essere umano, che impedisce ogni attentato alla libertà, identità ed integrità della persona, ma anche la dignità come merito sociale e, ancora, la

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. V. anche Corte giust. 13 luglio 1983, causa C-152/82, *Forchieri c. Belgio*, in Raccolta, 1983, 2323 e Corte giust. 13 novembre 1990, causa C-308/89, *Di Leo c. Land Berlin*, in Raccolta, 1990, I, 4185 ove si è fatto riferimento alla dignità umana quale preconditione per l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

¹⁵ V. con riferimento le conclusioni dall'avvocato generale RUIZ-JARABO COLOMER del 10 luglio 2003, nella causa C-117/01, K.B., 77. In relazione al diritto alla parità delle retribuzioni tra lavoratori di sesso maschile e femminile, v. Concl. Avv. generale COSMAS dell'8 ottobre 1998, cause riunite C-50/96 e a., *Lilli Schrder e a.* - 80 -.

¹⁶ Nella sentenza 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi/Parlamento e Consiglio*, in Raccolta, I, 7079, la Corte ha avuto modo di precisare il valore della dignità umana e la tutela a questa accordata nell'ambito del diritto comunitario.

¹⁷ Sono poi le spiegazioni alla Carta a chiarire che la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 consacra la dignità umana nel preambolo: "Considerato che il riconoscimento della dignità, inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo"... Ne consegue, in particolare, che nessuno dei diritti sanciti nella presente Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui e che la dignità della persona umana fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti nella Carta. Non può pertanto subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto. Sul valore di tale richiamo v., diffusamente, RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 179 ss. ed, in particolare, 185.

¹⁸ [Corte cost. sent. 11 febbraio 1999, n. 26](#), a proposito della disciplina carceraria interna. In precedenza [Corte cost. sent. n. 388/99](#), scrutinando l'art. 696 c.p.c., ha osservato che i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 32 Cost. sono «sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona» (v. [Corte cost. 10 giugno 2014 n. 162](#) proprio su temi eticamente sensibili). In generale, sull'uso del termine nella giurisprudenza costituzionale ed in alcune pronunzie della Cassazione (S.U. n. 26972/2008. ma v. anche Cass. n. 2352/2010 sul chirurgo «demansionato») v. MONACO G., *La tutela della dignità umana. Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 1, 45 ss. V., da ultimo, RUGGERI A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in [Federalismi.it](#); ID., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, Comunicazione alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013 in [www.diritticomparati.it](#), 22 ottobre 2013; ID., *Dignità versus vita?*, in [Rivista AIC](#), 29 marzo 2011.

¹⁹ CAROZZA P., *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply*, all'indirizzo web <http://www.ejil.org/pdfs/19/5/1704.pdf>, 933: «... On the other hand, the global ius commune of human rights is very far from merely an expression of the universality of human dignity. Crucially, it has what I have previously described as a 'symbiotic' relationship with the ius proprium of different jurisdictions. The universal value of human dignity remains in a complex and concrete relationship with the particular positive law of any given, specific legal context, such that 'it remains informal, flexible and pluralistic in its relationship to local law and culture'».

²⁰ Ancora A. RUGGERI, *Dignità versus vita*, *op.cit.*

dignità come diritto all'autodeterminazione, o come statura morale di una persona rispetto a determinati comportamenti di rilievo morale o come autopercezione del proprio valore.

D'altra parte, l'analisi di recente compiuta dall'Unità di ricerca appositamente creata presso l'Università di Trento²¹ contribuisce a confermare l'insostituibilità del canone di dignità quale principio base dal quale non può prescindere ove si intende affrontare temi di biodiritto.

Tale ricerca rappresenta, al contempo, riprova dell'ineludibilità di un'indagine di tal tipo ma, anche, la difficoltà, spesso inestricabile, di offrire attraverso una tale indagine uno stabile e sicuro approdo - al giudice prima ed alla collettività - circa la soluzione della questione posta al suo vaglio.

Queste considerazioni, peraltro confermate anche in recenti vicende giudiziarie²², da un lato, escludono di potere utilizzare la dignità come una sorta di *totem* o di *conchetto tampono* o, ancora di *deus ex machina*²³ pur senza porre in dubbio che il nostro ordinamento, sulla base del principio personalistico, sia fondato esso stesso sul concetto di dignità umana dal quale non può prescindere, costituendo il «con-fine» delle libertà fondamentali²⁴. Da qui la difficoltà di enucleare da questo concetto, capace di perdere quei caratteri di nitidezza che sembrano evidenti quando si cerca di inquadrarlo giuridicamente, dei canoni oggettivi e standardizzati e, per altro verso, l'estrema accortezza con cui possa utilizzarsi il canone della «dignità» come risolutivo rispetto ai vari casi che si possono prospettare innanzi al giudice.

Accortezza che, d'altra parte, appare speculare all'atteggiamento mantenuto dalla Corte costituzionale, mai impegnatasi, secondo gli studiosi che hanno approfondito l'argomento, in una definizione del concetto di dignità, utilizzandolo talvolta come limite di diritti costituzionalmente tutelati o come limite alla discrezionalità del legislatore²⁵ e criterio di bilanciamento fra i diritti²⁶, talaltra come rafforzativo o esplicativo di altri diritti fondamentali, talaltra ancora come diritto autonomo o come fonte di nuovi diritti²⁷ o del divieto di trattamenti inumani e degradanti dal quale deriva il diritto a condizioni di vita dignitose per il detenuto²⁸.

Il che, peraltro, non significa affatto recedere dall'idea che il giudice debba considerare la dignità - insieme agli altri attributi fondamentali della persona che sono scolpiti dalle Carte dei diritti- come norma parametro- anzi, più degli altri diritti nei quali si sostanzia in quanto incompressibile-, piuttosto dimostrando che le *concretizzazioni* che di tali principio fondante verranno offerte potranno (e dovranno) risentire di diverse variabili oggettive- culturali, sociali, probabilmente anche economiche- e soggettive, direttamente collegate all'autorità giudiziaria chiamata a pronunziarsi e, ancora prima e di più, connesse al/ai destinatari della tutela reclamata.

Il che val quanto dire che in nome della dignità potrebbero essere ben possibili risultati interpretativi e soluzioni concrete anche tra loro antitetiche²⁹.

²¹V. CASONATO C., BUSATTA L., PENASA S., PICIOCCHI C., TOMASI M., VACCARI G., *Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto*, in *Biolaw Journal, Rivista di BioDiritto*, all'indirizzo web http://www.biodiritto.org/index.php/item/download/49_ef115585fb27cbcd4b19c58b054103da.

²² MONACO G., *La tutela della dignità umana. Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, cit., 71 e 73, il quale ricorda il diverso richiamo operato, nella vicenda Englaro, alla dignità dalla Corte di appello di Milano nella sentenza dell'anno 2006 e da Cass. n. 21748/2007 che la riformò.

²³ Così, testualmente, A.SPADARO A. RUGGERI, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit.

²⁴ V. RUGGERI A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, 2: «... Per un certo verso, la dignità appare essere essa stessa un diritto inviolabile; per un altro verso, essa risulta piuttosto essere un "metadiritto fondamentale", siccome il *fine* ed il *confine* a un tempo dei diritti fondamentali restanti, la radice da cui essi senza sosta si alimentano e per il tramite della quale si inverano nell'esperienza.

²⁵ RUOTOLO M., *Appunti sulla dignità umana*, cit., 3159.

²⁶ SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, § 2.

²⁷ RUOTOLO G., *Appunti sulla dignità umana*, cit., 3163.

²⁸ MONACO G., *La tutela della dignità umana. Sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, cit., 60 ss.; RUOTOLO M., *Appunti sulla dignità umana*, cit., 3157.

²⁹ Ciò sembra possibile anche per il fatto che la dignità umana, accanto ad un nucleo duro non modificabile da alcuno, si compone di una struttura molle, destinata a concretizzarsi in relazione all'ambiente sociale, culturale politico nel quale la stessa viene ad operare. V., ancora, sul punto, A. RUGGERI, *Il principio personalistico*, cit., 6, ove accenna al «...» "nucleo duro" della dignità stessa, nel quale si racchiude ed emblematicamente esprime l'*humanitas* di ciascun

Anche di recente, il richiamo alla dignità umana nelle decisioni di fine vita è sembrato indispensabile. In questa prospettiva la Procura della Repubblica di Milano, nel richiedere alla Corte di Assise che stava giudicando la condotta di Marco Cappato per l'ipotesi delittuosa di cui all'art.580 c.p. un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme della cennata disposizione affermava, per l'un verso, che «...esiste un diritto all'autodeterminazione ed alla dignità, da cui deriva un vero e proprio diritto costituzionalmente garantito in capo al malato irreversibile o terminale, le cui condizioni possano essere considerate lesive della umana dignità, a chiedere ed ottenere aiuto per porre fine alla propria esistenza».³⁰

Per altro verso, lo stesso ufficio requirente, nel medesimo contesto, prospettava il possibile *vulnus* dell'art.580 c.p. rispetto a diversi parametri costituzionali, fra i quali evocava, ancora una volta, la dignità³¹.

Già queste preliminari considerazioni dimostrano quanto sia delicata la ricostruzione di regole generali fisse per quegli operatori che vogliono lasciare fuori i condizionamenti di natura ideologica o si mettano sul cammino, impervio, della ricerca di una linea comune, di tracce da percorrere per evitare che la soluzione espressa dal giudice possa dirsi frutto di mero arbitrio.

Tale atteggiamento di prudenza, in definitiva muove dal convincimento che l'abuso del riferimento alla dignità finirebbe con lo svilire il ruolo, invero, centrale, che esso invece rappresenta all'interno dei Paesi democratici.

Ritornano, allora, imperiosi, alcuni interrogativi di fondo.

In definitiva, il giudice, per come è attrezzato culturalmente, è in grado di offrire una risposta capace di essere accettata senza che questa appaia personale o di parte? La generalità-astrattezza del concetto di dignità può essere governata nel caso concreto in modo da resistere alle accuse che ormai si rivolgono al giudice? E' egli dotato di «competenza» ed «autorevolezza», certamente non richieste ad un burocrate del diritto, capaci di districarsi nel terreno «aperto» dei valori fondamentali, soprattutto quando la dimensione è sovranazionale?

Gli interrogativi sopra velocemente prospettati esigono riflessione e non risposte, piuttosto essi potendo valere da monito costante per l'operatore giudiziario.

Qualcosa, tuttavia, merita forse di essere detto quando discutiamo di dignità più che di altri diritti fondamentali che pure in essa trovano la loro copertura di base. E quel qualcosa, proprio alla luce di quanto si è detto, sta proprio nella consapevolezza di dovere rifuggire dall'idea che sia possibile 'scrivere' e 'decodificare', una volta per tutte, che cos'è la dignità, invece accettando l'idea per cui essa, spettando a qualsiasi essere umano in quanto uomo, non può essere declinata senza

soggetto, si rende apprezzabile nella sua genuina essenza come di *cioè che è proprio di ogni uomo in quanto uomo*». In questa prospettiva, questo tronco di dignità assume «... tratti assolutamente irriducibili, invariati da luogo a luogo e nel tempo e, perciò, autenticamente universali: quelli che si riportano all'uomo in quanto uomo, che danno senso al suo essere un soggetto, una persona» - A. RUGGERI, *Dignità versus vita*, in *Rivista AIC* 1/2011. -. A questo si affianca la componente per così dire «molle» della dignità, condizionata dalla civiltà ed dalla cultura di un popolo, destinata necessariamente a risentire dei modelli sociali del momento e dotata, perciò, di caratteri decisamente meno precisi.

³⁰ V.Memoria P.M. Trib.Milano 4 luglio 2017, in <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/07/580-cp-cappato-questione-legittimita-1.pdf>

³¹ Cfr. Memoria cit. alla nota precedente: «... Un ultimo parametro di costituzionalità con cui l'art. 580 c.p. si pone in contrasto è il diritto inviolabile alla dignità umana. Tale diritto, anch'esso non espressamente previsto dalle fonti costituzionale e convenzionale, si ricava dal sistema nel suo complesso, ed in particolare da una serie di norme che pongono a proprio fondamento tale diritto. In particolare, come già ricordato in precedenza, l'art. 32 c. 2 della Costituzione è concepito al precipuo scopo di garantire la «dignità della persona umana» contro ingerenze non autorizzate nella sua sfera fisica; allo stesso modo l'art. 3 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, ponendo il divieto di «trattamenti inumani o degradanti», implica l'obbligo per gli Stati di rispettare sempre la dignità di ogni individuo. L'art. 580 c.p., però, sancendo il divieto assoluto di aiutare chi si trovi in condizioni «indegne» – da un punto di vista soggettivo, ma che trovino riscontro nella oggettiva realtà dei fatti e del comune sentire – si trasforma in un «obbligo di vivere» anche quando le condizioni di vita si sono ormai a tal punto deteriorate da rendere la vita stessa fonte di una violazione della dignità. Per questo, la norma si pone in aperto contrasto anche con i parametri da ultimo richiamati, ed esige una parziale dichiarazione di costituzionalità al fine di assicurare la coerenza tra bene giuridico tutelato – l'incolumità dei soggetti deboli – e diritti sacrificati a tale scopo, tra cui appunto la dignità umana.»

un'adeguata interpretazione nelle diverse circostanze³² e 'non può essere perduta da alcun essere umano, anche da quello più misero e sofferente o da quello più miserabile e abbruttito'³³, al contempo rappresentando espressione massima della libertà (*recte*, autodeterminazione) dell'individuo e limite all'autonomia del medesimo soggetto. Giovanni Maria Flick³⁴ ha sapientemente riconosciuto che la dignità non aiuta a risolvere dei conflitti, essa piuttosto spingendolo a cercare, sicché '...Compito della dignità è quello di continuare a spingere e a cercare. È un concetto in sé dinamico, che vive dentro i rapporti umani e la diversità delle persone, e si nutre delle prospettive della solidarietà e della sussidiarietà.' Essa è, dunque, '...il famoso ponte che ci aiuta a tenere sveglia la tensione e l'attenzione morale su certi problemi.'

E' in questo contesto complesso e articolato che il giudice è chiamato a dipanare questioni che ruotano attorno alla l. n. 219/2017 (e dunque il giudice tutelare, per la maggior parte delle evenienze) non potrà che porsi, cercando di operare un equo temperamento degli interessi in gioco che non metta comunque mai a repentaglio la dignità delle persone coinvolte, siano esse capaci di intendere e volere, minori o disabili.

Non potrà, ad esempio, non ricorrersi al canone della dignità, calibrato in concreto rispetto al soggetto coinvolto, tutte le volte in cui occorrerà interpretare le disposizioni anticipate di trattamento, avendo cura di valutare lo stato di informazioni mediche acquisite dal dichiarante circa le conseguenze delle sue scelte. Per non dire delle questioni che si potranno porre in tema di minori e disabili.

4. Il diritto alla vita ed all'autodeterminazione nella giurisprudenza della CtEDU - artt. 2 e 8 CEDU -.

Accanto alla dignità, l'art.1 comma 1 indica nel diritto alla vita e all'autodeterminazione le ulteriori linee portanti della disciplina in tema di consenso e di DAT.

In questa prospettiva, particolarmente interessanti risultano alcune pronunzie della Corte EDU in tema di diritto alla vita - protetto dall'art.2 CEDU - , proprio in relazione alla loro rilevanza rispetto al corrispondente art.2 della Carta UE, che il legislatore nazionale ha richiamato nella l. n. 219/2017, proprio in merito a quanto previsto dall'art. 52 c. 3 della stessa Carta ed alle interrelazioni fra Carta UE e CEDU.

Il diritto alla vita, tutelato dall'art. 2 CEDU³⁵, appartiene al c.d.nocciolo duro della Convenzione, contemplando una prerogativa che ogni Paese aderente deve sempre e comunque garantire, essendosi appunto in presenza di un "valore fondamentale delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa - cfr. Corte dir.uomo 27 settembre 1995, *Mc Cann e altri c.Regno Unito*; in particolare v. Corte dir.uomo, 9 novembre 2006, *Luluyev c. Russia* -.

Nè si manca di sottolineare che l'art. 2 CEDU deve essere interpretato ed applicato in modo da offrire una protezione concreta ed effettiva - sent. *Luluyev*, cit., 76 -.

La Corte è stata, sul versante del *fine vita*, chiamata a verificare l'idoneità dei sistemi penali nazionali che regolano in vario modo gli effetti prodotti da condotte di "aiuto" a parenti o familiari in gravi condizioni di salute alla commissione di atti suicidiari -c.d.suicidio assistito-.

³² REICHLIN M., *La discussione sulla dignità umana nella bioetica contemporanea*, in [BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto](#), n. 2/2017, 101.

³³ VIOLA F., *I volti della dignità umana*, in *Colloqui sulla dignità umana. Atti del convegno internazionale*, Palermo, 2007, 107.

³⁴ FLICK G.M., *Considerazioni sulla dignità*, in [BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto](#), n.2/2017,7.

³⁵ Art. 2 CEDU: «1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il delitto è punito dalla legge con tale pena. 2. La morte non si considera inflitta in violazione di quest'articolo quando risulta da un ricorso alla forza repressiva assolutamente necessario: a. per assicurare la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; b. per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; c. per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione».

Il caso sicuramente più noto esaminato dalla Corte dei diritti umani è quello *Pretty c. Regno Unito*³⁶, in cui i giudici di Strasburgo hanno affermato taluni principi che possono così sintetizzarsi:

a) la tutela del diritto alla vita, senza il quale il godimento di uno qualsiasi degli altri diritti e libertà garantiti dalla Convenzione sarebbe illusorio, non impone la tutela del *profilo negativo* e dunque non conferisce un diritto diametralmente opposto, vale a dire un diritto di morire, né fa nascere un diritto all'autodeterminazione nel senso che darebbe ad *ogni individuo* il diritto di scegliere la morte piuttosto che la vita» -39-;

b) non è possibile dedurre dall'articolo 2 della Convenzione un diritto di morire, sia per mano di un terzo o con l'assistenza di una pubblica autorità; ciò è confermato dal parere nella recente Raccomandazione 1418 (1999) reso dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa. Nè la liceità di pratiche di suicidio assistito in alcuni dei Paesi contraenti giustifica il riconoscimento del "diritto a morire" - 41-;

c) non esiste, in relazione alla tutela offerta dall'art.3 CEDU contro i trattamenti degradanti ed offensivi della persona, un obbligo dello Stato di salvaguardare la persona che si trova a dovere subire sofferenze gravi al proprio stato di salute dal pericolo di gravissime sofferenze alle quali lo stesso va incontro a causa della malattia. La Corte, pur riconoscendo la particolare condizione di chi, a causa della malattia, non può commettere un atto suicidiario, ha ritenuto che detta condizione non è tale da esigere dallo Stato un obbligo di consentire a terzi condotte di aiuto al suicidio. Affermare una diversa interpretazione dell'art.3 CEDU significherebbe obbligare lo Stato ad approvare atti volti ad interrompere la vita -p. 55-. Pertanto l'articolo 3 della Convenzione non impone allo Stato convenuto nessun obbligo positivo di impegnarsi a non perseguire il marito della ricorrente se aiuta la moglie a suicidarsi o di istituire un sistema legale per qualsiasi altra forma di suicidio assistito;

d) nemmeno può prospettarsi in tali casi una lesione del diritto al rispetto della vita privata e familiare³⁷.

Questa giurisprudenza va necessariamente completata con quella che riguarda la nozione di "vita privata", contemplata dall'art. 8 CEDU. Si tratta di una prerogativa talmente ampia da comprendere l'integrità fisica e morale della persona, gli aspetti dell'identità fisica e sociale di un individuo - identificazione sessuale, nome, orientazione sessuale e vita sessuale - il diritto allo sviluppo personale e il diritto di instaurare e intrattenere relazioni con altri esseri umani e il mondo esterno, al suo interno trova spazio anche il diritto all'autodeterminazione in quanto tale.

Secondo la Corte, "la facoltà per ognuno di condurre la propria esistenza come vuole può anche includere la possibilità di dedicarsi ad attività fisicamente e moralmente pregiudizievoli o pericolose per la propria persona." In ambito sanitario, il rifiuto di accettare un trattamento particolare potrebbe, inevitabilmente, condurre ad un esito fatale, ma l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente, *se è un adulto e sano di mente*, costituirebbe un attentato all'integrità fisica dell'interessato che può mettere in discussione i diritti protetti dall'articolo 8, paragrafo 1, della Convenzione³⁸.

³⁶ La ricorrente, affetta da SLA che le impediva ogni movimento, aveva maturato il proposito di porre fine alla propria esistenza. Al fine di permettere alla sua cliente di suicidarsi con l'aiuto del marito, l'avvocato della ricorrente, con una lettera del 27 luglio 2001 e scritta in nome della signora Pretty, aveva invitato il Direttore della Pubblica Accusa "Director of Public Prosecutions" («DPP») a prendere l'impegno di non incriminare il marito della ricorrente se quest'ultimo, aderendo ai desideri di sua moglie, aiutasse la ricorrente a suicidarsi. Non ottenendo detto assenso, la ricorrente propose ricorso all'autorità giudiziaria inglese che in tutti i suoi gradi lo rigettò.

³⁷ Art. 8 CEDU: 1 Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2 Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine o alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

³⁸ V. anche Corte edu, *Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia*, 10 giugno 2010, ove si è ritenuto che La libertà di accettare o rifiutare uno specifico trattamento medico, o di scegliere una forma alternativa di trattamento costituisce aspetto essenziale del principio di autodeterminazione e di autonomia personale; ragion per cui un paziente adulto e capace è libero di decidere se sottoporsi a un trattamento chirurgico, di ricevere una trasfusione. Tale libertà è talmente

Dunque, per la Corte *“un individuo può rivendicare il diritto di esercitare la scelta di morire rifiutando di consentire ad un trattamento che potrebbe avere l'effetto di prolungargli la vita”* - 64 -.

Anche la scelta della persona che a causa del carattere devastante di una malattia desidera attenuare tale sofferenza mettendo fine alla sua esistenza con l'assistenza del marito merita rispetto secondo la Corte, in quanto *“il modo in cui ha scelto ella di trascorrere gli ultimi istanti della sua esistenza fa parte dell'atto di vivere ed ella ha il diritto di chiedere che venga rispettato -p.64-. Ciò perché *“La dignità e la libertà dell'uomo sono l'essenza stessa della Convenzione. Senza negare in nessun modo il principio della sacralità della vita protetto dalla Convenzione, la Corte rileva che è sotto il profilo dell'articolo 8 che la nozione di qualità di vita si riempie di significato. In un'epoca in cui si assiste ad una crescente sofisticazione della medicina e ad un aumento delle speranze di vita, numerose persone temono di non avere la forza di mantenersi in vita fino ad un'età molto avanzata o in uno stato di grave decadimento fisico o mentale agli antipodi della forte percezione che hanno di loro stesse e della loro identità personale.”**

Tale conclusione, secondo la Corte edu, esclude che il sistema britannico violi l'art.8 nella parte in cui punisce la condotta di aiuto al suicidio.

I giudici di Strasburgo riconoscono che tale disciplina rappresenti un'ingerenza nell'esercizio di un diritto garantito dall'art. 8, ma ritengono che la stessa risponda ai criteri che lo stesso art.8 fissa per ritenere giustificata detta ingerenza.

Secondo la Corte, infatti, gli Stati hanno il diritto di controllare, tramite l'applicazione del diritto penale generale, le attività pregiudizievoli per la vita e la sicurezza dei terzi (vedi anche la sentenza *Laskey, Jaggard e Brown* precitata, paragrafo 43). *Più grave è il danno subito - dice la CtEDU - e maggiore sarà il peso che avranno sulla bilancia le considerazioni di salute e di sicurezza pubblica di fronte al principio concorrente dell'autonomia personale.* Secondo la Corte, *“la disposizione legislativa contestata nella fattispecie, vale a dire l'articolo 2 della legge (britannica) del 1961, è stata concepita per salvaguardare la vita, proteggendo le persone deboli e vulnerabili - specialmente quelle che non sono in grado di adottare decisioni con cognizione di causa - contro gli atti che mirano a porre fine alla vita o ad aiutare a morire. Certamente la condizione delle persone che soffrono di una malattia in fase terminale varia di caso in caso. Ma molte di tali persone - prosegue la Corte - sono fragili, ed è proprio la vulnerabilità della categoria a cui appartengono che fornisce la ratio legis della disposizione in oggetto. Spetta, in primo luogo, agli Stati di valutare il rischio di abuso e le probabili conseguenze degli abusi eventualmente commessi che un'attenuazione del divieto generale di suicidio assistito o la creazione di eccezioni al principio implicherebbe. Esistono rischi manifesti di abuso, nonostante le argomentazioni sviluppate in merito alla possibilità di prevedere barriere e procedure di protezione.”* -74 sent. cit.-. La natura generale del divieto di suicidio assistito non è stata, dunque, ritenuta sproporzionata.

Alla Corte edu non sembra arbitrario che il diritto rispecchi l'importanza del diritto alla vita, vietando il suicidio assistito, riconoscendo al giudice il compito di valutare in ciascun caso concreto tanto l'interesse pubblico ad avviare un'azione giudiziaria quanto le esigenze giuste e adeguate del castigo e della dissuasione. Né sproporzionato è risultato il rifiuto dell'Autorità inquirente di impegnarsi anticipatamente ad esonerare da ogni azione penale il marito della ricorrente. Per tali ragioni l'ingerenza in esame è stata ritenuta giustificata in quanto *“necessaria, in una società democratica”, alla protezione dei diritti altrui*³⁹.

piena da giustificare la possibilità del paziente di fare scelte che siano coerenti con i propri punti di vista e valori, per quanto irrazionali, stolte o imprudenti queste scelte possano apparire ad altri

³⁹ V. anche le conformi conclusioni espresse da Lord Hope nel giudizio interno: *“... Il rispetto della “vita privata” di una persona, la sola parte dell'articolo 8 che è in discussione, si rapporta al modo in cui vive una persona. La maniera in cui una persona decide di finire la propria vita fa parte dell'atto di vivere, e lei ha il diritto di chiedere il rispetto di ciò. A questo riguardo, la signora Pretty possiede un diritto all'autonomia. In questo senso, la sua vita privata si trova in gioco, anche se, confrontata ad una malattia in fase terminale, lei tende a scegliere la morte piuttosto che la vita. Ma*

Ecco, dunque, la dimostrazione circa la naturale propensione dei diritti, anche quelli considerati come assoluti, a subire operazioni di bilanciamento da parte del giudice -in questo caso della Corte di Strasburgo-. Operazioni che sembrano indiscutibilmente dimostrare che anche il diritto all'autodeterminazione non può essere considerato incompressibile ed assoluto, tanto da consentirne il pieno dispiegarsi.

Pare utile sottolineare come l'art. 8 CEDU contenga altresì una proiezione di natura *procedimentale* rispetto al diritto all'autodeterminazione, recentemente esplicitata dalla Corte dei diritti umani nel caso *Kock c. Germania - Corte dir. Uomo* 19 luglio 2012 -.

La Corte, in questo caso, ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 cit. in danno del marito di una malata terminale che aveva chiesto di acquistare un farmaco letale per porre fine alle sofferenze del coniuge. Il rifiuto dei giudici nazionali di esaminare nel merito la domanda del ricorrente integra una violazione del diritto del ricorrente alla tutela della propria vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁴⁰. La Corte non ha, invece, esaminato nel merito la pretesa volta a verificare l'esistenza di una violazione sostanziale dell'art. 8 CEDU, ritenendo che il ricorrente non fosse legittimato a far valere tale violazione, afferendo al diritto personale della persona sofferente⁴¹.

Gli aspetti sostanziali di cui si è appena detto con riguardo all'art. 8 CEDU sono stati invece affrontati, peraltro in modo omologo rispetto alla vicenda *Pretty c. Regno Unito*, nel più recente caso *Haas c. Svizzera - Corte dir. Uomo* 20 gennaio 2011 (ric. n. 31322/07) -.

In tale vicenda il ricorrente, affetto da parecchi anni da un grave disturbo di bipolarismo, intendendo porre fine alla propria dolore esperienza, si era rivolto ai sanitari per ottenere una sostanza letale (pentobarbitale sodico) -per la quale era necessaria la prescrizione medica- senza tuttavia ottenerla. Anche le autorità giudiziarie alle quali si era rivolto il ricorrente avevano rigettato la richiesta, ritenendo che il diritto di decidere la propria morte doveva essere distinto dal diritto a ottenere da parte dello Stato o di terzi un'assistenza al suicidio, diritto che non poteva ricavarsi dalla Convenzione.

La Corte europea, condividendo l'impostazione del Tribunale federale elvetico, ha stabilito che la Svizzera non ha violato i diritti di un soggetto al quale era stato impedito di acquistare un farmaco letale per suicidarsi per il quale era necessaria una prescrizione medica. In tale circostanza, si è ribadito "... il diritto di un individuo di decidere quando e in che modo porre fine la propria vita, a condizione che egli sia in condizione di orientare liberamente la propria volontà a tal fine e di agire di conseguenza, è uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione" (§ 51). Ma la Corte ha chiarito che l'oggetto della controversia, a differenza della vicenda esaminata nella sentenza *Pretty*, era quello di stabilire se, in base all'art. 8 CEDU, lo Stato avesse l'obbligo positivo» di fare in modo che il ricorrente potesse ottenere la sostanza che gli avrebbe consentito di togliersi la vita senza dolore e senza rischi d'insuccesso.

cosa diversa è estrapolare da questi termini un'obbligazione positiva di dare attuazione al suo desiderio di mettere fine ai suoi giorni mediante il suicidio assistito. Io penso che ciò sarebbe estendere all'eccesso il senso delle parole."

⁴⁰ Corte dir. uomo, 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*: "...La Corte inizierà la sua analisi in base all'aspetto processuale dell'articolo 8 of the Convenzione. La Corte osserva, all'inizio, che sia il Tribunale amministrativo sia la Corte Amministrativa d'Appello hanno rifiutato di esaminare nel merito la richiesta del ricorrente in quanto egli non poteva invocare diritti propri a norma del diritto nazionale e dell'articolo 8 della Convenzione, né aveva egli titolo a proseguire il ricorso della sua defunta moglie dopo la sua morte. Mentre il Tribunale amministrativo di Colonia, in un *obiter dictum*, ha espresso l'opinione che il rifiuto dell'Istituto Federale era stato legittimo e conforme all'articolo 8 della Convenzione (vedi paragrafo 18, supra), né la Corte amministrativa d'appello né la Corte costituzionale federale avevano esaminato nel merito l'originaria richiesta (66). La Corte conclude che i giudici amministrativi - nonostante un *obiter dictum* fatto dal giudice di primo grado - hanno rifiutato di esaminare nel merito la doglianza originariamente presentata da B.K. ai giudici nazionali (67). La Corte osserva inoltre che il Governo non ha eccepito che il rifiuto di esaminare nel merito questa causa fosse necessario per uno degli interessi legittimi di cui all'articolo 8, comma 2. Né può la Corte constatare che l'ingerenza nel diritto del ricorrente servisse uno dei fini legittimi elencati in quel paragrafo. Segue che vi è stata violazione del diritto del ricorrente di cui all'articolo 8 di vedere la sua richiesta esaminata dai giudici nel merito."

⁴¹ Cfr. 69 e 70 sent. *Koch*.

A questo proposito, la Corte ha messo in luce che non esisteva un consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa circa il diritto di un individuo di scegliere quando e in che modo terminare la propria esistenza. Se l'assistenza al suicidio è stata depenalizzata (almeno in parte) in diversi Stati membri e se la Svizzera puniva l'aiuto al suicidio solo nei casi di intento egoistico, la maggior parte degli Stati offriva maggiore protezione al diritto alla vita delle persone piuttosto che alla loro possibilità di porvi fine. La Corte ha quindi ritenuto che il margine di apprezzamento degli Stati in questo settore sia considerevole.

I giudici di Strasburgo, se hanno ammesso che il ricorrente può desiderare di volersi suicidare in maniera sicura, dignitosa e senza inutili sofferenze, hanno comunque manifestato la convinzione che la condizione posta dall'ordinamento svizzero (una prescrizione medica) per procurarsi una dose di pentobarbitale sodico aveva lo scopo (legittimo) di proteggere le persone da decisioni prese precipitosamente e prevenire gli abusi inerenti a un sistema che facilita l'accesso al suicidio assistito.

La Corte europea ha condiviso l'argomentazione del Tribunale federale, secondo la quale il diritto alla vita obbliga gli Stati ad approntare una procedura volta ad assicurare che la decisione di togliersi la vita sia effettivamente corrispondente alla consapevole volontà dell'interessato. L'esigenza della prescrizione medica, rilasciata sulla base di un esame psichiatrico completo, è un mezzo che permette di adempiere a quell'obbligo. Nel caso di specie, occorre quindi verificare se al ricorrente fosse stato garantito un accesso effettivo a una perizia medica che gli avrebbe consentito di ottenere il pentobarbitale sodico (nel caso contrario, il suo diritto di scegliere il momento e la maniera di morire sarebbe stato meramente teorico e illusorio).

La Corte si è detta non convinta dell'asserzione dell'interessato secondo cui questi sarebbe stato impossibilitato a trovare uno specialista pronto ad assisterlo.

Tenuto conto dell'insieme di queste considerazioni e del margine di apprezzamento del quale dispongono le autorità nazionali in questo campo, la Corte ha giudicato che, anche a supporre che gli Stati abbiano un «obbligo positivo» di adottare delle misure volte ad agevolare chi desidera togliersi la vita, le autorità svizzere non hanno violato quest'obbligo nel caso di specie.

La Corte ha ribadito che rientra nelle prerogative tutelate dall'art 8 CEDU il diritto di un individuo a porre fine alla propria esistenza allorché la scelta sia frutto di una libera e ben ponderata volontà. Tuttavia, i giudici europei hanno ritenuto che il sistema elvetico, nel quale è già consentito il suicidio assistito, non viola la CEDU, anche sottolineando che la legislazione interna *attuа un corretto bilanciamento fra interesse del singolo e bisogni della collettività*, dovendo le autorità del Paese adottare misure che assicurino un accesso controllato a certi farmaci.

Ancor più di recente, la Corte europea è tornata ad esaminare la legislazione elvetica, questa volta ritenendo sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU in ragione dell'assenza di criteri normativi chiari in ordine alle modalità che il personale medico deve seguire per la prescrizione di una dose letale di pentobarbitale sodico richiesto da persona non affetta da alcuna patologia terminale.

Corte dir. uomo 19 april 2013, *Gross c. Svizzera* (ric. 67810/10) ha incentrato la propria analisi sul fatto che la ricorrente, benchè avesse esplicitato in termini chiari la propria domanda ai sanitari senza ottenere quanto richiesto, aveva subito un grave perturbamento alla propria vita privata dal fatto che, malgrado l'esistenza di una normativa che consentiva il ricorso alla prescrizione letale della sostanza anzidetta per porre fine alla propria esistenza, non aveva tuttavia determinato in modo chiaro ed efficace i presupposti che avrebbero dovuto condurre i sanitari al rilascio della prescrizione. Decisione, quest'ultima, aspramente criticata dall'opinione dissenziale di minoranza.

Merita ancora di essere menzionata Corte dir.uomo *Nicklison c.Regno Unito*, 23 giugno 2015 - ric. nn. 2478/15 e 1787/2015 - che si è occupata di verificare la compatibilità del sistema britannico, che sanziona penalmente l'assistenza al suicidio.

Nel caso di specie il giudice nazionale - caso *R(Nicklinson v.Ministry of Justice*[2014] uksc, 38, 25 giugno 2014 - aveva escluso il contrasto della normativa interna con l'art.8 CEDU, ritenendo che non potesse essere, quella giudiziaria, il luogo nel quale affrontare la questione dell'opportunità o

meno del divieto, spettando il tema della rilevanza penale del suicidio assistito in via prioritaria al Parlamento. La Corte europea ha ritenuto compatibile tale decisione con la CEDU, posto che la riserva al potere legislativo dell'elaborazione di un bilanciamento riguardo alla tutela dei diritti fondamentali su questioni complesse quale il fine vita rientra nel margine di apprezzamento riservato agli stati membri quando non vi è *consensus* diffuso sul punto.

Se sui più recenti casi *Lambert Lambert c. Francia, Gard e altri c. Regno Unito e Afiri e Biddarri c. Francia* si avrà modo di tornare in seguito, va fin d'ora evidenziato che il diritto vivente del giudice di Strasburgo consente con certezza di affermare che la centralità dei diritti in gioco, pur nell'assenza di un consenso diffuso fra i singoli Stati circa le modalità concrete di protezione di tali diritti ed il conseguente elevato margine di apprezzamento riservato ai singoli Stati, impone in ogni caso l'adozione di strumenti, procedurali e processuali, capaci di fornire una protezione anche *procedurale*⁴² ai diritti in gioco, offrendo a tutti i soggetti comunque coinvolti nella vicenda la possibilità di contribuire al pieno appagamento ed alla migliore protezione possibile delle aspettative e dei desideri.

Se, infatti, lo Stato contraente ha un preciso obbligo -positivo- di garantire in modo pieno ed efficace che i diritti di cui si discute trovino protezione, tale protezione non può che realizzarsi attraverso la previsione di istituti giuridici e misure capaci di offrire reale e concreta tutela a tali prerogative.

5. La salute e l'attività medica

Secondo la giurisprudenza comune, l'attività medica trova fondamento e giustificazione, nell'ordinamento giuridico, non tanto nel consenso dell'avente diritto (art. 51 c.p.), come si riteneva nel passato, poiché tale opinione, di per sè, contrasterebbe con l'art. 5 c.c., in tema di divieto degli atti di disposizione del proprio corpo, ma in quanto *essa stessa legittima, volta essendo a tutelare un bene costituzionalmente garantito, qual è quello della salute* (corsivo aggiunto). A tale affermazione di principio seguiva poi l'ulteriore riconoscimento che dall'autolegittimazione dell'attività medica, anche al di là dei limiti posti dall'art. 5 c.c., non può tuttavia trarsi la convinzione che il medico possa, fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di manifestare la propria volontà, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni di cui all'art. 54 c. p.), intervenire senza il consenso, ovvero, *a fortiori*, malgrado il dissenso del paziente - cfr. Cass. n. 7027/2001, Cass. n. 364/1997 -.

Rispetto all'attività sanitaria e medico scientifica non può sottacersi la posizione di particolare cautela tenuta dalla Corte costituzionale, essa stessa dimostrativa del 'valore fondamentale' che essa ricopre nel Paese e della necessità di salvaguardia delle valutazioni scientifiche e della scienza medica e terapeutica⁴³. La Corte costituzionale muove dunque dal rispetto del canone scientifico e dal *self restraint* del potere legislativo sulla scienza.

⁴² V., sul punto, ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, con riguardo al diritto alla vita - 155 - e con riferimento al diritto all'integrità fisica -248 -.

⁴³ V. [Corte cost. sent. n. 282/2002](#) - sul metodo c.d. Di Bella -; [Corte cost. sent. n. 338/2003](#); [Corte cost. sent. n. 151/2009](#) - in tema di numero predefinito di embrioni da impiantare contemporaneamente e pma - su cui, tra gli altri, AGOSTA S., *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 19 settembre 2009; [Corte cost. sent. n. 162/2014](#) - in tema di fecondazione c.d.eterologa, su cui v. RUGGERI A., *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al «dialogo» con la Corte Edu*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 14 giugno 2014; D'AMICO G., *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, *ibid.*; PENASA S., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in [forumcostituzionale.it](#), 16 giugno 2014. Sul caso c.d. Stamina, D'AMICO G., *Il volto compassionevole del diritto e la dura scienza. A proposito del «metodo Stamina»*, in [Quaderni costituzionali](#), 2/2013, 420; Id., *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 1° febbraio 2015; NARDOCCI C., *Caso "Stamina": la Corte rimette ordine nelle relazioni tra scienza e*

In definitiva, secondo il giudice delle leggi occorre verificare lo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite tramite istituzioni e organismi a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici.

Nel caso c.d. 'Stamina' questo approccio viene mantenuto⁴⁴ e si prende coscienza del fatto che l'intervento legislativo - d. l. n. 24/2013 - pur non in linea con i canoni di 'rispetto' della scienza - *...il legislatore del 2013 - nel dare corso ad una "sperimentazione [...] concernente l'impiego di medicinali per terapie avanzate a base di cellule staminali mesenchimali" - ha parzialmente derogato ai principi di cui sopra...* - ha preso le mosse dall'intervento di alcuni giudici comuni che ha inteso regolare, ma senza che quella legge potesse mai dare adito a questioni di costituzionalità per disparità di trattamento rispetto a quelli che non avevano ottenuto una pronuncia giurisdizionale. Rispetto a tali casi, dunque, non trova deroga il principio della doverosa cautela nella validazione e somministrazione di nuovi farmaci. Ed è da non sottovalutare il richiamo finale operato dalla Corte costituzionale alla sentenza della Corte edu *Durissimo c. Italia* (sent. 6 maggio 2014, ric. n. 62804/13). In quest'ultima occasione il giudice europeo aveva chiarito che non spetta al giudice internazionale sostituirsi alle autorità nazionali competenti per determinare il livello di rischio accettabile dai pazienti che intendano accedere alle cure compassionevoli nell'ambito di una terapia sperimentale (*Hristozov e altri c. Bulgaria*, § 125). Su questa strada si era esclusa la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU prospettata da soggetti che si erano visti denegare giudizialmente l'accesso al metodo Stamina anche dopo il d.l. del 2013, ritenendo la decisione del giudice di merito che non l'aveva concessa non arbitraria e motivata e peraltro rilevando che *'...ad oggi il valore scientifico del metodo in questione non è provato essendo tuttora pendente il procedimento giudiziario avviato da D.V. che ha ad oggetto la sperimentazione del metodo «Stamina».'*

L'art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività ([Corte cost. sent. n. 268/2017](#) e [ord. n. 5/2008](#)). Lo stesso diritto alla salute può, d'altra parte, entrare in competizione con altri valori, anch'essi di rango costituzionale.

In questa stessa direzione si iscrive la [sentenza n. 5/2018](#) in tema di vaccinazioni obbligatorie⁴⁵, con la quale la Corte costituzionale ha giustificato l'azzeramento del principio dell'autodeterminazione in relazione

Peraltro, la copertura costituzionale dell'attività medico sanitaria ha sempre trovato un limite nel consenso al trattamento sanitario del paziente, anch'esso di rilevanza costituzionale⁴⁶ e peraltro

diritto, ibid.; TOMASI L., *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1/13, 83.

⁴⁴ *«Questa Corte ha già affermato che decisioni sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non potrebbero nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, bensì dovrebbero prevedere «l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali e sovra-nazionali - a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici» (sentenza n. 282 del 2002).*

⁴⁵ Cfr. [Corte cost. n. 5/2018](#), 8.2.1: *'...i valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni sono molteplici e implicano, oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e la tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall'art. 32 Cost.), anche l'interesse del minore, da perseguirsi anzitutto nell'esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli (artt. 30 e 31 Cost.), garantendo però che tale libertà non determini scelte potenzialmente pregiudizievoli per la salute del minore (sul punto, ad esempio, [ordinanza n. 262 del 2004](#)).*

Il contemperamento di questi molteplici principi lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo. Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte ([sentenza n. 268 del 2017](#)), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante di questa Corte sin dalla fondamentale sentenza [n. 282 del 2002](#)).

⁴⁶ In precedenza, Cass. n. 10014/1994 aveva affermato che *'...Dall'auto legittimazione dell'attività medica, anche al di là dei limiti dell'art. 5 c.c., non deve trarsi, tuttavia, la convinzione che il medico possa, di norma, intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. La necessità del consenso - immune da vizi e, ove importi atti di*

positivizzata dalla legislazione in tema di riforma dei manicomi e di regolamentazione del servizio sanitario nazionale. Essa, d'altra parte si confronta con il concetto di 'salute' previsto dall'art. 32 Cost., il quale comporta il diritto di scegliere se, quando e come curarsi e, quindi, anche il diritto di non curarsi - cfr. [Corte cost. sent. n. 5/2018](#), cit.- e ormai include non solo il concetto di integrità fisica, ma anche quello di sensazione di benessere - Cass. S. U. n. 26972/2008-. Chiaro risalto ha, sul punto, quanto affermato da Cass. n. 21748/2007 quando sottolinea, proprio in relazione al consenso informato in materia di trattamenti sanitari, che occorre fare riferimento alla 'nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza)' che consente 'altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale'.

Ora, la legge n. 219/2017 individua sicuramente nella figura del sanitario coinvolto (e dell'*equipe*) - e, dunque nella sottostante relazione di cura, nella pianificazione delle cure, anche quando rivolte a impedire l'accanimento terapeutico- uno dei più rilevanti protagonisti delle vicende che ruotano attorno al tema del consenso e delle DAT, tanto al momento dell'informazione del paziente o della persona che si appresta a redigere le DAT, quanto nella fase operativa, decisoria, sia essa correlata a situazioni di emergenza o urgenza ovvero indirizzata a sagomare l'attività medica in relazione a ciò che il paziente ha ritenuto di volere o non volere, urgenza rivolta a porre in essere le condotte necessarie. Figura centrale, portatrice di interessi anch'essi di primaria importanza che ha consentito al legislatore di offrire risposte adeguate ad una serie di questioni assai complesse e che è chiamata a cooperare con il paziente, con i familiari, con il fiduciario, ma anche con il giudice, nei casi di conflitto e negli altri che, verosimilmente, dovranno e potranno porsi nella pratica. Si tratta, ancora una volta, di scelte baste, volta per volta, su precisi bilanciamenti che quello stesso legislatore ha inteso fare, muovendosi fra i diversi diritti coinvolti⁴⁷

6. L'esigenza di bilanciare come regola di base del legislatore e del giudice in tema di biodiritto, anche se in gioco ci sono il diritto alla vita e/o quello all'autodeterminazione

Le sentenze della Corte europea ricordate nel precedente paragrafo confermano, ancora una volta, quanto centrale sia, nelle vicende in tema di biodiritto, l'opera di bilanciamento esercitata dal legislatore -che ne ha fatto ampio uso con la legge n. 219/2017 -⁴⁸. Attività di bilanciamento divenuta, proprio per l'avvento della Costituzione e delle Carte dei diritti fondamentali, anche

disposizione del proprio corpo, non contrario all'ordine pubblico ed al buon costume -, si evince, in generale, dall'art. 13 della Costituzione, il quale, come è noto, afferma l'inviolabilità della libertà personale - nel cui ambito si ritiene compresa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica -, escludendone ogni restrizione (anche sotto il profilo del divieto di ispezioni personali), se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e con le modalità previsti dalla legge. Per l'art. 32 c. 2, inoltre, «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» (tali norme hanno trovato attuazione nella l. 13 maggio 1978, n. 180, sulla riforma dei manicomi, per la quale «gli accertamenti e trattamenti sanitari sono volontari», salvi i casi espressamente previsti - art. 1 -, e nella l. 23 dicembre 1978, n. 833, che, istituendo il servizio sanitario nazionale, ha ritenuto opportuno ribadire il principio, stabilendo che «gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari»: art. 33). Si eccettuano i casi in cui: a) il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di prestare un qualsiasi consenso o dissenso: in tale ipotesi, il dovere di intervenire deriva dagli art. 593 c. 2 e 328 c.p.; b) sussistano le condizioni di cui all'art. 54 c.p.'

⁴⁷ Quanto esposto non potrà, peraltro, esimere l'interprete e l'operatore stesso dal compiere una precisa valutazione di quel bilanciamento, alcune al fine di verificarne, volta per volta, la sua intrinseca razionalità e compatibilità costituzionale.

⁴⁸ Del resto, vi sono prove tangibili, a livello normativo, che il principio del consenso in campo di atti dispositivi del proprio corpo e di cure non è stato considerato come assoluto. Si pensi al trapianto di fegato e di rene, dei quali si è già detto, ma anche a quelli in cui il consenso di soggetto minore viene richiesto dai genitori, per cui v. *supra*, par.8.1.

patrimonio del giudice -comune e costituzionale-⁴⁹, al quale in definitiva, anche nei casi di cui si discute, come in tutti quelli che gli vengono sottoposti, è chiesto di operare dei bilanciamenti da valere caso per caso⁵⁰.

Il contemperamento operato in sede legislativa rispetto al valore del consenso del paziente prestato prima o all'atto del compimento del trattamento medico consente di dare un senso alla specifica regolamentazione dei vari istituti che la l. n. 219/2017 disciplina ed aiuta a fugare l'idea che l'autodeterminazione, come profilo della dignità umana, sia *assolutamente* incompressibile.

Diversamente, pur non potendosi disconoscere il valore fondamentale e primario dell'autodeterminazione -e del consenso che ad essa si coniuga-, ormai pacificamente accolto, come si è già detto, oltre che dalla Cassazione⁵¹ anche dalla nostra Corte costituzionale - [sent. n. 438/2008](#) -⁵², non pare potersi negare che tale diritto, come in definitiva sembra avere colto in maniera magistrale Cass. n. 23707/12 di cui si dirà in seguito- è destinato a convivere con altri diritti e valori fondamentali e non può essere considerato come *supervalore assoluto ed intangibile*⁵³, nè

⁴⁹ cfr., sul problema, CONTI R., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo.*, cit., 249 ss., id., CEDU, *Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, cit. 264 ss.

⁵⁰ Sopra tutti, RUGGERI A., *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 *Quad. cost.*, 2010, 418 ss.; ID., *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, al [sito telematico](#) del Consiglio Superiore della Magistratura; ID., *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in [Federalismi.it](#); ID., *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, in [Astrid](#); ID., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in in [Federalismi.it](#). V, ancora, GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 381 ss.; SCARABBA V., *Tra fonti e Corti, Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 175 ss. TANCREDI A., *La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: «It's all balancing»*, in *Ragion pratica*, 2007, 383 ss..

⁵¹ Cfr., di recente, Cass n. 19220/2013 e, in generale, Cass. n. 21748/2007, già più volte menzionata oltre a Cass. 23707/12. V. anche Cass. n. 16754/2012, che, in tema di danno da nascita indesiderata, ha ritenuto a carico del medico l'obbligo di provvedere ad una completa informazione circa le possibilità (tutte le possibilità) di indagini diagnostiche, più o meno invasive, più o meno rischiose, e circa le percentuali di false negatività offerte dal test prescelto (test in ipotesi da suggerire, ma non certo da eseguire sic et simpliciter, in guisa di scelta sostitutiva e di assunzione del rischio parimenti sostitutivo), onde consentire alla gestante una decisione il più aderente possibile alla realtà della sua gestazione. Ne consegue una responsabilità del medico predicabile non soltanto per la circostanza dell'omessa diagnosi in sé considerata (ciò che caratterizzerebbe il risarcimento per un inammissibile profilo sanzionatorio/punitivo, in patente contrasto con la funzione propria della responsabilità civile), ma per la violazione del diritto di autodeterminazione della donna nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica.

⁵² V. anche [Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471](#), con nota di ROMBOLI R., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto « attivo » ed in quello « passiv*, in *Foro it.*, 1991, I, per cui « la Corte ha dichiarato l'illegittimità della norma del codice penale (art. 696, c. 1, c.p.c.) nella parte che non permette accertamenti sulla persona a fini probatori. In questa vicenda, il diritto all'autodeterminazione sembra sagomato già intrinsecamente dalla concorrente necessità che esso si muova, pur sempre, nell'ambito della dignità:»... Tale precetto costituzionale, proprio perchè pone limiti all'esecuzione di misure concernenti l'ispezione personale, consente la praticabilità della via giurisdizionale per l'ammissione di atti di istruzione, anche preventiva, aventi ad oggetto la propria persona, beninteso sempre nel rispetto di modalità compatibili con la dignità della figura umana, come richiamato in Costituzione all'art. 32, secondo comma.» Anche [Corte cost., sent. 9 luglio 1996, n. 238](#), a proposito di prelievo ematico coattivo, ritiene «necessaria la libera manifestazione di volontà della parte. Sul punto, diffusamente, FERRANDO G., *Diritto alla salute ed autodeterminazione fra diritto europeo e Costituzione*, cit.,7, la quale ricorda, pure, che «La libertà di accettare o rifiutare uno specifico trattamento medico, o di scegliere una forma alternativa di trattamento - osserva la Corte Europea in altra occasione [*Corte dir. uomo, 10 giugno 2010, Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia, cit., corsivo aggiunto*] -costituisce aspetto essenziale del principio di autodeterminazione e di autonomia personale. Un paziente adulto e capace è libero di decidere se sottoporsi a un trattamento chirurgico, di ricevere una trasfusione».

⁵³ Se così del resto fosse, dovremmo riconoscere l'obbligatorietà dell'atto di colui al quale viene richiesto di uccidere un uomo che ha deciso di porre fine alla propria esistenza. Cfr. NICOLUSSI A., *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?* cit.: «... Se l'atto giuridico del consenso informato non può essere ricostruito alla stregua di un nuovo dogma della volontà, che pretenderebbe di assorbire ogni altro valore, esso va colto in una prospettiva più equilibrata in cui il principio del rispetto della persona umana nei trattamenti sanitari viene compreso alla luce dei principi di solidarietà e di libertà personale, avendo sempre riguardo alla tutela della dignità umana che è alla radice di tutti i diritti dell'uomo. Altrimenti, consenso informato e

risultando ‘tiranno’ rispetto agli altri valori in gioco - [Corte cost. sent. n. 85/2013](#) -.

Quando sorge un conflitto fra tali valori è, allora, (la legislazione⁵⁴, o) il giudice (nel caso concreto) a dovere mediare e bilanciare, nella singola vicenda, i diversi interessi⁵⁵, dovendo parimenti fare i conti, in casi estremi, con il supervalore della dignità umana, questo sì assolutamente e indissolubilmente incoercibile ed insuscettibile di operazioni di bilanciamento⁵⁶.

Del resto, se si volge lo sguardo al tema del consenso, non potrà non evidenziarsi che la rilevanza dell’autodeterminazione viene riconosciuta in forme variegata e cangiante, in relazione all’oggetto della tutela ed al soggetto -minori, persone in condizioni mentali precarie e appunto, dopo la legge n. 219/2017, persone che rendono le DAT-.

Anche in tali casi è il legislatore che, dapprima portato quasi a nullificare il valore della volontà di alcuni soggetti (minori e disabili) a causa della loro condizione e, dunque, a riconoscere *tout court* la loro inidoneità ad autodeterminarsi se non attraverso figure tutorie -appunto tutore e genitori- viene, invece, progressivamente riconoscendo a tali categorie un accentuato peso nelle decisioni che riguardano la persona stessa, la cura, le sperimentazioni, per come in seguito si avrà modo di precisare.

Quest’*autodeterminazione* dei soggetti *lato sensu* incapaci o disabili che pure la l. n. 219/2017 ha comunque approfondito, se si guarda al contenuto degli artt.1 c.1 e 3 e 3, dimostra, per l’un verso, un commendevole accrescimento della sensibilità del legislatore -magari indirizzato da altre esperienze normative e giurisprudenziali provenienti da altri Paesi o dalle istanze sovranazionali- che è andato viepiù valorizzando le istanze dei soggetti deboli, proprio in funzione dell’effettivo riconoscimento, nei loro confronti, di una pari dignità che tende progressivamente ad affrancarli dalla soggezione ad un’altra persona (sia esso il genitore o tutore) per vedersi riconosciuta una piena dignità di persona.

Per altro verso, essa conclama che tale riconoscimento viene realizzato in funzione *protettiva* delle persone anzidette e non certo paternalistica o distruttiva.

Ciò che si dovrebbe ottenere valorizzando il concetto di «miglior interesse del minore»⁵⁷ (formula che in effetti non compare nell’art. 3 l. ult. cit. ma che è immanente al sistema) e di «cura» del soggetto che non si trova in condizioni di provvedere autonomamente a sè stesso. Ora, non è detto che la legge n. 219/2017 abbia percorso fino in fondo questa prospettiva, ma l’ha sicuramente individuata, probabilmente consente l’adozione di misure che, all’occorrenza, possono comunque realizzare la migliore tutela possibile degli interessi che coinvolgono i minori.

biotestamento finirebbero per reintrodurre quella reificazione del corpo che proprio mediante il consenso informato si vorrebbe evitare. V., di recente, sul tema delle vaccinazioni, [Corte cost. sent. n. 5/2018](#), ove si è espressamente dato atto del bilanciamento effettuato dal legislatore».

⁵⁴ ROMBOLI R., *La ‘relatività’ dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del corpo*, 572 e 573.

⁵⁵ V., del resto, Corte dir.uomo, 26 marzo 2013, *Rappaz c. Svizzera*, in tema di alimentazione forzata ai detenuti, la quale ha escluso l’ammissibilità del ricorso del detenuto che aveva subito l’alimentazione forzata in relazione all’aggravarsi del proprio stato di salute-su tale decisione, v. M. PELAZZA, *L’alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame al vaglio della Corte di Strasburgo*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 7 maggio 2013. V., ancora, Corte dir. uomo 7 ottobre 2008, *Bogumil c. Portogallo- ric. 35228/03-*. In questo caso, anche per un intervento volto a salvaguardare la salute del detenuto che aveva ingerito della droga in alcuni contenitori, eseguito dalle autorità medico sanitarie in ambito penitenziario non per finalità di acquisizione di prova ma nell’interesse del soggetto, potendo la rottura degli involucri cagionare la morte del medesimo, senza il consenso del detenuto la Corte, tenuto conto della semplicità dell’intervento, ha escluso la violazione dell’art. 3 CEDU.

⁵⁶ Si tratta di un punto fermo non sempre adeguatamente considerato quando si discute di diritti fondamentali, per i quali si usa il termine *assoluto* senza avvedersi che l’assolutezza tende progressivamente a ridursi ogni volta che di fronte ad un diritto fondamentale si para davanti altro valore parimenti fondamentale e per questo bisognoso di pari tutela. Il che vale *anche* per diritti fondamentali come la vita, la salute - [Corte cost. sent. n. 85/2013](#)⁵⁶- e, appunto, l’autodeterminazione. Si guardi, quanto al diritto alla vita, al composito quadro normativo rappresentato dall’art. 2, 3, 8, e 15 par. 2 CEDU e alla stessa possibilità che lo Stato chieda ai suoi cittadini di mettere al servizio della collettività la vita dei propri soldati - come si constata periodicamente pensando ai caduti nelle operazioni di *peacekeeping*- o degli appartenenti alle forze dell’ordine. E vale ancor di più quando in discussione è il diritto all’autodeterminazione.

⁵⁷ Sul quale, v., volendo, anche CONTI R., *Alla ricerca del ruolo dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Pol. dir.*, 2013, nn. 1-2, 127 ss.

La legge sul consenso informato ed il biotestamento conferma l'idea che all'autodeterminazione occorre accostarsi come diritto inviolabile, ma non sempre e comunque destinato a prevalere su altri valori che dovessero, nel caso concreto, rilevare. Quando sono in discussione valori fondamentali, le regole ferree e scritte del diritto devono forse lasciare il posto a regole più elastiche, ma non per questo meno cogenti, tutte governate dal principio della dignità dell'uomo⁵⁸. Ed è proprio il riferimento plurimo alla dignità all'interno della l. n. 219/2017 di cui si dirà a confortare tale prospettiva.

Cass. S.U. 9 dicembre 2015 n. 24822, chiamata a dirimere la questione dell'estensione del principio della scissione degli effetti fra notificante e notificato alla notificazione di atti sostanziali ha consentito ai supremi giudici di tratteggiare il significato, le forme e gli effetti dell'attività di bilanciamento operata giudizialmente in vista della protezione di un valore fondamentale.

Cass. n. 24822/2015, infatti, chiarisce che il principio di ragionevolezza posto a base della [sentenza della Corte costituzionale n. 477/2002](#) e del principio della 'scissione' ivi individuato implicava un bilanciamento dei beni in conflitto, poi aggiungendo che 'La tecnica del bilanciamento avviene attraverso vari steps: a) primo step: il sacrificio di un bene deve essere necessario per garantire la tutela di un bene di preminente valore costituzionale (per esempio, certezza e stabilità delle relazioni giuridiche); b) secondo step: a parità di effetti, si deve optare per il sacrificio minore; c) terzo step: deve essere tutelata la parte che non versa in colpa; d) quarto step: se entrambe le parti non sono in colpa, il bilanciamento avviene imponendo un onere di diligenza - o, comunque, una condotta (attiva o omissiva) derivante da un principio di precauzione- alla parte che più agevolmente è in grado di adempiere'.

Le S.U. si premurano poi di precisare che 'con la tecnica del bilanciamento la Corte costituzionale (ma lo stesso procedimento logico lo adotta la Corte EDU) costruisce una norma traendola dalla disposizione di legge'. Ne consegue che 'Il giudice ordinario per compiere una interpretazione costituzionalmente orientata deve procedere allo stesso modo: - esaminare una singola disposizione; - individuare i beni in conflitto; - compiere un giudizio di bilanciamento secondo i passaggi logici sopra indicati; - infine, estrarre la norma dalla disposizione'. L'attività di bilanciamento, proseguono le S.U., non conduce ad un risultato ripetibile sempre allo stesso modo. Anzi, '... È proprio nella natura della tecnica del bilanciamento che una soluzione normativa valida per una disposizione non sia valida per un'altra: proprio perché nel giudizio di bilanciamento è ben possibile che in un caso normativo si dia preminente tutela...' all'un interesse piuttosto che all'altro che si trova contrapposto.

Dalle coordinate appena emerse il giudice di merito potrà trarre utilità quando sarà chiamato a comporre i conflitti originati dall'attuazione della l. n. 219/2017.

6.1. *Lacune della legge n. 219/2017 e possibili modi di soluzione*

⁵⁸ Colpiscono, sul punto, per chiarezza le pagine che Antonio Ruggeri ha scritto sul tema- A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) aprile 2009 Tale Autore muove dal dato di partenza per cui non può dubitarsi che l'autodeterminazione sia un principio o valore fondamentale, collocato sotto l'ombrello dell'art. 2 Cost., ma poi aggiunge che questo valore "non è solo, ad esso affiancandosi e con esso richiedendo di doversi variamente bilanciare valori diversi". La presenza di una componente *deontica* in ciascun valore fondamentale, di un elemento di doverosità "riportabile alla dignità della persona umana per un verso, alla solidarietà per altro" induce Ruggeri a considerare che nello stesso diritto fondamentale alla vita e all'autodeterminazione convive una prospettiva di doverosità non compiutamente disponibile quando in gioco dovesse esserci la dignità dell'uomo. In questa prospettiva, lo stesso A. chiarisce, quanto all'incomprimibilità assoluta del diritto alla vita '... di cui ciascuno di noi può fare ciò che vuole. Non è, però, esattamente così. In disparte una generale riserva che può farsi nei riguardi di graduatorie siffatte e fermo restando che il godimento dei diritti presuppone ovviamente la vita, quest'ultima a certe condizioni è disponibile (o, diciamo meglio, "ragionevolmente disponibile"), la dignità no. Lo stesso Stato - com'è stato, ancora da ultimo, opportunamente rammentato - può chiedere ai suoi cittadini, nel momento in cui li chiama alla difesa della Patria, il sacrificio della vita (o, diciamo meglio, la sottoposizione al rischio della morte) ma non può, in alcun caso o modo, chiedere loro di rinunciare alla propria dignità."

È estremamente chiaro che interpretare un principio fondamentale o valore fondamentale non è cosa esattamente identica a quella di interpretare una disposizione precettiva introdotta dal legislatore, proprio perché nel primo caso, come osservato da Gentili, il diritto per principi “...presuppone un discorso assiologico”⁵⁹.

Si assiste, così ad un meccanismo che attribuisce ai principi una molteplice valenza, essi per l’un verso abbisognando di essere interpretati⁶⁰ per poi diventare metro di valutazione delle leggi, che a loro volta possono -*recte*, devono- essere interpretate in modo conforme ai principi, ma nei limiti del rispetto di quegli stessi principi che rappresentano, ancora, il limite all’interpretazione conforme⁶¹. Principi che possono, talvolta, assumere il ruolo di fattore immediato sul quale incentrare le tutele in assenza della legge⁶². E proprio la sentenza Englaro rappresenta il *leading case* di regolamentazione del caso concreto sagomata sulla base di canoni fondamentali resi concreti ed effettivi in via giudiziale, pur in assenza di una disciplina positiva con la quale il legislatore avesse inteso applicarli ed attuarli.

Ora che l’Italia si è dotata di uno strumento normativo sui temi regolati dalla l. n. 219/2017, non viene affatto amputata l’opera dell’interprete e del giudice, anzi esaltandosi proprio in relazione alla necessità di verificare se, nel caso che il giudice è chiamato, non per sua scelta a decidere, quei valori fondamentali hanno trovato adeguata e completa composizione.

Nulla quaestio quando i fatti trovano agevole regolazione nel paradigma di una legge.

Per tali ipotesi, infatti, si potrà al più porre il tema del “contrasto” della norma positiva con i valori fondamentali della persona umana richiamati dall’art. 1 c. 1 l. cit., rispetto al quale il giudice non potrà voltare le spalle, ma sarà tenuto a un’attività di vera e propria ricostruzione del sistema attraverso i meccanismi che allo stesso sono riservati dalla legge -verifica della costituzionalità della legge e della sua conformità ai diritti fondamentali di matrice sovranazionale per come interpretati dalle Corti nazionali e sovranazionali che rendono concreta e effettiva la tutela dei diritti fondamentali-.

Quanto appena espresso è stato mirabilmente affrontato da Corte cost.10 giugno 2014 n. 162⁶³, resa in tema di fecondazione eterologa, allorché la Corte ha ricordato come “....Le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, *nel rispetto della dignità della persona umana*, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» ([sentenza n. 347 del 1998](#)), *ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano*”(enfasi aggiunta)⁶⁴.

⁵⁹ V. GENTILI A., *L’interpretazione*, cit., 65.

⁶⁰ Sul punto, tra gli altri, v. MAZZARESE T., *Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, in DONATI A., SASSI A., *Fondamenti etici del processo. Vol. 1 di Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, 439 ss. e spec. 445, 454.

⁶¹ V., sul punto, CONTI R., *La convenzione europea dei diritti dell’uomo*, 196 ss.

⁶² V., per un’attenta analisi delle ricadute che la tutela dei diritti fondamentali produce nella ricognizione del materiale normativo e sulla particolare formulazione linguistica di tali diritti v., diffusamente, T. MAZZARESE, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione “politicamente scorretta”*, in *Ragion pratica*, 2010, n. 35, 509 ss. e, spec., 516: “...anche le forme di conoscenza del materiale giuridico, dismessa la presunta avalutatività e oggettività nella descrizione e sistematizzazione del materiale normativo, non possono non riflettere, ed essere condizionate ad un tempo, dai valori che, espressi dai diritti fondamentali a livello costituzionale, delle norme dell’ordinamento condizionano tanto la produzione, quanto l’applicazione.[...] i modi di attuazione e/o applicazione (giudiziale) del diritto non si riducono più (nel caso questa riduzione sia mai stata effettivamente possibile) ad un’asettica ricognizione della legge e ad una sua meccanica concretizzazione (così come si era soliti affermare degli ordinamenti giuridici degli stati liberali di diritto) ma sono essi stessi indotti a tener conto dei valori espressi dai diritti fondamentali, enunciati a livello costituzionale, sia nell’interpretazione, sia, se del caso, nella denuncia dell’eventuale incostituzionalità della legge.”

⁶³ V. il commento a prima lettura di RUGGERI A., *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 4 giugno 2014

⁶⁴ Analoghi principi esprime la Corte nell’ancora più recente [Corte cost.sent. n. 170/2014](#), resa in data 11 giugno 2014 -sulla quale v. RUGGERI A., [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a](#)

Il problema sorge poi, con maggiore delicatezza, quando ci si trovi in presenza di fatti non regolati dal paradigma normativo.

E allora, se dovesse emergere una lacuna normativa all'interno del reticolo fissato dalla l. n. 219/2017, ciò significa che non c'è tutela giuridica che possa essere reclamata?

La risposta a tale quesito potrebbe essere probabilmente positiva, in prima approssimazione.

Dunque, semaforo rosso per il giudice della Corte di Giustizia o nazionale quando “manca” una tutela apprestata dall'ordinamento positivo -sia esso di matrice UE o nazionale o convenzionale (*id est*, CEDU) -⁶⁵.

Resta vero, infatti, che permane sul potere legislativo l'obbligo di emanare disposizioni non solo *minimali* ma sempre più *elasticamente* pronte a realizzare, nel caso concreto, una giustizia piena in relazione alle singole, multiformi situazioni che possono presentarsi.

Ma ove ciò non accada, per le più varie ragioni, non sembra possibile elidere il “vincolo” del *giudiziario* a verificare se i casi della vita portati al suo vaglio, nella loro cangiante e travolgente diversità, trovano una regola all'interno di quegli stessi diritti fondamentali dotati di carattere precettivo e declinati all'interno delle Carte dei diritti fondamentali, siano esse nazionali o sovranazionali -Carta di “Nizza-Strasburgo”, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, altri Trattati internazionali che contemplano diritti fondamentali dell'uomo-⁶⁶.

Il discorso, ovviamente, si amplia a dismisura e non può essere in questa sede adeguatamente sviluppato.

Si può, in via di mera approssimazione, chiarire che il giudice “è tenuto” a verificare se la situazione posta al suo vaglio trovi una specifica regolamentazione nella griglia dei valori della persona espressi dalle Carte avendo cura, tuttavia, di selezionare i materiali *costituzionali* - usando tale espressione per indicare i valori fondamentali a prescindere dal documento nel quale gli stessi trovano dimora - a seconda della “competenza” del singolo ordinamento che viene in considerazione dovendosi, secondo la giurisprudenza per ora consolidata della Corte di Giustizia, escludere la rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. per le vicende non regolate dal diritto euro unitario -v., Corte giust. 6 marzo, causa C-206/13, *Cruciano Siragusa*, Corte giust., Grande sezione, 18 marzo 2014, causa C-363/12, Z.⁶⁷ -.

Anche se tale certezza è fortemente minata proprio dal richiamo, operato dall'art. 1 c.1 l. n. 219/2017, alla Carta dei diritti UE in una materia ‘non’ disciplinata dal diritto eurounitario. Il che consente, per l'un verso, di introiettare all'interno del tema di cui si discute principi, giurisprudenza e valori che il legislatore ha ritenuto rilevanti pur se regolati da una Carta sovranazionale in tesi non applicabile dando poi, per altro verso, la misura di quanto sia complesso e difficile individuare una diversità contenutistica fra i valori presi in considerazione dalle diverse carte dei diritti fondamentali, indiscutibilmente rivolte ad integrarsi vicendevolmente pur di realizzare il canone della massimizzazione delle tutele, come piace dire ad Antonio Ruggeri.

[proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014](#), in questa [Rivista, Studi 2014](#) (13.06.14), sul tema del divorzio “imposto” alla coppia che sia stata interessata dalla rettificazione di sesso di uno dei suoi componenti, allorché ribadisce, al punto 5.5, 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», e, per altro verso, che resta, però, comunque, «riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni», nel quadro di un controllo di ragionevolezza della rispettiva disciplina...».

⁶⁵ E infatti, la successiva Corte giust. 18 marzo 2014, resa nel medesimo procedimento C-363/12, nel decidere il quesito pregiudiziale rivolto dal giudice nazionale, ha ritenuto che – 63 - “... Risulta chiaramente da tale articolo, in combinato disposto con il considerando 27 della direttiva 2006/54, che quest'ultima lascia inalterata la libertà degli Stati membri di accordare o meno un congedo di adozione e che le condizioni di applicazione di tale congedo non attinenti al licenziamento e al rientro al lavoro non rientrano nell'ambito di detta direttiva.”

⁶⁶ Sul punto, v., ancora, LAMARQUE E., *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 243.

⁶⁷ V., volendo, su tale sentenza, CONTI R., [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 questa [Rivista, Studi 2014](#) (04.04.14).

Una volta compiuta tale verifica, ci si dovrà chiedere “come” e “in che modo” il giudice deve intervenire.

Si aprono, così, le porte della concretizzazione delle tutele realizzate attraverso l’individuazione di una *regula iuris* che trova, ancora una volta, diretta matrice nei “principi fondamentali” scolpiti nelle Carte dei diritti e, dunque, della giustizia *per principia*, da compiere mediante l’interpretazione alla quale si è sopra fatto cenno.

Peraltro, i risultati che l’agire giudiziario produrrà in tali circostanze *-recte*, soprattutto nelle vicende in cui si discorre di temi eticamente sensibili- difficilmente si prestano a operazioni di generalizzazione, proprio perché la soluzione concreta del caso assume, nelle vicende di cui si discute, connotati non sempre passibili di operazioni di astrazione. Ciò che, in definitiva, distingue in modo netto e preciso l’attività del giudice da quella del legislatore⁶⁸.

La stella polare che, in ogni caso, il giudice è tenuto a seguire, come si diceva, è quella della più intensa tutela della dignità della persona, da realizzare all’interno di un procedimento giudiziario capace di fare emergere tutti gli elementi necessari per rendere la decisione adeguata al “fatto”, al caso concreto⁶⁹.

Chi ha pratica delle aule giudiziarie sa, peraltro, che il meccanismo dell’interpretazione conforme ai valori riconosciuti dalla Costituzione, dalla CEDU e dall’ordinamento UE si presta, quasi naturalmente, ad essere, volta per volta, additato come salvifico e virtuoso ovvero come grimaldello capace di mascherare operazioni che di interpretativo *stricto sensu* hanno poco o nulla e che si volgono a pratiche manipolative e creative.

Spetterà dunque al giudice, memore del diritto vivente che ha preceduto la l. n. 219/2017, svolgere il compito con fermezza e altrettante coerenza rispetto ai postulati che si è cercato qui di descrivere.

7. Il ruolo del consenso ai trattamenti sanitari

La legge n. 219/2017 conclama la centralità del consenso⁷⁰, massima proiezione del diritto fondamentale all’autodeterminazione e, usando le espressioni della Corte costituzionale, assunto al rango di autonomo diritto fondamentale per effetto della sintesi fra diritto alla salute e diritto all’autodeterminazione che, su impulso di numerosi strumenti internazionali che hanno trovato fertile terreno nella Costituzione - artt. 2, 13 e 32 Cost. -, è andato nel tempo garantendo la piena disponibilità del proprio corpo⁷¹.

⁶⁸ V., sul punto, diffusamente, MAZZARESE T., *Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, cit., 456 ss.

⁶⁹ V., da ultimo, CONTIR., *I giudici e il biodiritto*, cit., 65 ss. e 283; ROMBOLI R., *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, 529.

⁷⁰ V. Cass. n. 16543/11: «... In virtù del «diritto vivente», in altri termini, così come costituito dalle statuizioni costituzionali e da questa Corte, nonché dall’osmosi tra attività interpretativa, da un lato, e norme interne ed internazionali, dall’altro, per gli interventi sanitari sul paziente emerge l’obbligo dello Stato e delle sue istituzioni, tra cui il giudice, a mantenere al centro la dimensione della persona umana nella sua concreta esistenza, in quanto connaturata da dignità, che presiede ai diritti fondamentali, senza la quale tali diritti potrebbero essere suscettibili di essere soggetti a limiti da svilire ogni loro incisività e che costituisce valore assiologico che informa l’ordinamento giuridico nella sua totalità e, quindi, a maggior ragione ogni norma ordinaria. Se, quindi, l’*homo juridicus* è ormai *homo dignus*, come, condividendo autorevole dottrina e prendendo spunto dalle varie disposizioni sui diritti umani, ha ritenuto questa Corte con sentenza n. 7237/11 (in motivazione) la giurisprudenza di cui alle sent. n. 3847/11; n. 9315/10; n. 21748/07 riceve un ulteriore rafforzamento per ipotesi del genere».

⁷¹ MARINI G., in *Trattato di biodiritto*, a cura di P. ZATTI e S. RODOTÀ, Milano, 2010, 361 ss.. V. anche Cass. n. 21748/2007, cit., secondo il quale il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma - atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico

In diversi settori -in generale v. art. 33 della l. 23 dicembre 1978, n. 833- il legislatore è, in realtà, intervenuto per disciplinare atti che, incidendo sul divieto di disporre del proprio corpo -art.5 c.c.- presentano evidenti problemi bioetici e biogiuridici, in essi considerando espressamente il ruolo, la funzione e le modalità concrete di esplicazione del consenso.

Si pensi alle regolazioni in materia di trapianti del rene tra persone viventi⁷², di attività trasfusionali del sangue umano⁷³, di trapianti parziali di fegato⁷⁴, di trapianti di organi e tessuti⁷⁵, di donazione di midollo osseo⁷⁶, di sperimentazioni cliniche su esseri umani⁷⁷ oltre che, come è a tutti noto, di procreazione medicalmente assistita (l. n. 40/2004), di interruzione volontaria della gravidanza⁷⁸- di rettificazione dei caratteri del proprio sesso⁷⁹, di cure c.d. palliative⁸⁰ e cure compassionevoli⁸¹.

E proprio l'esame di tali discipline, alcune delle quali apertamente rivolte a limitare, normativamente, l'assolutezza del principio di autodeterminazione e del relativo consenso -che non può, ad esempio, mai ritenersi sufficiente per il compimento di atti di disposizione a titolo oneroso del proprio corpo o che recede di fronte alle situazioni di urgenza⁸²- dimostra come la «relatività» del principio costituzionale porta al compimento di bilanciamenti tra valori che il legislatore compie seguendo percorsi difficilmente omologabili all'interno del principio della «supremazia» assoluta dell'autodeterminazione -come di altri diritti pur fondamentali-.

Proprio la disciplina in tema di trapianti di reni- legge 6 giugno 1967 n. 458 alla quale rinvia anche la disciplina in tema di trapianto di fegato costituisce un esempio virtuoso di buona legislazione e dimostra come le operazioni di bilanciamento poste in essere dal legislatore, oltre a confermare il valore del consenso del donante e dell'altro soggetto coinvolto, non può perdere di vista il *principio di solidarietà* che si affianca a quello personalistico. È semmai di rilievo, anche ai fini della presente indagine, evidenziare quanto il principio dell'autodeterminazione venga posto in bilanciamento con il bene salute. Ed è stata la Corte di Cassazione - Cass. n. 1874/13 - a soffermarsi

e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) - altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale.

⁷² L. n. 458/1967, sulla quale si tornerà specificamente al par.8.1.

⁷³ L. n. 107 del 1990, abrogata, ad eccezione dell'art. 23, dall'art. 27, l. n. 219 del 2005. È interessante notare come il legislatore abbia considerato, nell'ambito del medesimo art. 3, come la donazione di sangue da parte di minorenni può essere effettuata soltanto con il «...consenso è espresso dagli esercenti la potestà dei genitori, o dal tutore o dal giudice tutelare.», mentre per quel che riguarda le cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale è sufficiente il consenso della partoriente minorenni. L'art. 3, co. 2 l. 22-10-2005 n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati) stabilisce, infatti, che «La partoriente di minore età può donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale previa espressione del consenso informato». Per la donazione di sangue, a scopo di infusione per allotrapianto (e per autotrapianto), v. art. 3, l. n. 219/2005.

⁷⁴ L. n. 483 del 1999, che rinvia alla l. n. 458 del 1967.

⁷⁵ L. n. 91 del 1999 e d.m. 8.4.2000, recante «Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti, attuativo delle prescrizioni relative alla dichiarazione di volontà dei cittadini sulla donazione di organi a scopo di trapianto».

⁷⁶ L. n. 52 del 2001.

⁷⁷ D.lgs. n. 211/2003, artt. 2, co. 1 lett l) e 3, c. 1 lett. b) e d), art. 4.

⁷⁸ L. 194/1978, art. 13

⁷⁹ L. n. 164 del 1982, artt. 2, 3, 4 e 6.

⁸⁰ L. n. 38 del 2010.

⁸¹ D.l. n. 536/1996, conv. nella l. 23 dicembre 1996 n. 648, art. 4: d.l. 17 febbraio 1998 n. 23 e l. 8 aprile 1998 n. 94 (c.d. «legge Di Bella»), recante «Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria», - art. 3, comma 2; decreto 5 dicembre del 2006 («Utilizzazione di medicinali per terapia genica e per terapia cellulare somatica al di fuori di sperimentazioni cliniche e norme transitorie per la produzione di detti medicinali») c.d. «decreto Turco-Fazio; Reg.CE n. 726/2004 - art. 83 par.2 -.

⁸² Per quanto riguarda la Convenzione di Oviedo occorre ricordare l'art. 8, che, sotto la rubrica «Situazioni d'urgenza», dispone che «Allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata.» V., sul tema IADECOLA G., *Il trattamento medico chirurgico su persona non consenziente: profili di responsabilità penale e civile*, al [sito telematico](#) del Consiglio Superiore della Magistratura; RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, cit., 801 ss.

sul particolare bilanciamento operato dal legislatore fra diversi interessi fondamentali, nel quale i principi di libertà e solidarietà si coniugano in modo fecondo, precisando che il contratto di donazione disciplinato dalla legge»...offre una sua peculiarità nel senso che concreta una deroga alla norma imperativa, di ordine pubblico interno, qual è l'art. 5 c.c.», poi aggiungendosi che il perfezionamento dello stesso presuppone che siano stati «... osservati scrupolosamente la l. n. 458 del 1967, artt. 2, 3, 4 e 5». ⁸³.

D'altra parte, anche nelle singole discipline, il peso attribuito al consenso non può dirsi omogeneo.

Si è detto, infatti, che l'intervento del giudice può atteggiarsi in un triplice modo, distinguendosi i casi in cui lo stesso ha funzione decisoria autonoma⁸⁴, da quelli in cui lo stesso interviene in funzione meramente integrativa della volontà dei soggetti deboli o di garanzia dei meccanismi di formazione del consenso -interruzione gravidanza con nulla osta nei confronti di minore-.

Altre volte lo stesso giudice si trova a dovere *semplicemente* «raccolgere» il consenso, questo costituendo un elemento indefettibile per la definizione del procedimento.

In generale, muovendosi dagli ormai solidi principi giurisprudenziali espressi in materia di trattamenti medico-sanitari, può dirsi che la procedura sottesa al consenso informato presuppone necessariamente che il soggetto: a) riceva informazioni riguardanti il trattamento o la sperimentazione (finalità, rischi, benefici, possibili alternative); b) abbia la possibilità di rivolgere domande e ricevere informazioni; c) abbia, ove lo ritenga necessario, un lasso di tempo per discutere (se possibile e se necessario) la proposta con familiari, medici, persone di fiducia; d) utilizzi le informazioni per maturare una decisione; possa revocare o rifiutare il consenso⁸⁵.

In questo contesto si inserisce la disciplina contemplata all'art. 1 della legge n. 219/2017 sulla quale non è qui utile soffermarsi se non per tratteggiare la rilevanza della c.d. relazione di cure intercorsa fra sanitari e paziente, l'equipe sanitaria e i familiari o la parte dell'unione civile o il

⁸³ Cfr. Cass. n. 1874/2013, cit.: «...Nel bilanciamento tra spinta di alta solidarietà sociale (artt. 2 e 3 Cost.) e diritto alla salute (art. 32 Cost.), quest'ultimo inteso come diritto all'integrità fisica del proprio corpo, in quanto facente parte dei diritti della personalità, la prudentia legislatoris propende per la seconda, senza disdegnare di favorire la prima, affidando al giudice, che, per sua natura, è il garante dei diritti, così come dell'adempimento dei doveri, non una mera attività rogante bensì coinvolgendolo nella sua funzione istituzionale, per cui il suo provvedimento, se favorevole, non è reclamabile, per la presunzione *juris et de jure* della sua conformità ai rigidi parametri legislativamente previsti, ma non per questo può essere ignorato dal «donatore» fino a poco prima dell'intervento, diversamente da quanto avviene in caso di rifiuto del nulla osta.^{SEP}In tal senso, il diritto del «donatore» a revocare il suo consenso alla donazione esercitabile anche poco prima dell'intervento, e legislativamente previsto, è emblematico della sovranità attribuita dalla legge alla sua autodeterminazione libera e consapevole circa l'esercizio del diritto all'integrità psicofisica del disporre del suo corpo.».

⁸⁴ Così BUFFONI L., *op.cit.*, 34 che vi inserisce i casi di autorizzazione alla donazione del rene e di rettificazione dell'attribuzione di sesso. In tali casi, la funzione giurisdizionale «... garantisce (e, quindi, limita) l'estrinsecazione della libertà, mediante il sindacato sulla ricorrenza dei presupposti di fatto normativamente prescritti. Seppur nell'oscurità del dato normativo, che attribuisce al giudice la facoltà di autorizzare il trapianto o la rettificazione di sesso, pare, però, difficile non limitare la funzione sindacatoria del giudice ad un controllo esterno, debole e vincolato alla ricorrenza dei requisiti *ex lege* e non escludere un sindacato di merito sull'opportunità dell'atto.»

⁸⁵ Cfr. sul punto art. 5 Conv. Oviedo: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso; art. 6 part. 4 Conv. cit.: «...Il rappresentante, l'autorità, la persona o l'organo menzionati ai paragrafi 2 e 3 ricevono, alle stesse condizioni, l'informazione menzionata all'articolo 5.». Peraltro, il consenso richiede la capacità della persona di esprimere il consenso, l'idoneità della persona che chiede e riceve il consenso e l'assenza di coercizioni. In definitiva, detto consenso è fondato sull'adeguatezza dell'informazione, che generalmente presuppone la previsione di un tempo adeguato concesso alla persona per valutare se partecipare, la messa a disposizione di informazioni scritte e di spiegazioni orali che abbiano le caratteristiche della completezza, fornendo all'interessato la descrizione dei benefici che si possono ragionevolmente attendere dall'intervento, delle possibili alternative e nel caso di rischi superiori al minimo, la descrizione della probabilità e dell'entità del rischio. Tali requisiti del consenso sono stati scolpiti da Cass. n. 23676/08- in *Foro it.*, 2009, I, 36 ss., ove si è chiarito che «la volontà di un consenso preventivo ad un trattamento sanitario non appare in alcun modo legittimamente predicabile in assenza di doverosa, completa, analitica informazione sul trattamento stesso». Più di recente, v. Cass. n. 20984/12, in *Biolaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 27 novembre 2012.

convivente, se il paziente lo desidera, ovvero una persona di sua fiducia⁸⁶. All'interno di siffatta relazione si pone dinamicamente la pianificazione condivisa delle cure, menzionata dall'art. 5 della stessa legge.

Anche in tale disposizione emerge in modo marcato l'opera di bilanciamento posta in sede legislativa a proposito del divieto del medico di assecondare la volontà del paziente laddove essa tende a realizzare trattamenti sanitari contrari alla legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico assistenziali, poichè, recita l'art.1 c. 6, a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali.

Si tratta di una previsione che limita, dunque, il diritto all'autodeterminazione, come quella prevista dal comma 7 relativa alle situazioni di emergenza e urgenza, escludendo che l'ordinamento positivo abbia inteso, in atto, disciplinare e legittimare l'ipotesi di eutanasia attiva.

8. *'Schegge' di riflessione sui casi Lambert e Lambert c. Francia, Gard e altri c. Regno Unito e Afiri e Biddarri c. Francia. Interruzione delle cure in caso di prognosi infausta o di imminenza di morte (art. 3 c. 2 l. n. 219/2017).*

L'art. 2 della l. n. 219/2017 affronta un tema estremamente delicato, dai primi commentatori salutato con grande entusiasmo in quanto interpretato come scelta precisa indirizzata ad emarginare condotte di c.d. accanimento terapeutico.

Tralasciando l'esame del comma 1 una particolare attenzione merita il secondo comma, ove si prevede che

Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente.

Tale disposizione, per quel che appare ad una riflessione iniziale qual è quella qui compiuta, sembra disporre a carico del sanitario un vero obbligo di astensione/interruzione delle cure che egli ritenga inutili. Obbligo che sembra sovrastare e superare la diversa volontà dello stesso paziente o dei di lui familiari, al punto da giustificare l'adozione, motivata, della sedazione palliativa profonda in associazione con la terapia del dolore.

Si tratta allora di stabilire se la disciplina anzidetta possa ledere gli interessi del paziente, laddove non consente, peraltro, di proceduralizzare la scelta del sanitario che, in presenza di una diversa opinione, non è tenuto a svolgere alcuna attività di consultazione con i congiunti del paziente o con esperti dai quali potere eventualmente trarre conferma circa l'opportunità e doverosità della scelta che lo stesso intende operare.

Pare assai importante, sul punto, esaminare il caso *Lambert c. Francia* (Corte dir.uomo, Grande Camera, 5 febbraio 2015)⁸⁷, tetraplegico a causa di un incidente stradale e incapace di rappresentare il proprio volere rispetto ad uno stato vegetativo che aveva condotto i sanitari che lo avevano in cura ad interrompere i trattamenti di mantenimento in vita -nutrizione artificiale- con una decisione confermata dal Consiglio di Stato francese, a ciò autorizzati dalla Legge adottata in Francia nell'aprile 2005 - c.d. Legge Leonetti - anche contro il volere di alcuni dei familiari (genitori). Vicenda nella quale la Corte edu non ha ravvisato la violazione dei parametri convenzionali ma

⁸⁶ Va ricordato che il comma 5 dell'art. 1 («Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione») indica solo i familiari come destinatari della comunicazione cui il paziente può consentire, trascurando la persona di fiducia. Sulla necessità di coordinamento della disciplina in esame con quella di cui ai commi 20 e 39 dell'art. 1 l. n. 76/2016 in tema di parti delle unioni civili e conviventi di fatto v. STEFANELLI S., *Biotestamento: i principi fondamentali ed alcuni punti critici della l. n. 219 del 2017*, cit., par. 6.

⁸⁷ V., a commento della decisione indicata nel testo, di recente, RIVERA I., *Il caso Lambert e la tutela della dignità umana come diritto a vivere (e a morire)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2 settembre 2015.

soltanto perchè la legislazione transalpina aveva proceduralizzato le fasi che hanno poi indotto il sanitario a mantenere ferma la scelta di interrompere la ventilazione artificiale in relazione alle condizioni di non ritorno in cui versava il malato terminale, pure consentendo la verifica giudiziale dell'operato svolto in ambiente medico anche con l'ausilio di specialisti.

Ci si deve chiedere se tale soluzione, adottata dal legislatore nazionale, sia coerente con il quadro dei principi esposti nell'art.1 della l. n. 219/2017.

La risposta in parte positiva sembra, ancora una volta, confermare come l'equilibrio raggiunto in sede legislativa confermi l'assenza di diritti fondamentali incompressibili, gli stessi trovando una composizione adeguata che può determinare il sacrificio dell'uno quando emerge la necessità di salvaguardarne un altro, considerato meritevole di maggiore tutela in relazione alla vicenda concreta.

Ed è proprio il caso del venir meno di ogni speranza di prognosi fausta che induce il legislatore a prevedere un vero e proprio obbligo del medico di interrompere le cure in caso di imminenza di morte o di prognosi infausta a breve termine. In questi casi, nella prospettiva del legislatore, nemmeno la volontà di diverso avviso del paziente potrebbe indurre ad una soluzione diversa, nè, ancora, l'opposizione manifestata dai prossimi congiunti.

Si pensi al caso di mancanza dell'unanimità di intenti fra i parenti sull'inutilità o superfluità dei trattamenti vitali⁸⁸.

È semmai da chiedersi cosa potrebbe succedere in caso di opposizione dell'interessato (in verità ipotetica in relazione alle di lui condizioni) o dei congiunti -o soltanto di alcuni di essi-. Potranno gli stessi attivare un controllo circa l'operato del sanitario e la scelta dallo stesso posta in essere, allorché ritengano di opporsi alla decisione di interruzione della somministrazione di cure per le più varie ragioni, prospettando ipotesi curative alternative o anche solo il rifiuto che la persona, in stato di coscienza, avrebbe opposto all'interruzione del trattamento medico?

La legge tace sul punto né prevede la possibilità di emersione di tale conflitto in ambiente sanitario. Nè, tanto meno, proceduralizza un meccanismo di verifica giudiziale dell'operato del medico. Orbene, ai quesiti sopra posti sembrerebbe doversi rispondere nel senso che l'assenza di disciplina positiva nei termini anzidetti si pone in antitesi con la protezione dei beni in gioco.

Tanto trova conferma anche in altre due pronunzie di inammissibilità rese dalla Corte edu -Corte edu, 27 giugno 2017, *Gard e altri c. Regno Unito* e Corte dir. Uomo, 23 gennaio 2018, *Afiri e Biddarri c. Francia* (ric. n. 1828/18) - che, ancora una volta chiamata a verificare la legittimità della scelta dei sanitari di interrompere le cure nei confronti di due minori di età in relazione alle condizioni irreversibili nelle quali versavano e malgrado il contrario avviso dei genitori, hanno dichiarato inammissibili i ricorsi. Secondo la Corte, tanto la legislazione britannica che quella francese, inserendosi nel margine di apprezzamento elevato spettante agli Stati sul tema delle modalità di interruzione di trattamenti sanitari ritenuti non idonei a salvare la vita del paziente, avevano introdotto procedure meticolose e collettive nelle quali tutti i soggetti coinvolti avevano potuto esprimere le loro posizioni, vagliate attraverso diverse consultazioni con vari clinici e poi ulteriormente verificate in plurime sedi giudiziali.

Tanto escludeva che gli Stati coinvolti avessero violato l'obbligo procedurale positivo di proteggere la vita dei pazienti.

Si porrà, dunque, al giudice di turno il compito di verificare se la legislazione vigente ed i valori in gioco, con la carica di precettività che gli stessi possiedono, possono consentire l'adozione di rimedi capaci di proteggere gli interessi coinvolti, ovvero se occorra sollecitare un intervento della Corte costituzionale.

Quanto ai rimedi giudiziali non sembra peregrino individuare, ancora una volta, nel giudice tutelare l'autorità che potrebbe verificare l'operato del sanitario. Ciò sembra coerente con la

⁸⁸ V. ancora, CASONATO C., *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, cit., 495 ss. L'A., peraltro, offre una lettura della sentenza *Englaro* della Cassazione- sent. n. 2 1748/2007- secondo la quale nell'ordinamento interno la prospettiva di interruzione del trattamento presupporrebbe ineludibilmente l'unanimità dei consensi dei soggetti legittimati.

previsione di cui all'art. 3 c. 5 l. n. 219/2017 - richiamato dall'art. 4 c. 5 e dunque costituente vera e propria 'norma cardine' in punto di controllo giudiziario delle decisioni che incidono sul paziente che non si trova in condizioni di decidere autonomamente -.

Spetterebbe poi allo stesso Giudice tutelare considerare, dopo l'esame di tutti i soggetti capaci di fornire elementi utili per la decisione ed un'istruttoria particolarmente penetrante⁸⁹, coinvolgendo se del caso in modo collegiale parenti, medici specialisti, esperti in campo etico⁹⁰, tutti i valori in campo e vagliare, nelle operazioni di bilanciamento allo stesso demandate, la scelta legislativa -alla quale, come si è detto è per l'appunto sotteso un bilanciamento secondo le forme e le modalità sopra descritte⁹¹- per verificare se, nel caso di specie, la decisione del medico abbia risposto al bisogno di tutela della vita e della dignità del paziente.

Solo in questo modo, seguendo un protocollo procedurale del tipo di quello disegnato dalla Corte edu la dignità umana del malato potrà trovare nelle decisioni del giudice nazionale la tutela incondizionata e assoluta che essa merita secondo i suoi intrinseci caratteri di indefettibilità, indissolubilità e incomprimibilità in quanto supervalore costituzionale.

Sarà dunque quel giudice a dovere sciogliere dubbi di non poco momento.

9. Consenso, autoderminazione ed ascolto di minori e disabili. Il 'prima' della legge n. 219/2017

Una particolare attenzione merita il tema del consenso per quel che riguarda i minori e i soggetti disabili.

Quanto alle persone prive di capacità, rilevano alcune disposizioni della Convenzione di Oviedo - artt. 6, 9 e 17 - e della Convenzione sui diritti del disabile adottata dall'ONU ratificata in virtù della l. 3 marzo 2009, n. 18 anch'essa tutta orientata a «salvaguardare» l'esercizio della volontà dei soggetti portatori di disabilità, pur coniugandola, coerentemente, con la protezione offerta dai soggetti che si prendono cura del disabile.

Appare qui necessario svolgere un particolare approfondimento in ordine al consenso dei minori in ambito sanitario.

Sul punto, la normativa interna, prima della l. n. 219/2017, non sembrava offrire elementi precisi di valutazione. L'idea tradizionale era che, pur non disconoscendosi la titolarità in capo al minore dei diritti personalissimi⁹² nell'interesse e per conto di tali soggetti potessero esprimere il consenso

⁸⁹ V. Corte dir. uomo, *Lambert*, cit., § 168: "...the procedure in the present case was lengthy and meticulous, exceeding the requirements laid down by the law, and considers that, although the applicants disagree with the outcome, that procedure satisfied the requirements flowing from Article 2 of the Convention".

⁹⁰ E' proprio l'esame dei singoli passaggi seguiti a livello interno a condizionare l'esito al quale giunte Corte dir. Uomo, *Lambert*, cit., § 181: "...both the legislative framework laid down by domestic law, as interpreted by the *Conseil d'État*, and the decision-making process, which was conducted in meticulous fashion in the present case, to be compatible with the requirements of Article 2. As to the judicial remedies that were available to the applicants, the Court has reached the conclusion that the present case was the subject of an in-depth examination in the course of which all points of view could be expressed and all aspects were carefully considered, in the light of both a detailed expert medical report and general observations from the highest-ranking medical and ethical bodies".

⁹¹ Certo, potrebbe chiedersi che la decisione sull'interruzione delle cure del malato terminale con prognosi infausta o di imminente morte affidata ai medici piuttosto che ai parenti possa ritenersi accettabile ancorché i criteri, le procedure, i limiti siano assai diversi rispetto al caso in cui la scelta sia affidata ai parenti? Ma d'altra parte, sulla base di quale legittimazione i parenti potrebbero decidere, in una situazione di incoscienza, della vita altrui? L'espropriazione che sembra realizzarsi in danno di alcuni dei soggetti che rappresentano, almeno dal punto di vista degli affetti, la persona interessata in favore di altri parenti è davvero totale o rappresenta una risposta difficile, se si vuole tremenda, ma comunque dotata di un certo grado di razionalità rispetto al mistero della vita e della morte? La - tanto parziale quanto significativa- «delega» alla scienza medica su queste materie - alle quali puntualmente fa riferimento [Corte cost. n. 162/2014](#)- è accettabile, auspicabile, dovuta?

⁹² Cass. n. 22080/2009: «.. a fronte di un ordinamento precostituzionale ricco di riferimenti alla peculiarità, alla specificità della questione minorile[...]è scelta ben condivisibile quella della Costituzione[...]di porre il minore sul medesimo piano di ogni altro cittadino. Tale prospettiva è rettamente evidenziata dall'analisi degli artt. 2 e 3 Cost., che costituiscono veramente il fondamento di tutto l'edificio costituzionale. Da un lato, è il riconoscimento e la garanzia

chi era dotato della «potestà» genitoriale -divenuta responsabilità genitoriale per effetto delle più recenti riforme di nuovo conio (l. n. 219/2012 e d. lgs. n. 154/2013) - e della tutela, ancorchè gli istituti appena ricordati sembravano muoversi in un'ottica di tutela del patrimonio dei soggetti deboli, più che della cura della persona.

D'altra parte, l'alternativa secca capacità-incapacità posta come tratto comune del sistema codicistico si è andata restringendo, a fronte di una sempre progressiva accentuazione dei profili di concreta verifica delle condizioni dei soggetti rispetto ai singoli diritti, soprattutto se rientranti nella cerchia dei valori fondamentali.

Proprio in campo minorile, la tematica degli interventi sanitari rispetto all'autodeterminazione del minore -sulla quale ci si è a lungo interrogati⁹³-, assume tratti assai peculiari, per i quali i dubbi non riguardano, soltanto, l'esistenza in capo al minore di un diritto all'autodeterminazione ma, a monte, le modalità stesse che occorrono per rendere partecipato e concreto, l'intento volitivo del minore.

È, del resto, l'avvento degli strumenti internazionali⁹⁴ a dare nuova linfa ad una corrente di pensiero che già in Italia aveva da tempo posto in discussione la possibilità stessa che a prestare il consenso su questioni relative a diritti personalissimi non potesse essere pretermesso il minore, essendo lo stesso al contempo titolare assoluto delle medesime prerogative⁹⁵.

Assume particolare rilievo la disciplina contenuta nella già ricordata Convenzione di Oviedo, a cui tenore «... Quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge» -art. 6 par. 2-. Ma a tale previsione si aggiunge, al par.3, che «...Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità». E tale

dei diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, dall'altro l'impegno pubblico a rimuovere gli ostacoli che - limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini - impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Significativamente, nell'una e nell'altra norma è presente il riferimento alla personalità e al suo sviluppo: un'indicazione siffatta, se appare diretta a tutti i cittadini o, ancor di più, a tutti gli individui, pure, come si è detto, si attaglia particolarmente al fanciullo, per il quale lo sviluppo della personalità costituisce un dato fisiologico. Dunque, tutela dei diritti fondamentali del minore (come di ogni individuo)».

⁹³ In dottrina cfr. TURRI G.C., *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Questione Giustizia*, 2000, 3, id., *I giudici, i medici e i minorenni in Europa, U.S. e U.K.*, in *Politeia, Le questioni bioetiche davanti alle Corti*, cit., 93 ss.; LO GIUDICE M., *L'intervento del sanitario ed il rapporto con il paziente disabile/incapace/minore e con il soggetto che lo assiste o rappresenta*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma nei 9-11 maggio 2011 sul tema *Il consenso ai trattamenti sanitari dei soggetti deboli*, al [sito telematico](http://www.edscuola.it/archivio/norme/varie/sentribminmi579_10.pdf) del Consiglio Superiore della Magistratura; *Prima dei 18 anni: l'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, a cura di BENZONI S., CESARO G.O., LOVATI P., VIZIELLO P., Milano, 2010. Per la giurisprudenza v. Trib. min. Brescia, 28 dicembre 1998, App. Brescia, 13 febbraio 1999 e Trib. min. Brescia, decr. 22 maggio 1999, tutti in *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, I, 204; App. Ancona, 26 marzo 1999, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, I, 218; Trib. minori Brescia, 25 ottobre 2000, in *Minorigiustizia*, 2001, 197; Proc. Trib. Venezia, 2 giugno 1998 e Trib. min. Venezia, 7 ottobre 1998, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 689 e, più di recente, Trib. min. Milano, 30 marzo 2010, all'indirizzo telematico http://www.edscuola.it/archivio/norme/varie/sentribminmi579_10.pdf, che pure richiama in motivazione una sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo-18 luglio 2002, n. 154 - resa in un caso di un minore che rifiutava fermamente le trasfusioni di sangue in una maniera aveva convinto i medici a non eseguire sul proprio coercitivamente l'intervento vissuto con terrore, arrivando poi alla morte, aveva ritenuto che «...al di là delle ragioni religiose[...]riveste particolare interesse il fatto che il minore, opponendosi ad un'ingerenza estranea sul proprio corpo, stava esercitando un diritto di autodeterminazione che ha per oggetto il proprio corpo».

⁹⁴ CESARO G.O., *Norme e principi sull'autodeterminazione del minore nel diritto nazionale e internazionale*, in AA.VV., *Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario* a cura di BENZONI S., CESARO G.O., LOVATI P., VIZIELLO P., Milano, 2010, 15.

⁹⁵ MARINI G., *op.cit.*, 389. V. PANUNZIO S.P., *Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 2, 362 e ID, *Premesse per uno studio sui diritti costituzionali e la capacità dei minori*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, 633; id., *Premesse per uno studio sui diritti costituzionali e la capacità dei minori*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, 633; BUSNELLI F.: *Capacità, Capacità ed incapacità del minore*, Milano, 1982, 59 ss.

previsione non può certo dirsi isolata, anzi, trovando ulteriori conferme a livello sovranazionale⁹⁶.

Si avverte, in definitiva, che il ruolo del minore e della volontà da questi espressa sono presi in considerazione, con accenti variegati, peraltro⁹⁷, come un fattore sempre più determinante, in funzione dell'età e del grado di maturità della persona minorene⁹⁸.

Ed in questa prospettiva non può dimenticarsi l'acuta critica «di sostanza» svolta in dottrina alla sentenza della [Corte cost. n. 438/2008](#), che nel dichiarare l'illegittimità della legge della Regione Piemonte n. 21 del 6 novembre 2007 -il cui primo comma prevedeva che «il trattamento con sostanze psicotrope, e nello specifico farmaci psicostimolanti, antipsicotici, psicoanalettici, antidepressivi e ipnotici su bambini e adolescenti fino a 18 anni può essere praticato solo quando i genitori o tutori nominati esprimono un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto, al cui interno in tema di somministrazioni di farmaci»- aveva sì valorizzato i tratti del diritto all'autodeterminazione, tuttavia omettendo di sanzionare la legge nella parte in cui aveva totalmente tralasciato di considerare la volontà del minore al trattamento sanitario⁹⁹.

⁹⁶ Quanto agli altri strumenti internazionali con specifico riguardo ai minori, l'art. 24 par.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE prevede che «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. «Analogamente, l'art. 12 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata in Italia con l. n.1767/91, prevede che «Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. ^[L'UE] A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale.» Anche la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata il 25 gennaio 1996 e ratificata in forza della l. 20 marzo 2003 n. 77, ha previsto, all'art. 6, che «Nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve:a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti ad fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali;b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente:_ assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti,- nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, permettere al minore di esprimere la propria opinione;c) tenere in debito conto l'opinione da lui espressa .» L'art. 7 della Convenzione ONU sui diritti dei disabili, approvata il e ratificata in Italia con l. n. 7/2009, ha poi previsto specificamente, in favore dei minori disabili, che «Gli Stati Parti adottano ogni misura necessaria a garantire il pieno godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte dei minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori.2. In tutte le azioni concernenti i minori con disabilità, il superiore interesse del minore costituisce la considerazione preminente.3. Gli Stati Parti garantiscono ai minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori, il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni su tutte le questioni che li riguardano e le loro opinioni sono debitamente prese in considerazione, tenendo conto della loro età e grado di maturità, assicurando che sia fornita adeguata assistenza in relazione alla disabilità e all'età, allo scopo di realizzare tale diritto.

⁹⁷ V. art. 3, l. n. 219/2005 contenente Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati.V. anche art. 120 d. p. r. n. 309/90, art. 2 ult. comma, l. n. 194/78 , art. 3 della l. n. 107/1990, art. 3, c. 2 l. 22 ottobre 2005 n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati) , comma 1 - quater art. 23 della L. 31 dicembre 1996 n. 675, come modificato dal d. lgs. 30 luglio 1999, n. 282.

⁹⁸ V. Trib. min. Milano, ult.cit.:»... non è possibile sostenere che i genitori rappresentino i figli minori anche relativamente alle scelte mediche e ciò, per rimanere al caso concreto ed in disparte di ogni considerazione circa diverse soluzioni astrattamente possibili per soggetti di tenera età, specialmente quando il minore abbia raggiunto una età prossima al raggiungimento della piena capacità di agire, poiché diversamente opinando si giungerebbe alla privazione di diritti personalissimi mercé la sola considerazione del dato formale rappresentato dall'incapacità legale, giungendo al paradosso che il soggetto legalmente incapace ma naturalisticamente capace non possa decidere della propria salute, mentre il soggetto legalmente capace ma naturalisticamente *minus*, per il tramite dell'istituto dell'amministratore di sostegno, potrebbe esercitare una maggiore autodeterminazione.» In quel caso il giudice ritenne di dichiarare il non luogo a provvedere sull'istanza dei genitori che avevano chiesto l'adozione al giudice minorile di provvedimenti assimilabili a quelli del t.s.o. per il loro figlio affetto da patologie psichiatriche, ritenendo il giudicante applicabile la disciplina generale in tema di t.s.o. e, dunque, la competenza del Giudice Tutelare.

⁹⁹ CASONATO C., *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, 2009, 625: «... E si sarebbero potuti richiamare principi e documenti che si rivolgono specificamente alla posizione del minore.[...] E' altresì ormai emersa una tendenza molto chiara a tenere in considerazione la volontà del

Il quadro testé descritto sembrava dunque dovere produrre ricadute sul piano extraprocessuale e processuale¹⁰⁰, apparendo evidente la necessità che nelle attività propedeutiche al compimento di atti incidenti sulla sfera personale del minore, quest'ultimo dovesse essere necessariamente e formalmente associato alla procedura.

Al «consenso» si affiancava, poi, il tema dell'ascolto dei soggetti, anch'esso elemento sicuramente decisivo per il corretto sviluppo delle controversie in materia bioetica.

L'attenzione degli studiosi, in altri termini, si è andata orientando dall'*an* dell'ascolto al *come* ascoltare i soggetti a vario titolo coinvolti -soggetti non capaci, per impedimento fisico, di esprimere la volontà con espressioni linguistiche ma sicuramente dotati di piene facoltà mentali¹⁰¹, soggetti incapaci di esprimere la volontà per disordine mentale, soggetti minori di età¹⁰²-.

Per questo, si è sostenuto che non è necessario soltanto procedere all'ascolto dei soggetti, ma occorrerà che tale ascolto venga realizzato con modalità adeguate a garantire, in relazione alla concreta fattispecie, che la volontà dei soggetti ascoltati emerga in modo chiaro e risulti preceduto da tutte quelle attività informative senza le quali il consenso prestato o, più in generale, la manifestazione di volontà espressa dal soggetto dovranno dirsi viziati¹⁰³.

Ad imporre tale modalità procedimentale dev'essere, pertanto, l'interpretazione delle discipline di settore ai canoni costituzionali e convenzionali sopra indicati.

Tanto più partecipato sarà il ruolo che questi «attori» riusciranno ad esprimere in contesti complessi quali quelli relativi al fine vita, quanto più «giusta» riuscirà ad essere la decisione in tema di consenso.

9.1 Il consenso informato del minore ai trattamenti sanitari secondo l'art. 3 l. n. 219/2017

La prospettiva adottata dal legislatore in tema di consenso al trattamento medico dei minori è senz'altro riduttiva. Non solo ai minori è escluso di potere ricorrere alle disposizioni anticipate di trattamento, per esplicita previsione contenuta nell'art.4 c. 1 della l. n. 219/2017, ma si assiste ad una duplicazione dei meccanismi pensati per le persone affette da disabilità invece dimenticando totalmente le peculiarità della condizione del minore.

Al di là dell'espresso riconoscimento dei diritti già indicati nell'art. 1 c. 1 della stessa legge, la trama normativa si incentra sul tema dell'informazione che al minore va garantita circa le 'scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa in condizione di esprimere la sua volontà'.

Con certezza, dunque, si prevede che il minore debba essere chiamato ad esprimere il proprio

minore cui, in ogni caso, vanno date informazioni adeguate.[...] Su queste basi, le affermazioni della Corte in riferimento all'esigenza di «garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale» si sarebbero potute precisare in riferimento al minore, la cui posizione anche in ambito medico non è assimilabile a quella del maggiorenne capace”.

¹⁰⁰ Sul punto VILLA L., *L'esperienza del Tribunale per i Minori di Milano per la tutela dell'autonomia decisionale del bambino in ambito sanitario*, in *Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, cit., 98 ss.

¹⁰¹ Trib. Sassari 16-7-2007, in *Foro it.*, 2007, I-2, 3026 s., ha ammesso in un caso di sclerosi laterale amiotrofica (SLA) l'uso del sintetizzatore vocale MyTobii, il quale ha consentito al malato di esprimere la propria volontà contraria alla permanenza in vita.

¹⁰² CASATI S., *Tu mi interroghi, tu mi trasformi. Partecipazione e complessità in età evolutiva* e MASERA G., *La competenza decisionale dei minori affetti da patologie oncologiche*, in *Prima dei 18 anni. L'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, cit., rispet., 29 e 51.

¹⁰³ Quando, allo stesso modo, l'intervento giudiziale è destinato ad incidere su interessi e valori che non appartengono direttamente alla persona richiedente o sono comunque capaci di produrre ricadute dirette su altri diritti, parimenti fondamentali - si pensi a tutte le questioni che ruotano attorno all'autorizzazione all'aborto di minorenni o di persona incapace, alla procreazione medicalmente assistita- il bilanciamento che sarà chiamato a svolgere il decisore riguarderanno direttamente interessi facenti capo (anche) entità/soggetti (concepito, nascituro) diversi dalla persona che agisce giudizialmente o nei cui confronti viene sollecitato un provvedimento giudiziale. I concetti di dignità, autodeterminazione, vita, miglior interesse si moltiplicano, così.

convincimento sui trattamenti in modo che siano valorizzate la propria capacità di comprensione e di decisione rinviandosi, quanto alle modalità con le quali tale volontà debba essere raccolta, all'art. 1 c. 4 della stessa legge, applicabile in forza del richiamo generale contenuto all'art.1 - fatta salva l'esclusione dei commi per i quali rileva la ridotta capacità del minore stesso -. La volontà del minore, del resto, costituisce un elemento indefettibile, poiché i soggetti chiamati ad esprimere il consenso nell'interesse del minore devono tenerne conto, valutando la sua età ed il grado di maturità e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità.

Si è detto, in dottrina, che il minore rimane il protagonista nella relazione di cura che viene delineata, per ogni aspetto, con modalità sovrapponibili -in quanto compatibili- a quelle dell'art.1, integralmente richiamato¹⁰⁴.

La formulazione dell'art. 3 c. 2 è di estrema delicatezza. Pur non occupandosi del tema relativo all'eventuale conflitto fra più soggetti esercenti la responsabilità genitoriale, il legislatore traccia le linee che devono muovere il o i soggetti tenuti ad esprimere o a rifiutare il consenso e chiama loro stessi, in prima battuta, ad un'opera di bilanciamento fra vita, autodeterminazione del minore e sua dignità.

L'unica ipotesi per la quale il legislatore reputa necessaria la previsione di un intervento giudiziale è quella del possibile contrasto fra scelta dei genitori di rifiuto delle cure e diverso avviso del medico. Ipotesi che, secondo quanto previsto dall'art. 3 c. 5, è rimessa 'al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria'.

Ora, non è qui il caso di discutere della scelta che individua nel giudice tutelare, piuttosto che nel tribunale per i minorenni, l'autorità giudiziaria chiamata a dirimere il conflitto. Rimane semmai da sottolineare che per precisa scelta legislativa la platea dei soggetti chiamati a sollecitare l'intervento giudiziale sono, oltre ai rappresentanti legali, al medico ed al responsabile della struttura sanitaria, anche 'i soggetti di cui agli articoli 406 e ss. del codice civile', legittimati ad iniziare il procedimento di amministrazione di sostegno.

Spetterà dunque al giudice tutelare la decisione del conflitto.

9.2 La richiesta di interruzione delle cure del minore inascoltato ed il silenzio della l. n. 219/2017

Se sorge un contrasto fra volontà del minore e dei genitori -si pensi alle ipotesi in cui la decisione dei genitori non rispetti la sua personalità o sia contraria al suo benessere psico-fisico o, ancora, ai casi di rifiuto di cure non salvavita da parte di minore dotato di capacità di discernimento adeguato- ai quali spetta il potere dovere di esercitare o rifiutare il consenso, esiste un -e qual è il giudice competente a decidere? Chi può fare insorgere il conflitto e davanti a quale autorità giudiziaria? E' possibile risolvere questa lacuna sulla base del quadro giuridico di riferimento? Il minore non deve essere sentito, deve soltanto essere informato? Chi, in definitiva, verifica che il consenso o il rifiuto espresso dal genitore sia stato fatto 'avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità'?

A questi interrogativi non ha fornito risposta la l. n. 219/2017. Si tratta di un'omissione rilevante.

Ed infatti, a differenza che nella posizione del soggetto interdetto, inabilitato o per il quale è stato nominato un amministratore di sostegno, è prevista la figura del Giudice tutelare, tenuto a monitorare costantemente l'andamento della vicenda, vuoi perchè l'amministratore di sostegno o il tutore relazionino autonomamente prospettando eventuali criticità (art. 410 c. 2 c.c.¹⁰⁵), vuoi perchè

¹⁰⁴ FERRANDO G., *Commento Art. 3 l. n. 219/2017*, in *Biolaw Journal, Rivista di BioDiritto*, n. 1/2018, 48.

¹⁰⁵ L'amministratore di sostegno deve tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonchè il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso. In caso di contrasto, di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, questi, il pubblico

sia lo stesso giudice ad attivarsi per acquisire notizie (art. 44 disp. att. c.c.¹⁰⁶) nulla è previsto con riguardo al minore.

Nei procedimenti che riguardano i minori, per converso, solo l'attivazione del P.M. minorile o di uno dei genitori in ordine al contrasto insorto sulle scelte terapeutiche nei confronti del figlio consentirebbe l'attivazione di un apposito procedimento -prima non esistente-.

In definitiva, il legislatore del 2017 sembra ritenere che il consenso o il rifiuto espresso dal genitore non abbisogni di alcun controllo quanto alla posizione nella quale si è trovato il minore, al quale, come si è detto, è garantito unicamente il diritto all'informazione e a manifestare la propria volontà, senza nemmeno precisare le modalità di raccolta di tale manifestazione volitiva circa il consenso o meno al trattamento.

Occorre forse chiedersi se esista o debba essere individuato uno strumento che consenta al giudice di verificare se la decisione presa dai genitori, in caso di contrasto, risponda effettivamente alla 'tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità'.

Non a caso si sollecita, in dottrina, sia in epoca precedente che all'indomani del varo della l. n. 219/2017, un intervento giudiziario da parte del Tribunale per i minorenni - *ex art. 333 e 366 c.c.* - ¹⁰⁷. Con quanta coerenza rispetto alle scelte introdotte dal legislatore del 2017 in punto di tutela giudiziaria degli interessi coinvolti è dato davvero dubitare.

Sullo stesso crinale del ragionamento svolto nel precedente paragrafo può essere utile riflettere sul tema della richiesta di interruzione delle cure del minore che versi in gravi condizioni rimasta inascoltata dai genitori, proprio alla luce della disciplina positiva introdotta dall'art.3 comma 2 l. n. 219/2017.

Anche qui, proprio quando si percepisce un interstizio non regolato dal legislatore, indossare la toga del giudice significa farsi carico di una responsabilità enorme, rivolgendosi la funzione giudiziaria contemporaneamente a fornire una risposta ad una domanda di giustizia sulla base di articolate conoscenze, multiple e pluridisciplinari, ma anche a fronteggiare la portata endo ed extraprocessuale che ogni decisione in materia, sia essa proveniente da un giudice di merito che dalle giurisdizioni superiori, è destinata ad assumere¹⁰⁸. Tutto ciò in un contesto 'governato' dai *mass media* e dalla globalizzazione, nel quale i parametri di valutazione dell'operato giudiziario vengono, a volte, filtrati e rilette in modo inappropriato.

Ora, se già il tema dell'eutanasia passiva (sempre che questa sia la corretta categoria nella quale inquadrare la vicenda di cui discutiamo) presenta profili di complessità marcati,¹⁰⁹ il tentativo di approfondirne gli aspetti con riferimento alla figura del minore si arricchisce, all'evidenza, di ulteriori elementi collegati alla condivisa opinione per cui la persona minore non può essere identificata con quella adulta per la diversa protezione offerta dall'ordinamento alla sua condizione (art. 30 Cost.) e per l'assai peculiare bagaglio di esperienza, conoscenza e capacità di discernimento di cui il minore è portatore. E se a questo dato di partenza si aggiunge quello che la nozione di minore è essa stessa poliedrica in relazione non soltanto allo sviluppo fisico e psichico del 'non

ministero o gli altri soggetti di cui all'articolo 406 possono ricorrere al giudice tutelare, che adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti.

¹⁰⁶ Art. 44 disp. att. c.c. Il giudice tutelare può convocare in qualunque momento il tutore, il protutore, il curatore e l'amministratore di sostegno allo scopo di chiedere informazioni, chiarimenti e notizie sulla gestione della tutela, della curatela o dell'amministrazione di sostegno, e di dare istruzioni inerenti agli interessi morali e patrimoniali del minore o del beneficiario

¹⁰⁷ CORDIANO A., *Dal principio dell'ascolto all'autodeterminazione dispositiva del minore: il consenso informato in pediatria*, in [Comparazione e Diritto Civile](#), ottobre 2012; G. FERRANDO, *Commento all'art. 3 l. n. 219 del 2017*, in [Biolaw Journal, Rivista di Biodiritto](#), n.1/2018, 50; G. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 3/2018, si interroga sulla coerenza delle disposizioni introdotte, lasciando aperta la possibilità di colmare le lacune sul piano interpretativo.

¹⁰⁸ CASABURI C., *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*, in *Corr. merito*, 2010, 237.

¹⁰⁹ Per tutti RUGGERI A., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, cit.; ID., *Dignità versus vita?*, cit.; A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Pol. dir.*, 4/1998, 601; G. CRICENTI, *Il diritto di morire*, in [Persona & Danno](#), dicembre 1998.

adulto' - grande o piccolo -¹¹⁰ ma anche ai condizionamenti ambientali e sociali nei quali il minore matura il proprio progetto di vita, potrebbe serenamente concludersi che il tema è talmente difficile da suggerire, anche al più accorto giudicante, una fuga più o meno onorevole.

Ma come sappiamo il giudice non può fuggire, non può sottrarsi dall'esaminare la vicenda che gli viene prospettata, non può intraprendere una condotta di astensione. Egli è obbligato a *ius dicere*, non essendogli consentito un *non liquet*¹¹¹.

Proprio l'ambito qui affrontato suggerisce, in termini astratti, l'opportunità di un ricorso al *law in act* quanto più sobrio possibile, proprio perchè i dilemmi morali, quando emergono e richiedono l'intervento del diritto, giustificano il ricorso al giudice *-law in action-*, rendendo difficile l'introduzione di una legge in ragione dell'assoluta singolarità e irripetibilità del caso, non assimilabile ad altri. Inevitabile, per usare le parole di Antonio Ruggeri, dunque la "delega" a bilanciamenti in concreto, affidati agli operatori (e, segnatamente, a giudici e tecnici)¹¹².

Il punto è, però, che il totale silenzio del legislatore rispetto all'ipotesi di contrasto fra volontà del minore e volontà dei legali rappresentanti che pure è perpetuato dalla l. n. 219/2017 lascia davvero il giudicante nella solitudine più totale, tanto con riferimento all'*an* della possibile tutela, quanto in ordine al come questa debba essere o meno riconosciuta.

Sembra però che l'imbarazzo nel quale si trova il giudice non possa costituire un alibi, egli comunque dovendo ricercare le «vie di uscita da un labirinto, nel quale l'orientamento è quello dei valori di fondo da cui il giudice parte; o meglio, dal peso specifico che il giudice assegna ai valori di fondo nell'esercizio di quell'*ars* combinatoria di elementi differenziati ed in perenne potenziale conflitto cui è costretto il giudice (ma prima di lui il legislatore e l'amministratore) in un ordinamento pluralistico»¹¹³.

Ora, rispetto al poliedrico tema qui esaminato¹¹⁴ in effetti, si potrebbero immaginare un numero cospicuo di questioni diverse tra loro anche se connesse alla richiesta proveniente dal minore e/o dai di lui genitori o dal medico di porre fine all'esistenza del minore. E ciò proprio in relazione ai casi multiformi della vita di un minore, affetto o meno da malattia incurabile e senza speranza, affetto o meno da sofferenze insopportabili, capace o meno di comprendere il significato di una condotta attiva destinata a procurare la morte anticipata o ad impedire la prosecuzione delle cure alle quali è sottoposto, capace o meno di esprimere in maniera libera la propria volontà, supportato o meno dal consenso di uno o di entrambi i genitori e/o dal sanitario.

In questa sede si proverà, invece ad offrire un minimo di coordinate sulle quali potere riflettere ed eventualmente utilizzare.

Occorrerà partire da un dato imprescindibile, peraltro riguardante sia gli adulti che i minori, rappresentato dalla tutela della vita, essa rappresentando il nocciolo duro dei diritti protetti dalla Costituzione e dalle Carta dei diritti fondamentali del quale si è detto che il giudice deve utilizzare proprio per il richiamo espressamente fatto dal legislatore del 2017 all'art.2 della Carta UE. E di questo, come si è detto, dà atto l'art.1 della l. n. 219/2017, che pure non menziona l'art. 2 CEDU¹¹⁵.

Vi è, poi, ormai codificato dallo stesso art. 3 c. 1 l. n. 219/2017, il riconoscimento del diritto del minore, in quanto persona ed a prescindere dalla propria capacità di agire di stampo codicistico (art.

¹¹⁰ LALANNE C., LANDI V., *Gli aspetti generali del consenso al trattamento sanitario*, in *La responsabilità medica a cura di RUFFOLO U.*, Milano 2004, pp. 248-249.

¹¹¹ CONTI R., *I giudici e il biodiritto*, 2015, 98.

¹¹² RUGGERI A., *Dignità versus vita?*, cit., 10.

¹¹³ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2004, 2, 17.

¹¹⁴ v., sul punto, E. BOLOGNA, *Il diritto e le decisioni di fine vita nella tradizione giuridica occidentale*, in *Dir.famiglia*, 2009, 450.

¹¹⁵ Si tratta, all'evidenza, di una omissione non produttiva di significato se si considera che il livello di tutela offerto dalla Carta UE, quando essa riproduce un articolo della CEDU, come avviene con riguardo all'art. 2 della Carta UE, non può essere inferiore a quello previsto dalla disposizione convenzionale (art. 52 par.3 Carta UE).V., SALVATO L., *Relazione svolta alla tavola rotonda su «Gli approdi della corte edu in relazione al bilanciamento degli interessi coinvolgenti i diritti fondamentali: la vita, la riservatezza e la libertà di informazione, l'uguaglianza»*, al [sito telematico](#) del Consiglio Superiore della Magistratura.

2 c.c.), ad esprimere la propria volontà rispetto alle cure, in sostanziale superamento dell'ormai inadeguata visione fondata sull'integrità fisica del proprio corpo¹¹⁶ e sulla incapacità di agire del minore - art. 2 c.c. -¹¹⁷.

Il principio dell'autodeterminazione, tuttavia, nella materia di cui discorriamo, non assume, per come si diceva, caratteri di tirannia, assolutezza ed invincibilità. Ciò va qui ribadito non perché l'autodeterminazione del minore conti meno di quella dell'adulto, ma in ragione del fatto che alla 'persona' minore l'ordinamento attribuisce un valore talmente elevato da garantirne una protezione rinforzata, rappresentando l'essenza più pura della società e il suo stesso divenire. Ciò non significa adottare o sposare una concezione paternalistica nei confronti del minore, né prediligere una soluzione indirizzata a priori verso la svalorizzazione della volontà del minore in favore di quella dei genitori o del sanitario, ma semmai dare pienezza al concetto di superiore interesse del minore al quale l'ordinamento è orientato, per raggiungere il quale la volontà del suddetto va necessariamente comparata e valutata insieme a quella dei genitori¹¹⁸.

Orbene, questo superiore interesse assume natura composita, sullo stesso convergendo altri interessi e altri 'attori' sulla scena¹¹⁹.

In prima battuta compaiono - e direi, meglio, si affiancano- per l'appunto i genitori, ai quali non possono non riconoscersi, anche fuori dal tema della rappresentanza agli stessi normativamente riservata, importanti e decisivi compiti di 'cura' del minore, senza i quali la volontà del minore stesso o non è particolarmente rilevante - per i casi in cui il minore è privo della capacità di discernimento- ovvero richiede di essere valutata in modo coordinato con quella dei genitori stessi, questi ultimi risultando più di ogni altro portatori dell'esperienza di vita del soggetto che hanno contribuito a mettere al mondo o, in ogni caso, a crescere, allevare ed educare, per modo che il consenso o il dissenso che gli stessi manifestano è sempre espresso non in rappresentanza e al posto del minore (art. 320 c.c.) ma 'per' il minore e per la sua cura¹²⁰. In questo senso si apprezzano nel loro reale significato tanto l'art. 37, comma 1, del codice di deontologia medica del 2006 che l'art. 315 *bis*, comma 3, c.c. che obbliga i genitori ad ascoltare il minore capace di discernimento prima di adottare scelte sul medesimo incidenti¹²¹.

Il medico, d'altra parte, è il soggetto portatore delle conoscenze scientifiche senza le quali la volontà del minore e dei genitori non può dirsi correttamente e validamente espressa, lo stesso non soltanto giocando il proprio ruolo di assistenza e cura della salute del minore ma, ancora prima, di informatore qualificato ed insostituibile di ciò che il minore deve sopportare in funzione della salvaguardia della sua salute.

La platea dei soggetti chiamati a cooperare per l'individuazione del migliore interesse del minore potrebbe, peraltro, ampliarsi fino a coinvolgere quella del *protettore naturale del minore*, non necessariamente coincidente col genitore¹²².

¹¹⁶ FERRANDO G., *Il principio di gratuità biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, in *Eur.dir.priv.*, 2002, f.3, 766.

¹¹⁷ LARIZZA S., *Il diritto alla salute del minore: profili penalistici*, *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTÀ S. e ZATTI P., in *I diritti in medicina*, a cura di LENTI L., FABRIS E.P. e ZATTI P., Milano 2011, 464.

¹¹⁸ A proposito della potere-dovere dei genitori di adottare misure idonee ad evitare pregiudizi alla salute del minore, v. [Corte cost. 26 maggio 2004, n. 262](#).

¹¹⁹ Da ultimo, v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016.

¹²⁰ FERRANDO G., *Il principio di gratuità biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, in *Eur.dir.priv.*, 2002, f.3, 773; LA FORGIA G., *Il consenso informato del minore "maturo" agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, in *Fam. dir.*, 2004, 409.

¹²¹ Sembra evidente che il coordinamento di tale disposizione con l'obbligo di raccogliere la volontà del minore in tema di trattamenti sanitari non può determinare una sostituzione dei genitori rispetto alla figura del sanitario, egli essendo tenuto ad informare il piccolo paziente delle scelte terapeutiche.

¹²² LENTI L., *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, e S. LARIZZA, *Il diritto alla salute del minore: profili penalistici*, entrambi in *Trattato di biodiritto, I diritti in medicina*, diretto da RODOTÀ S. e ZATTI P., *I diritti in medicina*, a cura di LENTI L., PALERMO G., FABRIS P. e ZATTI P., Milano 2011, 424.

Ora, il compito del giudice parrebbe essere quello di acquisire nel modo più completo le volontà informate, concordanti o divergenti che siano, di questi 'attori'. E per far ciò il giudice potrebbe essere chiamato a verificare che la volontà espressa dai soggetti 'non medici' presenti alcuni tratti essenziali per potere qualificarsi come validamente espressa.

In questa prospettiva, è qui sufficiente rinviare a quella sorta di schema protocollare del consenso in materia sanitaria già ricordato in passato¹²³, per sottolineare che la fase processuale di acquisizione e verifica delle condizioni nelle quali concretamente versa il minore, come anche i vari 'consensi' o 'dissensi' informati, costituisce il dato qualificante dei procedimenti nei quali è in gioco 'la vita', dovendosi suggerire un particolare rigore nella loro acquisizione. Né, ancora, potendosi escludere - ma anzi dovendosi auspicare - in capo allo stesso giudice, l'utilizzazione di poteri di acquisizione eventualmente sganciati dalle istanze esposte nel giudizio dai vari 'attori' egli stesso partecipando, per ciò che gli compete, alla realizzazione del migliore interesse del minore. Ciò che potrebbe rendere necessaria, in relazione allo specifico caso, l'acquisizione, anche *ex officio*, di ogni elemento utile di conoscenza in ordine all'attuale condizione di salute del minore e al suo grado di maturità e discernimento.

Si giunge, in questo necessariamente sommario quadro d'insieme, al momento della decisione.

Il giudice ritorna ad essere solo, dopo avere sondato, dissodato il campo, verificato i fatti, le istanze, la reale e persistente libertà dei soggetti coinvolti, nonché le consulenze tecniche o di parte, i pareri ed è chiamato a decidere. Come decidere? Cosa fare?

Quanto all'*an* della tutela, l'assenza di previsione in ordine al caso del dissenso fra genitori e minore in ordine alle cure può giustificare l'intervento giudiziale, per quanto già detto nel precedente paragrafo, anche in assenza di specifica previsione contemplata dall'art. 3 l. n. 219/2017.

La mia personale opinione è nel senso del dovuto riconoscimento di siffatta tutela in capo al minore o agli stessi genitori che non sentono di dovere condividere interamente la responsabilità di decidere in senso difforme rispetto alla volontà manifestata dal minore stesso. Sono proprio i diritti in gioco e il loro carattere intrinsecamente fondamentale a meritare l'attenzione, la considerazione e l'esistenza di un rimedio giudiziale capace di risolvere il conflitto.

Può soltanto dirsi che sulla base del quadro normativo interno sopra succintamente evidenziato, al quale anche la giurisprudenza della Corte edu riserva un ampio margine di apprezzamento in materia¹²⁴, non può escludersi che il giudice (minorile, nel caso di specie) debba autorizzare, su richiesta stessa del minore -legittimato per il tramite dell'art. 75 c.p.c.¹²⁵ - il rifiuto o la sospensione/interruzione delle cure del soggetto che si trova in condizioni di infermità irreversibile e destinatario di cure parimenti dolorose e che abbia manifestato liberamente la volontà di interrompere il trattamento medico, potendo (e in taluni casi dovendo) quel giudicante non assecondare le diverse volontà espresse sul punto e decidere in modo diverso dall'avviso dei genitori e/o dello stesso medico¹²⁶.

E ciò proprio in forza del principio della tutela della dignità e dell'autodeterminazione espresso da un soggetto ritenuto giudizialmente dotato di piena capacità di discernimento che, in relazione alla vicenda concreta, può rappresentare l'unica scelta per alleviare le sofferenze di chi è destinato a morte pressoché certa, a fronte di un avviso dei genitori fondato su irrazionali preferenze verso cure sanitarie non vagliate o pericolose¹²⁷. Ecco la rilevanza dei valori fondamentali di cui si diceva all'inizio e dell'inciso, che compare nella parte finale dell'art. 1 c. 2 l. n. 219/2017, al 'pieno rispetto della sua dignità'.

¹²³ CONTI R., *I giudici e il biodiritto*, cit., 127 ss.

¹²⁴ V., per tutti, Corte dir. uomo, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, cit.

¹²⁵ STANZIONE P., *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, I, 1999, 260.

¹²⁶ Sul punto v. E. GHIDONI, *Le terapie mediche per il bambino imposta dal giudice di fronte al rifiuto del genitore*, in *Minoriegiustizia*, 2001, 2, 133; LARIZZA S., *op.cit.*, 474, L. LENTI, *op. cit.*, 453.

¹²⁷ VERCELLONE P., *Il corpo del minorenne: i trattamenti sanitari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di ZATTI P., vol. II, *Filiazione*, Milano 2010, 999.

In questa direzione, del resto, sembra militare non solo il diritto vivente interno¹²⁸ e sovranazionale¹²⁹, ma anche l'impossibilità di profilare una coercizione del trattamento contro la volontà del minore, per come è già risultato nella giurisprudenza di merito¹³⁰.

Rimane comunque essenziale che il processo abbia visto la compresenza degli attori di cui si è detto, senza la quale la decisione sarà processualmente e sostanzialmente viziata in radice.

Si tratterà, in questo caso, di un giudizio che si conclude dando prevalenza all'autodeterminazione del minore, in ossequio ai principi costituzionali di tutela della dignità umana ed alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Cassazione¹³¹, laddove si è riconosciuto che «una persona potrebbe pretendere di esercitare la scelta di morire rifiutandosi di acconsentire ad un trattamento potenzialmente idoneo a prolungare la vita»¹³².

Altre volte il giudizio potrà avere un esito diverso, dando preminenza alla volontà dei genitori (art. 30, comma 1, Cost.), allorché l'interesse richiamato esiga anche una limitazione della volontà espressa dal minore in relazione alle modalità con le quali la stessa si è manifestata ovvero alla concreta (e parziale) capacità di discernimento -o meglio, per usare la terminologia prescelta dall'art. 3 c. 1 l. cit., della *capacità di comprensione e di decisione*- o, ancora, all'impossibilità di considerare esistente una condizione di irreversibilità della malattia. Si tratterà, dunque, di un esito frutto, ancora una volta, dell'opera di bilanciamento, caso per caso, alla quale è tenuto il giudice, qui resa tremendamente complicata dai fattori che si è cercato di descrivere.

Nulla a che vedere ha, rispetto alla tematica della sospensione del trattamento terapeutico nei casi anzidetti, la condotta del rifiuto di cure da parte di genitori per motivi di natura religiosa, più volte esaminata dalla giurisprudenza, la stessa potendo integrare la condotta di omicidio, ponendosi all'evidenza agli antipodi della cura del superiore interesse del minore. Canone, quest'ultimo, in verità non espressamente inserito nel reticolo normativo di cui qui discutiamo, ma che sembra comunque emergere dallo scopo dell'art.3 c.1 l. cit., laddove individua in modo chiaro lo scopo della disposizione, ancora una volta orientato a garantire il pieno contemperamento dei diritti in gioco in relazione all'età e al grado di maturità del minore.

Analogamente, la richiesta di interruzione delle cure proveniente dal minore, se scollegata dagli elementi oggettivi e soggettivi dei quali si è detto, non pare potere trovare spazio nel nostro ordinamento, per come esso attualmente si caratterizza, non trovando alcuna copertura normativa la pretesa rivolta a terzi a porre in essere pratiche idonee a determinare la morte *certa ed immediata* dello stesso richiedente. In questa direzione spinge il margine di apprezzamento statale riconosciuto dalla Corte edu. Secondo la prospettiva del giudice sovranazionale, più grave è il danno subito e maggiore sarà il peso che avranno sulla bilancia le considerazioni di salute e di sicurezza pubblica di fronte al principio concorrente dell'autonomia personale, ma anche l'estrema vulnerabilità dei soggetti malati.

Certamente, la condizione delle persone che soffrono di una malattia in fase terminale varia da caso a caso. Ma molte di tali persone, prosegue la Corte, sono fragili, ed è proprio la vulnerabilità della categoria a cui appartengono che fornisce la *ratio legis* della disposizione in oggetto. Spetta, in primo luogo, agli Stati di valutare il rischio di abuso e le probabili conseguenze degli abusi eventualmente commessi, che un'attenuazione del divieto generale di suicidio assistito o la creazione di eccezioni al principio implicherebbero. Esistono rischi manifesti di abuso, nonostante le argomentazioni sviluppate in merito alla possibilità di prevedere barriere e procedure di protezione"¹³³ -.

¹²⁸ Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

¹²⁹ V. § 64 Corte dir. uomo, *Pretty c. Regno Unito*, cit.

¹³⁰ SERGIO G., *Interesse del minore e scelte terapeutiche. Lettura ragionata di due casi giudiziari*, *Dir. fam. pers.*, 2001, 652 ss.

¹³¹ Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

¹³² RUGGERI A., *Dignità versus vita?*, cit., 13.

¹³³ Cfr. § 74 Corte dir. Uomo, *Pretty c. Regno Unito*, cit.

In questa direzione sembra militare, per l'un verso, l'impianto personalistico della Costituzione, la prevista punibilità dell'omicidio del consenziente minore (art. 579, comma 3, c.p.), l'assenza di una disciplina positiva che riconosca la liceità di una condotta che impone ad un terzo soggetto di porre in essere la richiesta di un minore di volere cessare di vivere e, in definitiva, il principio '*in dubio pro vita*' che, come ci è capitato di ritenere in passato, costituisce in generale il dato di partenza dei valori della nostra società¹³⁴e, con specifico riferimento ai minori, condizione viepiù imprescindibile.

Ciò dovrebbe condurre a ritenere che l'atto di eutanasia attiva riguardante le ipotesi di accelerazione del percorso biologico naturale per la persona capace di intendere e volere che, anche se affetta da sofferenze insopportabili e senza prospettive di miglioramento, chiede le venga praticato un farmaco mortale, se non in grado di autosomministrarselo, ovvero di fornirglielo in modo che possa assumerlo non può trovare spazio nell'ordinamento nazionale¹³⁵, nemmeno godendo di copertura a livello di Cedu.

Nulla e nessuno può vietare ad un soggetto di porre fine, in via autonoma, alla propria esistenza. Ma nemmeno sembra potersi ritenere che lo Stato debba farsi carico di attuare questa volontà, proprio in ragione delle coordinate di base sulle quali esso si poggia¹³⁶.

10. Atti di cura ed amministrazione di sostegno

La possibilità che nell'ambito dell'amministrazione di sostegno venissero attribuiti all'amministratore poteri incidenti sulla cura del beneficiario divideva i giudici tutelari in due categorie che hanno continuato a confrontarsi senza possibilità, almeno fino a prima della l. n. 219/2017, di trovare soluzioni concordi¹³⁷.

Proprio il contenuto dell'art. 411 cod. civ. era stato talvolta evocato per sostenere l'impossibilità di autorizzare l'amministratore di sostegno al compimento di atti di cura in favore dell'amministrato.

Orbene, sono state formulate interpretazioni "restrittive" secondo le quali in base al dato letterale - art. 411 cod. civ. che non richiama gli artt. 357, 358 e 371 c.c. ma solo gli artt. 349/353 e 374/388 - si esclude che possano essere attribuiti ai poteri di rappresentanza dell'amministratore di sostegno quelli nell'ambito della gestione della persona, di collocazione e di consenso informato: la tutela, secondo tali autori, era l'unico strumento che legittimi una sostituzione al paziente nel consenso a terapie e trattamenti sanitari¹³⁸.

E tuttavia, tali obiezioni non solo sono state ampiamente confutate in dottrina¹³⁹. Ma l'argomento formale, correlato alla portata dell'art. 411, c. 1, ma, cod. civ. si è già visto giocare uno

¹³⁴ CONTI R., *I giudici e il biodiritto*, op.ult. cit., p. 129.

¹³⁵ RUGGERI A., *Dignità versus vita?*, cit., 14.

¹³⁶ Diversamente e in modo diffuso, CRICENTI G., *Il sé e l'altro*, Pisa, 2013, 98.

¹³⁷ V., tra le tante, sulla rilevanza del consenso del beneficiario di amministrazione di sostegno rispetto ad attività sanitaria, Trib. Palermo, 9 dicembre 2009, in *Fam.dir.*, 2010, 5, con commento di ANDALORO S., *L'amministrazione di sostegno come strumento di tutela del consenso informato*.

¹³⁸ Nello stesso senso, in giurisprudenza, Trib. Trani, 17 maggio 2011, in *Persona & Danno*, 17 maggio 2011.

¹³⁹ Cfr. ONDEI G., *Gli atti di cura dell'amministratore di sostegno, con particolare riferimento al consenso informato*, in *Formazione decentrata del Consiglio Superiore della Magistratura* – Brescia 7 maggio 2010, per cui "trattasi di sterile interpretazione letterale sol che si consideri che: a) l'art. 405, 5° comma c.c.: precisa tra gli elementi che devono essere indicati nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno la periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario; b) l'art. 408 c.c. nello stabilire i criteri di nomina e di scelta dell'amministratore di sostegno dispone che detta scelta deve avvenire nell'esclusivo interesse alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario; c) l'art. 410 I° comma cod. civ. chiarisce che nello svolgimento della sua attività l'amministratore di sostegno deve tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario; d) l'art. 44 disp. att. cod. civ. prevede che il giudice tutelare può convocare in qualsiasi momento l'amministratore di sostegno per chiedere informazioni chiarimenti notizie e dare istruzioni inerenti gli interessi morali del beneficiario."

scarso ruolo se si propende, invece, per una lettura sistematica (con riferimento al collegamento dell'ultimo capoverso dell'art 411 con l'art. 424 cod. civ.) dell'intero articolo 411 cod. civ. *convenzionalmente orientata* rispetto alla Convenzione ONU sui diritti dei disabili del 2006 ed alla Convenzione di Oviedo¹⁴⁰, rispetto alla quale permane in capo al giudice comune un obbligo di interpretazione conforme¹⁴¹.

Già prima della l. n. 219/2017 sembrava così pienamente confermato dal complesso reticolo di disposizioni normative sopra ricordate che in tanto l'intervento terapeutico può essere eseguito, in quanto lo stesso sia fatto "nell'esclusivo interesse del soggetto che quel trattamento ha necessità di eseguire, come del resto l'art. 6 della Convenzione precisa in termini inequivocabili-...un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa.

Per tali ragioni si è ritenuto che l'amministratore di sostegno, in quanto figura normativa destinata ad occuparsi della cura della persona incapace di intendere e volere, fosse dunque soggetto idoneo a salvaguardare l'esigenza dell'amministrato di partecipare validamente alla fase propedeutica al consenso al trattamento sanitario laddove risulti conclamato che il beneficiario non è in condizioni di esprimere il consenso e/o non ha la consapevolezza, a causa della di lui patologia, di ciò per cui andrebbe a rendere il consenso¹⁴².

Per questo poteva considerarsi prevalente l'impostazione secondo la quale «...Nella normativa sull'amministrazione di sostegno scompare il termine potere e si parla di 'atti di cura' o di 'fini di cura della persona', come categoria ampia all'interno della quale vi sono le scelte residenziali, l'assunzione di personale dipendente per l'assistenza e la somministrazione di terapie, l'attivazione dell'intervento dei servizi socio-sanitari, lo svolgimento di pratiche burocratiche per assicurare l'erogazione dell'assistenza da parte del SSN ed il consenso informato ad atti terapeutici.»¹⁴³

¹⁴⁰ Rileva in particolare l'art. 6 della Convenzione di Oviedo e Rapporto esplicativo alla Convenzione, rilevante ai fini dell'individuazione degli scopi della Convenzione medesima – all'indirizzo telematico <http://conventions.coe.int/treaty/EN/Reports/Html/164.htm> - v., sub art. 6, 41/46. La relazione esplicativa dà così conto del fatto che il consenso al trattamento sanitario da parte di chi non è capace di prestare una manifestazione di volontà va espresso in relazione alla singola legislazione nazionale e spiega le ragioni che giustificano l'intervento di un terzo in favore del soggetto individuando, appunto, nell'esigenza di proteggere da effetti discriminatori quello stesso oggetto che non potrebbe prestare un valido consenso-*However, in order to protect the fundamental rights of the human being, and in particular to avoid the application of discriminatory criteria, paragraph 3 lists the reasons why an adult may be considered incapable of consenting under domestic law, namely a mental disability, a disease or similar reasons*-Viene messo in evidenza che anche l'incapace, se tornato in condizioni di comprendere la rilevanza dell'intervento, deve potere essere messo in condizione di prestare il proprio consenso ai sensi dell'art. 5 della stessa Convenzione. La disposizione appena evocata va messa in relazione a quella contenuta nell'art. 8 della stessa Convenzione- *Situazioni d'urgenza*»-secondo il quale «...Allorquando in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata.» Particolarmente utile, anche in questa occasione, appare il rapporto esplicativo (p. 56, 57, 58 e 59). Ancora una volta si rende chiaro come l'impossibilità di ottenere il consenso da una persona in situazioni di emergenza non impedisce al sanitario di porre in essere interventi terapeutici, delineando i paletti entro i quali ciò può essere praticato- a) situazione di emergenza; b) interventi salva-vita o comunque indirizzati in via esclusiva al miglioramento delle condizioni di salute; c) improcrastinabilità dell'intervento; d) individuazione, nei limiti del possibile, di quale sarebbe stata la volontà del paziente-.

¹⁴¹ Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748, cit., ha avuto incidentalmente modo di occuparsi dell'efficacia precettiva della Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997 che, sebbene non ratificata - ancorché resa esecutiva con la legge 28 marzo 2001, n. 145 - non può ritenersi priva di alcun effetto giuridico nell'ordinamento. Oltre ad affermare che "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".

¹⁴² Cfr., sul punto, Cass. n. 21748/07, cit.

¹⁴³ Cfr. sul punto in modo chiaro, ONDEI G., *Gli atti di cura dell'amministratore di sostegno con particolare riferimento al consenso informato*, cit.

Del resto, tale conclusione appariva l'unica idonea a rendere il quadro normativo interno pienamente compatibile con quello previsto dagli strumenti sovranazionali sopra evocati.

10.1 *Consenso informato e disabilità*

Nel contesto sopra descritto si inserisce l'art. 3 della l. n. 219/2017 che, come si è detto in condominio con le questioni che riguardano il minore, affronta il tema delle cure nei confronti di incapaci e disabili.

Non pare potersi revocare in dubbio che l'espressa previsione contenuta nell'art. 3 c. 4, di una nomina di amministratore di sostegno che 'preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario', non solo sgombra il campo da ogni dubbio in ordine all'utilizzabilità dell'istituto anzidetto per la cura della persona, ma ne conferma, in definitiva, la centralità, a fronte dell'assoluta residualità degli strumenti alternativi (interdizione e inabilitazione)¹⁴⁴.

Il regime specifico è poi sovrapponibile a quello già esaminato con riguardo ai minori, con le dovute differenze che nascono, come già accennato, dall'inserirsi tale disciplina all'interno di procedimenti di interdizione inabilitazione o amministrazione di sostegno già aperti prima dell'atto terapeutico al quale si riferisce il consenso. Sono rispettivamente il tutore, l'inabilitato o l'amministratore di sostegno - da solo o con l'amministrato in relazione ai poteri volta per volta conferiti dal giudice tutelare. Mentre nel caso di interdizione si prevede che l'interdetto debba essere sentito ove possibile e che il tutore deve provvedere 'avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità' nel caso di ad l'amministrato sembra avere un peso maggiore, prevedendosi che ove sia l'amministratore ad esprimere il consenso o rifiuto, questi debba 'tenere conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere'. Anche qui l'eventuale dissidio insorto fra tutore e amministratore - da un lato - e medico circa il rifiuto di cure sul beneficiario sarà disciplinato dal giudice tutelare.

Resta soltanto da dire che ogni questione relativa al consenso della persona che si trovi in uno stato di incapacità sopravvenuta consentirà a chi agisce nel suo interesse di fare emergere la di lui volontà in ordine all'atto sanitario che il medico intende eseguire, valendo, in definitiva, i principi già acquisiti all'indomani della sentenza Englaro, da verificare ed applicare in relazione al singolo caso che potrà verificarsi.

Quanto alle ipotesi in cui una persona formalmente capace di agire rifiuti trattamenti sanitari, in presenza di indicatori tali da far ragionevolmente ritenere che l'espressione della sua volontà sia viziata¹⁴⁵, sembra che l'accertamento da parte del sanitario di una condizione di incapacità di intendere e volere non potrà che sfociare nella richiesta di amministrazione di sostegno a cura della stessa struttura.

Anche rispetto alle tematiche dell'eventuale contrasto fra amministratore di sostegno e amministrato circa l'atto di cura non potranno che essere decise dal giudice tutelare al quale, come si è detto, viene riservato un potere d'intervento.

¹⁴⁴ V., Cass. 7 giugno 2017 n. 14158 che, pronunziandosi nell'interesse della legge, essendo cessata la materia del contendere per morte dell'interessato, in una vicenda nella quale si discuteva dell'attuazione di disposizioni anticipate concernenti il rifiuto di trasfusioni per motivi religiosi da parte dell'amministratore di sostegno, ha riconosciuto la reclamabilità del provvedimento del G.T. innanzi alla Corte di appello, trattandosi di questione avente 'diretta incidenza su diritti fondamentali della persona, quale, innanzitutto, il diritto alla salute, che secondo l'art. 32, 2^ comma Cost., prevede in senso preminentemente volontario il trattamento sanitario, in coerenza con i principi fondamentali e indeclinabili d'identità e libertà della persona umana di cui agli artt. 2 e 13 Cost.'.

¹⁴⁵ Su cui v. DE MARZO G., *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 3/2018.

11. La DAT e il ruolo del giudice

La disciplina in tema di disposizioni anticipate di trattamento redatte in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi costituisce la proiezione futura del consenso informato che la persona non può esprimere al momento in cui diventa attuale l'esigenza di un trattamento medico sanitario, ma che la stessa si preoccupa di raccogliere 'a futura memoria' qualora dovesse trovarsi in condizioni di non potere esercitare il diritto al consenso¹⁴⁶. Tra assoluta vincolatività e non vincolatività, il legislatore¹⁴⁷ ha trovato, ancora una volta, un punto di mediazione anch'esso frutto dei valori in gioco che, dunque, passa attraverso un regime di piena efficacia - modificabilità, rinnovabilità e revocabilità (anche con il mezzo della videoregistrazione o di altri dispositivi) - delle DAT fintantoché dovessero emergere questioni problematiche in ordine alla loro portata semantica o contenutistiche che, insieme ad altre ipotesi contemplate dal legislatore, autorizzazioni il medico, se vi è concordia con il fiduciario, a non applicarle.

La regolamentazione in tema di DAT si applica ad ogni persona maggiorenne - di qualunque nazionalità - purchè capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi.

L'assenza di legittimazione in capo ai minori dotati di capacità di discernimento è stata immediatamente colta dalla dottrina specializzata che ne ha sottolineato l'incongruità proprio in relazione alla piena titolarità dei diritti fondamentali in gioco da parte dei minori stessi¹⁴⁸.

Il riferimento alla capacità di intendere e volere lascia aperta la possibilità di utilizzare tale strumento anche da soggetti che, pur interdetti o sottoposti ad altre misure di protezione, possano eventualmente trovarsi in condizioni tali di capacità cognitive e volitive che dovranno pur sempre essere attestate nel documento¹⁴⁹. In tali ipotesi si renderà peraltro necessario che l'attività d'informazione -che pare doversi rendere da un sanitario pur non risultando tale elemento dalla previsione normativa- circa le conseguenze delle scelte del dichiarante sia calibrata in relazione alla condizione dello stesso soggetto¹⁵⁰. Evidenti, appaiono, le possibili fibrillazioni che potrebbero insorgere proprio su tali aspetti all'atto dell'esecuzione delle disposizioni anticipate di trattamento, sia o meno presente un fiduciario.

L'ipotesi che potrebbe infatti prospettarsi è quella che al momento in cui furono compilate il soggetto non si trovava, anche solo in via temporanea, in una condizione di capacità tale da consentire la redazione delle stesse. In simili casi sarà estremamente utile la verifica delle informazioni risultanti dal documento che la dottrina ritiene dovuta in relazione all'esistenza di specifica previsione contenuta nel codice deontologico medico (art. 38), non potendosi dare attuazione a DAT contrastanti con le regole deontologiche, alla stregua di quanto previsto dall'art.1 comma 6 l. cit., ove viene sancito l'esonero del sanitario dall'eseguire un trattamento sanitario contrario a legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico assistenziali (Pizzetti, cit., 56).

Quanto al contenuto delle DAT, esse possono riguardare atti o terapie di natura diagnostica, sanitaria o terapeutica, con l'aggiuntiva eventuale nomin di un fiduciario - purchè maggiorenne e

¹⁴⁶ COMARETTA N., *Testamento biologico e rispetto della dignità umana. Una prospettiva etico-clinica*, in *Biolaw Journal, Rivista di BioDiritto*, n. 3/2016, 4, .PICCINNI M., *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l.n.219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, cit., 137, parla di consenso 'ripristinato' quando il paziente, ormai muto, ha lasciato le proprie DAT.

¹⁴⁷ V. FIMIANI P., *Testamento biologico. I principi in tema di scelte di fine vita*, in *Libro dell'anno 2012*, Treccani.

¹⁴⁸ STEFANELLI S., *Biotestamento: i principi fondamentali ed alcuni punti critici della l. n. 219/2017*, di imminente pubblicazione in *A.D.M.I. giudicedonna.it*.

¹⁴⁹ PIZZETTI F.G., *Commento all'art. 4 l. n. 219/2017*, in *Biolaw Journal, Rivista di BioDiritto*, n.1/2018,54.

¹⁵⁰ Quanto al grado di approfondimento di tale apparato informativo, si è sostenuto per l'un verso che esso non può essere di pari livello a quello richiesto per il rilascio del consenso nei confronti di soggetto affetto da patologia per il quale si rende necessario l'atto terapeutico (Pizzetti, *op.cit.*, 55). Probabilmente, occorrerà procedere ad una valutazione, ancora una volta caso per caso, tendente a verificare, attraverso l'esame del documento, o di altri elementi eventualmente raccolti dal fiduciario, il grado di conoscenza in relazione alle disposizioni rese.

capace di intendere e volere - ‘che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie’ e che accetti l’incarico con la sottoscrizione delle disposizioni o separatamente.

Resta comunque ferma la validità delle DAT in assenza di fiduciario, potendo semmai, in caso di necessità, procedersi alla nomina di un amministratore di sostegno da parte del giudice tutelare - art. 4 c. 4 l. cit. -.

Nulla dice l’art. 4 sul presupposto dal quale deriva l’obbligo del medico di considerare il contenuto della DAT¹⁵¹.

Il comma 5 dell’art. 4 è la disposizione centrale dell’art. 4, occupandosi degli effetti delle DAT.

Anche in questa circostanza il legislatore ha infatti ritenuto che l’unica ipotesi di intervento giudiziario -sempre demandato al giudice tutelare- fosse quello del conflitto tra fiduciario e medico, regolato *per relationem* con il rinvio all’art. 3 c. 1. cit.

Per il resto, secondo il legislatore, le DAT sono destinate ad avere piena efficacia, purchè rispettino i canoni previsti dal comma 6 dell’art. 1 l. cit., non potendo dunque il medico eseguire trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali. Il mancato rispetto anche soltanto di una di tali previsioni consentirà al medico di non eseguire le DAT.

Analogamente, le DAT possono essere in tutto o in parte disattese quando il medico e il fiduciario, d’accordo tra loro, ritengano le stesse ‘*palesamente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita*’.

Si diceva che tale previsione normativa è quella nella quale si mostra chiaramente l’opera di bilanciamento compiuta dal legislatore che, di fronte al tema della vincolatività piena o parziale di disposizioni rese in condizioni di capacità da soggetto che non è più tale, non ha inteso espressamente offrire una disciplina tutta orientata a salvaguardare in modo *tirannico* il valore dell’autodeterminazione, ma ha invece previsto un meccanismo flessibile che passa, questa volta, attraverso un *contatto relazionale* - che in definitiva si affianca alla relazione di cura che campeggia negli artt. 1 e 2 della legge - fra fiduciario e medico, teso ad adeguatamente ponderare tutti gli elementi utili per verificare la piena operatività delle stesse.

Certo, non ci si può nascondere l’estrema complessità di tale relazione, per lo più legata ad elementi estremamente elastici che possono determinare, se riscontrati e se vi sia unità d’intenti tra fiduciario (o amministratore di sostegno, pare di potersi ritenere) e medico, a non dare efficacia, in tutto o in parte, alle DAT. Tanto la palese incongruità alla quale si riferisce, in prima battuta, il comma 5 dell’art. 4, quanto la discordanza fra DAT e condizioni cliniche attuali del paziente, che la sopravvenienza di terapie imprevedibili all’epoca delle DAT, evocano circostanze tutte accomunate da elementi di natura medico sanitaria che attribuiscono, dunque, all’esercente l’attività medica un ruolo primario, bilanciato dalla presenza del fiduciario. Nè può sottacersi la difficoltà collegata all’aspetto interpretativo della volontà del dichiarante che chiama i soggetti coinvolti a misurarsi sul valore e sul contenuto di un documento negoziale svolto da un soggetto diverso da chi è chiamato a darne efficacia.

¹⁵¹ Nel precedente disegno di legge approvato dalla Camera il 12 luglio 2011 con il n. 2350, l’art. 3 prevedeva, invece, che «la dichiarazione anticipata di trattamento assume rilievo nel momento in cui il soggetto si trovi nell’incapacità permanente di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze per accertata assenza di attività cerebrale integrativa cortico-sottocorticale e, pertanto, non possa assumere decisioni che lo riguardano. Tale accertamento è certificato da un collegio medico formato, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, da un anestesista-rianimatore, da un neurologo, dal medico curante e dal medico specialista nella patologia da cui è affetto il paziente». Deve ritenersi, pertanto, che il giudizio in ordine all’incapacità di autodeterminarsi viene formulato dal sanitario che ha in cura il paziente. Si tratta, indubbiamente, di una disciplina che meriterebbe, forse una maggiore specificazione dei presupposti e delle modalità procedurali che portano alla valutazione in termini di incapacità all’autodeterminazione - v. quanto già esposto *supra* a proposito degli *obblighi procedurali*, di matrice convenzionale, connessi alla protezione dei valori fondamentali in gioco ai quali sono tenuti gli Stati aderenti al Consiglio d’Europa -.

È, dunque, l'assenza di una previsione che consenta il controllo di siffatto operato in caso di accordo col fiduciario che potrebbe non apparire pienamente appagante.

Se, infatti, l'attuazione della volontà contenuta nelle DAT rappresenta il naturale dispiegarsi degli effetti di una dichiarazione raccolta nelle forme di legge dal titolare e può, dunque, non giustificare un'esigenza di particolare controllo in ordine alla genuinità della stessa, per di più garantita dal fiduciario e dal medico che concordino sul contenuto delle DAT, l'opposta situazione in cui le DAT vengono private della possibilità di produrre effetti avrebbe forse richiesto una più accorta regolamentazione, rispetto alla quale la (sola) figura del fiduciario potrebbe non garantire pienamente il dichiarante per il più vario ordine di ragioni (omessa comprensione delle questioni di natura medica, terapeutica, mancata conoscenza delle pratiche mediche e deontologiche clinico assistenziali e normative, ecc.).

Anche rispetto a tale situazione risulta evidente la necessità di individuare un'autorità giudiziaria che possa verificare l'operato del sanitario compiuto d'accordo con il fiduciario. Del resto, anche i familiari potranno rappresentare l'eventuale criticità emersa con riguardo all'interpretazione delle DAT e gli altri elementi considerati da medico e fiduciario.

Orbene, sono i beni della vita, dell'autodeterminazione e della dignità in gioco, dotati tutti di piena efficacia precettiva, a dovere orientare l'interprete verso soluzioni rivolte a garantire mezzi efficaci di tutela giudiziale di quegli stessi diritti proprio in relazione a quanto previsto dall'art.24 della Costituzione. Ciò che potrebbe realizzarsi attribuendo all'intervento del giudice tutelare disciplinato dalla legge medesima una valenza più ampia di quella normativamente prevista in caso di 'conflitto' fra medico e fiduciario (art. 4 c. 5 l. n. 219/2017).

Con riguardo a tali ultime ipotesi non può che evidenziarsi l'estrema complessità del ruolo che sarà chiamato a svolgere il giudice tutelare, sul quale si tornerà nel paragrafo seguente.

12. La centralità del ruolo del Giudice Tutelare dopo la l. n. 219/2017

Già in passato avevamo provato a mettere in risalto la centralità di una figura giudiziaria, quella del Giudice tutelare, troppo spesso immiserita, all'interno degli uffici giudiziari.

Basta, dunque sfiorare il cuore dei problemi che ruotano attorno ai confini dell'istituto dell'amministrazione di sostegno -e per quel che qui primariamente interessa agli atti di cura- per avvedersi che su questa ibrida figura di "Giudice" vanno a concentrarsi i "destini" di un numero significativo di "persone" indiscutibilmente bisognose di protezione ma, per tal motivo, estremamente vulnerabili anche rispetto alla figura del Giudice chiamato a offrire loro protezione e tutela.

D'altra parte, la possibilità che nell'ambito dell'amministrazione di sostegno vengano attribuiti all'amministratore poteri incidenti sulla cura del beneficiario, ivi compresi quelli di natura terapeutica dimostra come il legislatore, quando vuole, riesce a offrire risposte adeguate e calibrate ai problemi che involgono anche laceranti problemi di natura bioetica, esso stesso demandando al giudice il ruolo di «concreto attuatore» dei diritti.

Non può, oggi, negarsi la piena sintonia fra la legge del 2006 e la più recente disciplina in tema di consenso informato e biotestamento.

Quest'ultima, infatti, si muove sui binari scolpiti dalla giurisprudenza di legittimità proprio all'atto di definire la portata dell'istituto dell'amministrazione di sostegno e sia pure attraverso un *obiter* suscitato, come risulta dalla motivazione di Cass. n. 23707/12, dalle difese della parte ricorrente e dalla memoria del Procuratore Generale d'udienza. In quell'occasione sono stati ripercorsi in maniera lineare gli aspetti più salienti dell'istituto, cercando di fissare dei punti fermi circa il ruolo delle disposizioni anticipate con le quali una persona in piena salute dà indicazioni a un soggetto da lui designato su come comportarsi in caso di insorgenza di una futura malattia¹⁵².

¹⁵² Ed è stato proprio all'interno dell'amministrazione di sostegno che si sono poste le questioni relative all'efficacia delle disposizioni anticipate di trattamento, sulle quali è di recente intervenuta Cass. n. 23707/2012. Si è ivi chiarito che

Cass. n. 23707/12 reputa che tale dichiarazione, pur generalmente vincolante quanto al suo contenuto, potrà essere superata dalla decisione del Giudice tutelare in ragione dell'esistenza di gravi motivi che dovrà comunque deliberare il contenuto, avendo cura di verificare comunque, fin quando non vi è più coscienza del beneficiario, l'eventuale volontà di revoca. Così facendo la Cassazione riusciva perfettamente a coniugare i principî espressi dalla sentenza Englaro con quelli, solo in apparenza distonici, che pure quella stessa Corte ebbe a esprimere con riguardo alla vicenda del testimone di Geova rispetto alle trasfusioni di sangue.

Ancora una volta, tale decisione sembra confermare quanto la flessibilità dell'istituto, realizzata attraverso un ampio margine di poteri doveri affidati al Giudice tutelare, rende imperiosa l'adozione di misure normative che offrano al giudice, quando si discute dei temi biogiuridici, un ampio margine di deliberazione, al cui interno quel giudice dovrà riuscire a realizzare per intero la dignità del beneficiario.

Proprio attraverso l'applicazione di tali ultimi strumenti il Giudice tutelare ha la possibilità di accompagnare le persone bisognose di cura nel corso del procedimento, in modo da realizzare

l'art. 408 cod. civ., ammettendo la designazione preventiva dell'amministratore di sostegno da parte dello stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, è espressione del principio di autodeterminazione della persona, in cui si realizza il valore fondamentale della dignità umana, ed attribuisce quindi rilievo al rapporto di fiducia interno fra il designante e la persona prescelta, che sarà chiamata ad esprimerne le intenzioni in modo vincolato. Tale pronunzia, nel ribadire l'indirizzo, prevalente fra i giudici tutelari, per il quale l'inesistenza attuale di una condizione patologica non può giustificare l'apertura di un procedimento di amministrazione di sostegno, in quanto l'intervento giudiziario non può essere che contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto, ha però precisato, in via di *obiter*, che «... esplicitazione del principio dell'autodeterminazione della persona, in cui a sua volta si esplica e si realizza il rispetto della dignità umana, la designazione preventiva di cui si discute mira a valorizzare, come testualmente recita l'art. 408 c.c., in «previsione della propria eventuale futura incapacità», il rapporto di fiducia interno al designante ed alla persona scelta che sarà tenuta ad esprimerne le intenzioni, se risultano esternate ad integrazione dell'atto, circa gli interventi di natura patrimoniale e personale che si rendessero necessari all'avverarsi di quella condizione. In tal caso sul designato, non quale fiduciario perché non esclusivamente incaricato d'esternare la volontà del designante, non quale rappresentante legale al pari del tutore, né infine quale mero sostituto del beneficiario, graverà il compito di agire non solo nell'interesse di quest'ultimo, esercitando la funzione di protezione e garanzia tipica della sua investitura, ma con esso, per attuarne il proposito dichiarato. Ed il giudice tutelare, che in presenza di gravi motivi può motivatamente discostarsi dalla designazione, per logico corollario, analogamente, potrà discostarsi dalle scelte integrative espresse nell'atto di designazione, laddove se ne renda necessario l'intervento, soltanto se apprezza la sussistenza di gravi motivi. Premessa l'estraneità al thema decidendum e quindi l'irrelevanza ai fini della presente decisione della problematica attinente alla natura ed agli effetti delle direttive anticipate di trattamento sanitario - c.d. D.A.T. -, sulle quali il nostro legislatore, diversamente da quello di altri Stati Europei - Francia, Germania, Austria e Spagna - non è ancora intervenuto, deve affermarsi che nel caso in considerazione l'intervento dell'amministratore di sostegno designato, pur con i limiti operanti in materia di diritti personalissimi, è vincolato alle indicazioni manifestate nella condizione di capacità dal soggetto, occorre aggiungere sempre revocabili, ed ha il potere ed il dovere di esternarle, senza che si ponga la necessità di ricostruire la volontà attraverso atti e/o fatti compiuti in stato di capacità.» Si è nella medesima occasione aggiunto che «... disvela l'attenzione sempre più avvertita alla tutela della persona *tout court* ed al rispetto della sua volontà, il valore della dignità riferito sia al soggetto capace sia all'incapace si esprime nella autodeterminazione, che a sua volta rappresenta l'asse portante del rapporto che si estrinseca nella «alleanza terapeutica» e che esplicita l'impostazione che ad essa la persona capace intende dare attraverso l'atto di designazione. A corollario, può sostenersi che siffatto atto: 1. - vincolerà l'amministratore di sostegno, seppur i suoi poteri non sono prestabiliti ma sono fissati dal giudice tutelare nell'esercizio del suo potere decisionale, nel perseguire la finalità della «cura» necessaria a garantire la protezione del beneficiario e nell'attuare le «aspirazioni», laddove ne venga in rilievo il diritto alla salute, prestando il consenso o il dissenso; informato agli atti di cura che impongono trattamenti sanitari; 2. - orienterà l'intervento del sanitario; 3. - ne imporrà la delibazione da parte del giudice nell'esercizio dei suoi poteri, segnatamente nell'attribuzione di quelli da affidare all'amministratore di sostegno, ovvero in sede d'autorizzazione agli interventi che incidono sulla salvaguardia della salute del beneficiario in caso di sua incapacità. Nel solco della sentenza n. 21748/2007, questo scrutinio non potrà però prescindere dalla verifica circa l'attualità della volontà del soggetto in stato d'incapacità che, sino al momento della perdita della coscienza, ha il potere di revocare quella scelta, nonché, secondo quanto si è affermato nei precedenti nn. 4211/2007 e 23676/2008 in ordine al dissenso alla sottoposizione alle cure mediche trasfusionali da parte di un testimone di Geova, della sua univocità e specificità, in modo da fugare incertezze ricostruttive o interpretative.» V., con particolare riferimento alle vicende in tema di emotrasfusione rifiutata per motivi di ordine religioso, DI MASI M., *Testimoni di Geova e amministrazione di sostegno: nuovi orizzonti del fine-vita*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 145 ss.

appieno la loro personalità¹⁵³, riempiendo di contenuto espressioni astratte quali quelle di «consenso» e di volontà e compiendo, volta per volta, operazioni di bilanciamento che non possono *a priori* etichettarsi come a favore o contro il principio di autodeterminazione ma che, piuttosto, tendono a garantire al beneficiario il massimo rispetto della sua dignità¹⁵⁴.

Ora, il dato nuovo emerso dalla l. n. 219/2017 con riguardo alla figura del G. T. è rappresentato dall'acquisita centralità di tale figura giudiziaria nell'ambito della protezione della persona, sia essa disabile o no, all'atto in cui la stessa si trova a dovere affrontare scelte terapeutiche.

Se, prima di tale intervento normativo, la figura del G. T. era vista come occasionalmente indirizzata a svolgere un ruolo di sussidio soprattutto nei confronti di persone bisognose di protezione in ragione della minore età e della incapacità a provvedere ai propri interessi, oggi diventa il punto di riferimento costante e continuo di tutte le persone che adottano scelte nel campo medico.

Si tratta di un'autentica rivoluzione copernicana che non può non determinare un profondo cambiamento nella figura giudiziaria stessa, chiamata a svolgere, in via diretta -nel corso delle procedure già aperte o da aprire- o in via sussidiaria rispetto alle scelte terapeutiche operate dai soggetti coinvolti in via preventiva o all'atto in cui esse si rendono necessarie compiti estremamente delicati. Inutile nascondersi le difficoltà e le insidie che si aprono quando quel giudice sarà chiamato a dovere verificare tali scelte e a maneggiare codici deontologici, prassi medico-cliniche ma anche volontà, aspirazioni, desideri che potranno essere trasfuse nelle DAT.

Un compito tanto affascinante quanto complicato, per svolgere il quale quello stesso giudice dovrà non soltanto formarsi adeguatamente, ma anche allacciare relazioni stabili con le figure di riferimento - medici, amministratori di sosdtego, tutori, servizi -.

L'impianto della l. n. 219/2017, per quello che dice e per come essa dovrebbe essere interpretata ed applicata, sembra confermare non solo quanto il ruolo del giudice tutelare disegnato dal legislatore si distacchi profondamente da quello di un "giudice burocrate"¹⁵⁵, ma soprattutto quanto sia il 'rapporto' o la 'relazione di cura', se oggi vogliamo prendere a prestito uno dei *leit motif* della l. n. 219/2017, fra tale giudice e gli altri 'attori' a rappresentare la sfida più impegnativa ed a costituire, al tempo stesso, l'essenza e la sfida che quel giudice è chiamato ad affrontare quando entra in contatto con un'umanità pur sempre vulnerabile e bisognosa quando è in gioco la vita delle persone, minori, disabili o maggiorenni che siano.

In conclusione, rimane la consapevolezza che uno scarso impiego di risorse in ambito formativo, di personale e di mezzi nell'ambito degli uffici del Giudice tutelare costituiti all'interno dei tribunali-di grandi dimensioni come anche nei piccoli tribunali- finirebbe col mortificare le aspettative di quell'umanità bisognosa di protezione, impoverendo pericolosamente il ruolo del giudice, invece sempre più avvertito, dalla collettività e ora più che mai dal legislatore, come fondamentale ed ineludibile proprio nelle materie che toccano i diritti delle persone che versano in condizioni di debolezza per il gap di conoscenze e di autonomia su ciò che occorre fare rispetto alla malattia. Diritti che ci appartengono.

¹⁵³ V., lo scritto molto chiaro ed approfondito di GORGONI A., *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.2, 2012, 547 ss. «...L'ampia casistica della giurisprudenza di merito dimostra come l'amministrazione di sostegno sia uno strumento efficace e versatile per salvaguardare la salute di chi non può manifestare un consenso o un dissenso libero e consapevole agli accertamenti e ai trattamenti prospettati dal medico. Naturalmente l'intervento del giudice è assai delicato: egli dovrà valutare la concreta capacità di intendere e di volere, verificando se vi sia un impedimento psichico ad assumere decisioni consapevoli. Capacità in concreto, dunque, e non piena capacità di autodeterminarsi; quel tanto che basta per poter compiere una libera scelta. In questa prospettiva, lontana da ogni astrattezza, si cerca di salvaguardare l'autonomia individuale del disabile, principio, questo, espressamente affermato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (art. 3 lett. a)».

¹⁵⁴ V., di recente, Cass. n. 4709/2018, ove si insiste sulla necessità che l'ads realizzi 'un appropriato bilanciamento tra esigenze protettive finalizzate a realizzare il principio di uguaglianza e rispetto dell'autonomia individuale, nel contesto di un giudizio di proporzionalità che tenga conto del diritto all'autodeterminazione dell'individuo, tutelato nel quadro delle garanzie della vita privata anche dall'art. 8 CEDU...».

¹⁵⁵ Cfr. FAILLA M.C., *I poteri del giudice tutelare*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. FERRANDO, Milano, 2005, 249 ss. V. anche, volendo, CONTI R., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 445 ss.

Donatella Loprieno
Regionalismo e immigrazione.
Le risposte degli ordinamenti regionali italiani al fenomeno migratorio

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Il quadro delle competenze legislative in materia di immigrazione, gli orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale e gli interventi regionali in materia di diritti del migrante irregolarmente presente sul territorio.* – 3. *Logiche bottom up e top-down nei metodi di accoglienza dei rifugiati e dei richiedenti protezione internazionale.* – 4. *Notazioni conclusive.*

1. *Premessa*

L'analisi delle risposte giuridiche al fenomeno migratorio e alle trasformazioni che, negli ultimi decenni, hanno riguardato i movimenti di persone in entrata e in uscita nel territorio italiano coinvolge numerosi ambiti di studio e necessita, pertanto, di alcune precisazioni e delimitazioni di campo.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, l'indagine sugli strumenti di accoglienza previsti dal diritto positivo vigente e sui concreti interventi svolti dai diversi livelli istituzionali in materia d'immigrazione coinvolge primariamente il principio solidarista nelle sue diverse modalità di applicazione¹. Inoltre, occorre analizzare la particolare fisionomia del diritto all'immigrazione, il quale, com'è noto, non trova espresso riconoscimento né nel diritto internazionale, né in quello sovranazionale, né tantomeno in quello nazionale.

Tale diritto vive, anzi, una condizione paradossale, poiché, da un lato, con la sua previsione si riconosce ad ogni individuo il diritto di lasciare il proprio paese², dall'altro, non si impone agli Stati il dovere di garantirne in qualche forma l'esercizio. Il paradigma della sovranità statale vuole, ancora oggi, che la decisione su chi possa entrare e soggiornare e sulle relative condizioni resti fondamentalmente un affare domestico. Altrimenti detto, ben può accadere che una persona nell'esercizio del proprio diritto di lasciare lo Stato di cui è cittadino o residente, nel momento stesso in cui fa ingresso in un altro Stato, non rispettandone le relative norme in materia di immigrazione, possa essere soggetta alla limitazione della propria libertà attraverso la possibilità di introdurre limitazioni programmate alle quote o ai flussi migratori e differenziate modalità di respingimento, espulsione, rimpatrio e finanche di detenzione. Ciò non toglie però che si possa e si debba guardare con sospetto al fatto che l'attenzione, a volte interessata, rivolta ai profughi e ai richiedenti protezione internazionale abbia finito per mettere in ombra l'immigrazione di chi viene a cercare lavoro³.

¹ Alla solidarietà, come principio costituzionale, sono state dedicate negli ultimi anni importanti riflessioni. Si vedano, tra i molti, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002; B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di eguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Giuffrè, Milano, 2003; S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, 4, 2012, 525 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Rivista AIC*, 1, 2016, 45 ss.; G. BASCHERINI, *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, 125 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2017.

² L'art. 13 della *Dichiarazione Universale dei diritti Umani*, approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, intitolato al "Diritto alla libertà di movimento" prevede, al primo paragrafo, che «ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato» ed al successivo comma che «ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese. Di non diverso tenore l'art. 12, par. 2, del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, New York, 16 dicembre 1966, Nazioni Unite che, al primo paragrafo, specifica che i titolari alla libertà di movimento e alla libertà di scelta della residenza in quel territorio sono soltanto coloro i quali si trovano "legalmente" nel territorio di uno Stato.

³ Peraltro, assai spesso risulta quasi impossibile discernere le ragioni economiche da quelle politiche e viceversa. Si può, cioè, andare alla ricerca del riconoscimento dello status di protezione internazionale e di lavoro. Basti pensare, tra i molti esempi, al caso delle vere e proprie migrazioni forzate di lavoratori, già occupati in un paese diverso dal loro (come nel caso libico) e che per le vicende del paese di arrivo si trovano non solo senza lavoro, ma costrette a muoversi per aver salva la propria vita.

Parimenti non si può non segnalare quanto farraginoso sia la normativa italiana⁴, che, ad oggi, pretenderebbe di regolare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro; essa immagina, infatti, un meccanismo per cui lo straniero, intenzionato ad ottenere un permesso di soggiorno per motivi di lavoro, è tenuto a rimanere nel Paese di origine fino alla conclusione della lunga procedura di ingresso. In altre parole, non è ammissibile la domanda per chi già si trovi sul territorio italiano e questo, come si è opportunamente notato, contrasta con il fatto che la tipica procedura di assunzione si basa sul meccanismo della chiamata nominativa che presuppone una conoscenza diretta tra il datore di lavoro e lo straniero che, però, appunto deve necessariamente trovarsi all'estero⁵. L'inefficacia di un sistema basato su due circuiti diversi e tra loro non comunicanti (quello attinente alla regolarità dell'ingresso e del soggiorno e quello riguardante l'irregolarità, conseguente all'aver varcato illegalmente la frontiera o il non rinnovo del permesso di soggiorno) e l'impossibilità di sanare la condizione di irregolarità una volta raggiunto il territorio nazionale (o avervi irregolarmente sostato), oltre a costituire un serio ostacolo ai processi di integrazione⁶, aumenta la precarietà dei lavoratori irregolarmente presenti e incoraggia lo sfruttamento lavorativo specie nelle aree del Paese dove più estese, se non endemiche, sono le prassi della illegalità e del mercato nero del lavoro (soprattutto le aree del Mezzogiorno). Il che significa anche, se non disinnescare certamente, rendere più difficili quei processi virtuosi di valorizzazione della presenza di lavoratori migranti di cui pure si rilevano tracce importanti.

Quanto alle politiche di accoglienza, le risposte istituzionali regionali e locali sono state quasi sempre completamente inadeguate e inconcludenti e le modalità di sfruttamento dei migranti sono state (e sono) tali da far parlare di persistenza di autentiche forme di "paraschiavismo". A queste condizioni estreme di sfruttamento lavorativo, che le vicende di Rosarno del 2010 in Calabria hanno portato alla ribalta⁷, si sono sommati i deficit strutturali delle regioni meridionali in termini di politiche sociali, abitative, di sistemi di *governance* territoriale e di effettiva gestione dei fenomeni migratori.

Sull'impatto dell'immigrazione sulle diverse aree geografiche del Paese, si deve certamente respingere, perché palesemente infondata, l'idea per cui esisterebbero due opposte frontiere: una dell'accoglienza in un presunto Mezzogiorno caratterizzato dal culto della ospitalità e l'altra del rifiuto o dell'accoglienza selettiva in quella parte d'Italia, il Nord-Est soprattutto, in cui è più frequente, nelle questioni attinenti alla presenza e alla gestione dei migranti, «un uso distorto del potere pubblico da parte di talune amministrazioni locali» e un «linguaggio politico che deborda dai limiti della "continenza"»⁸. E, tuttavia, estremamente interessanti appaiono alcune sperimentazioni di accoglienza integrata a livello locale e nell'ottica di uno sviluppo sostenibile atto a contrastare lo spopolamento e rinvigorire la fruibilità dei servizi tanto per gli autoctoni che i nuovi arrivati. Non fosse altro perché esse paiono iscriversi nel paradigma solidaristico che resta uno dei cardini della Costituzione repubblicana e di cui si è fatto largo uso anche nel Trattato di Lisbona, che accorda alla

⁴ Ci si riferisce all'art. 22 del d.lgs. 286 del 1998 recante "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione giuridica dello straniero" per come riscritto dalla l. n. 189 del 2002.

⁵ Si veda, sul punto, la puntuale ricostruzione di W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2013, 163 ss. e specie 166 ove si osserva come tale congegno finisca per alimentare l'elusione delle regole e generare illegalità e clandestinità. Nella pratica, infatti, lo straniero che sia illegalmente entrato in Italia svolge per un certo periodo attività lavorativa in nero per poi tornare nel suo Paese di origine e rientrare, stavolta, legalmente in Italia seguendo la procedura. Sul punto, tra i molti, già L. PEPINO, *Centri di detenzione ed espulsione (Irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, 200, 15; A. CAPUTO, *Immigrazione e politiche del diritto dal testo unico del 1998 ai recenti interventi sulla sicurezza*, in G. NALETTO (a cura di), *Rapporto sul razzismo in Italia*, manifestolibri, Roma, 2009, 98. Da ultimo, cfr. anche C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in [Rivista AIC](#), 1, 2018, 2.

⁶ Cfr. V. PINTO, *Migrazioni economiche e rapporti di lavoro. Alcuni spunti di riflessione*, in S. D'ACUNTO, A. DE SIANO, V. NUZZO (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti*, Napoli, ESI, 2017, 256-257.

⁷ Sul punto si veda D. LOPRIENO, E. G. PARINI, *La piramide dell'arroganza. Una riflessione sui fatti di Rosarno*, in [Federalismi.it](#), 2010, 1, 1-7.

⁸ *Dossier statistico immigrazione*, cit., 179.

solidarietà lo statuto di «valore universale, accanto a dignità umana, libertà, uguaglianza». Solo che, come si è notato, a volgere «lo sguardo dai trattati europei, o dalle costituzioni e dalle carte dei diritti che affollano lo spazio giuridico del Vecchio continente» alla «realtà crudele delle diseguaglianze montanti e delle vecchie e nuove forme di esclusione sociale» si viene «scossi dalla lancinante contraddizione tra l'ipertrofia degli usi anche giuridici della parola "solidarietà" e lo stato miserevole in cui versa la concreta attuazione del sottostante principio nelle effettive politiche pubbliche degli Stati democratici dell'Occidente»⁹. Epifania di tale contraddizione è l'aver fatto della solidarietà una "parola proscritta" di cui si voleva cancellare «ogni senso positivo, capovolgendola nel suo opposto, non più tratto che lega benevolmente le persone, ma delitto: delitto, appunto di solidarietà, quando i comportamenti di accettazione dell'altro, dell'immigrato irregolare ad esempio, vengono considerati illegittimi e si prevedono addirittura sanzioni penali per chi vuol garantirgli diritti fondamentali, come la salute e l'istruzione»¹⁰.

L'intento del presente contributo è, in particolare, quello di definire il quadro degli interventi regionali in materia di immigrazione, facendo emergere la specificità di alcune realtà maggiormente esposte al fenomeno, come quelle meridionali.

2. Il quadro delle competenze legislative in materia di immigrazione, gli orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale e gli interventi regionali in materia di diritti del migrante irregolarmente presente sul territorio

Occorre premettere che, a seconda delle finalità da perseguire, si è soliti distinguere, nelle politiche pubbliche in materia di immigrazione, tra due macro-aree: le politiche *della* immigrazione (*immigration policy*) e quelle *per* l'immigrazione (*immigrant policy*). Alla prima area appartiene l'insieme delle condizioni che regolano l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dei cittadini extracomunitari dal territorio dello Stato, mentre nella seconda si fanno rientrare tutti quegli interventi che si sostanziano nella erogazione di servizi socio-assistenziali e volti a favorire dinamiche di integrazione¹¹.

Prima della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, pur non rientrando espressamente la materia dell'immigrazione tra le materie elencate dall'art. 117, c. 1, Cost., e senza che leggi della Repubblica avessero demandato alle regioni il potere di emanare norme per la loro attuazione, queste ultime, specie nel corso degli anni Novanta, avevano comunque assunto «ben presto e spontaneamente un ruolo centrale nella predisposizione delle politiche pubbliche a favore degli stranieri, andando a colmare silenzi e ritardi dello Stato centrale»¹². Si trattava, prevalentemente, di interventi

⁹ Così S. GIUBBONI, *Solidarietà*, cit., 526-527, cui si rimanda anche per le interessanti riflessioni sul problema dei confini della solidarietà (535 e ss.).

¹⁰ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, cit., 3. Parole che, oggi, si rivestono di nuovo significato essendo in gioco la preservazione della vita stessa dei migranti cui è sempre più difficile prestare soccorso da parte delle ONG impegnate nel Mediterraneo. La recente (e in corso) vicenda della ONG spagnola Open Arms accusata da un magistrato italiano dell'ipotesi di reato per associazione a delinquere, per aver svolto azioni di salvataggio di profughi fuggiti dal Nord Africa, è assolutamente esemplificativa della materializzazione di quei reati di solidarietà di cui parlava il giurista calabrese.

¹¹ Cfr. T. CAPONIO, *Governo locale e immigrazione in Italia. Tra servizi di welfare e politiche di sviluppo*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 2004, 805. Mette in discussione la tradizionale distinzione tra politiche per gli immigrati e politiche per l'immigrazione M. VRENNNA, *Le Regioni di fronte all'immigrazione: linee di tendenza degli ultimi anni*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche, competenze*, Il Mulino, Bologna, 2013, 425. Per tale A., infatti, tale distinzione applicata al riparto competenziale (ma anche alla disciplina normativa in materia di determinazione delle quote di lavoratori stranieri da ammettere nel territorio italiano) mostrerebbe tutti i propri limiti e le sue intrinseche contraddizioni.

¹² A. PATRONI GRIFFI, *I diritti dello straniero tra Costituzione e politiche regionali*, in L. CHIEFFI (cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, Cedam, 1999, 350-351. A titolo esemplificativo si possono ricordare la l. r. Cal. 9 aprile 1990, n. 17; la l. r. Camp., 3 novembre 1994, n. 33; la l. r. Puglia 11 maggio 1990, n. 29. Per un quadro d'insieme sulla legislazione regionale di questo periodo, cfr. C. CORSI, *Immigrazione e ruolo degli enti territoriali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2005, 36 ss.

riconducibili alla materia della “beneficienza pubblica”¹³ di cui appunto al vecchio testo dell’art. 117 Cost., e dunque di misure attinenti al diritto allo studio, alla formazione professionale, atte a favorire l’inserimento sociale e/o abitativo degli immigrati e delle loro famiglie, di tutela dell’accesso alle prestazioni socio-sanitarie od anche volte a favorire il rientro volontario nei paesi di origine. Le regioni, però, non solo avevano fatto propria una «definizione lata della materia beneficienza» ma finirono per individuare funzioni «pertinenti agli interessi delle rispettive comunità» in ragione della posizione e del ruolo istituzionale di cui erano portatrici¹⁴.

In realtà, già negli anni Settanta molti consigli regionali¹⁵ avevano tentato di affrontare ora le questioni legate alle emigrazioni di ritorno, ora quelle volte a tutelare il ‘diritto alle radici’ degli emigranti¹⁶. È però solo lungo il corso degli anni Ottanta che, essendosi stabilizzato il *trend* del saldo migratorio positivo, si è posto il problema di immaginare e sperimentare forme di integrazione per arrivare, poi, alla fine degli anni Novanta a una distribuzione e razionalizzazione delle competenze tra centro (deputato alle *immigration policy*) e periferia (competente per le *immigrant policy*) ad opera della prima disciplina organica della condizione giuridica dello straniero in Italia: la l. n. 40 del 1998 (c.d. legge Turco-Napolitano del 6 marzo 1998, n. 40, poi confluita nel TUI¹⁷). Tra gli aspetti sicuramente più innovativi di tale disciplina vi è quello di avere, per la prima volta, affrontato i temi della immigrazione (ingresso, soggiorno e condizioni lavorative) e della condizione giuridica dello straniero (l’insieme dei diritti civili, latamente politici e sociali).

Assai significativamente è stato notato come dal 1974, anno in cui si è invertito il flusso migratorio in Italia, fino al 1998, anno dell’entrata in vigore della nuova disciplina organica dell’immigrazione, non si è registrato «certo un passaggio sociale, politico e normativo dell’Italia da Paese di emigrazione a Paese di immigrazione, perché l’Italia è diventata terra di immigrazione senza volerlo e senza neppure saperlo: una decisione che si sono incaricati di prendere i fatti anziché la politica»¹⁸.

Ritornando ad un registro più propriamente giuridico, è da ricordare come il TUI del 1998, all’art. 1, c. 4, qualificasse le proprie disposizioni come principi fondamentali ai sensi dell’allora vigente art. 117, c. 1 Cost., per le leggi di potestà concorrente ed al tempo stesso come norme fondamentali di riforma economico-sociale per le regioni a statuto speciale e delle province autonome. Inoltre, ai fini dell’attuazione degli obiettivi di politica migratoria sottesi alla normativa del 1998¹⁹, si rendeva

¹³ L’art. 22 del d.p.r. 616/1977 includeva nella materia della “beneficienza pubblica” «tutte le attività che attengono, nel quadro della sicurezza sociale, alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti o a pagamento, o di prestazioni economiche, sia in denaro che in natura, a favore dei singoli, o di gruppi, qualunque sia il titolo in base al quale sono individuati i destinatari, anche quando si tratti di forme di assistenza a categorie determinate». L’art. 24 dello stesso d.p.r. specificava che restava allo Stato la competenza per gli interventi di prima assistenza in favore dei profughi stranieri.

¹⁴ C. CORSI, *Immigrazione e diritti sociali: il nodo irrisolto del riparto di competenze tra Stato e regioni in La governance dell’immigrazione*, cit. 231.

¹⁵ Contengono norme a favore degli emigranti, ad esempio, la l. r. Cal. n. 5/1981, l. r. Marche n. 10/1981, ll. rr. Sic., n. 25/1979 e 55/1980.

¹⁶ Cfr. C. SALAZAR, *Leggi regionali sui “diritti degli immigrati”, Corte costituzionale e “vertigine della lista”: considerazioni su alcune recenti questioni di costituzionalità proposte dal Governo in via principale*, in S. GAMBINO, G. D’IGNAZIO (a cura di) *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010, 399-400. Si è rilevato come, almeno in questa fase, a fronte di una serie di azioni mirate a risolvere la questione del godimento dei diritti sociali per gli stranieri extracomunitari avviate dalle amministrazioni comunali del centro-nord, spicca l’assenza, o comunque, un minor protagonismo in molta parte del territorio meridionale, cfr. F. ABBONDANTE S. PRISCO, *La condizione giuridica*, cit., 33.

¹⁷ La legge n. 40 conteneva una delega al Governo per l’emanazione di un decreto legislativo contenente il testo unico delle disposizioni concernenti gli stranieri, che riunisse le norme della legge in questione con le disposizioni precedenti e “sopravvissute” alle censure di incostituzionalità della Corte costituzionale. L’esercizio della delega ha portato all’approvazione del Testo unico sull’immigrazione del 1998 (d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione giuridica dello straniero, d’ora in avanti TUI), integrato da un regolamento di attuazione (d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394).

¹⁸ Cfr. P. BONETTI, *I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in B. NASCIBENE (a cura di) *Diritto degli stranieri*, Cedam, Bologna, 2004, 83.

¹⁹ I tre obiettivi fondamentali che il legislatore della Turco-Napolitano mirava a realizzare erano: il contrasto della immigrazione clandestina e dello sfruttamento criminale dei flussi migratori; la realizzazione di una precisa e specifica

necessaria la messa in opera di un considerevole sforzo amministrativo e finanziario tale da coinvolgere l'intera architettura della Repubblica²⁰. L'insieme di organi, organismi, atti e strumenti immaginati per governare ogni aspetto dei fenomeni migratori e per programmare, collegare e coordinare le azioni delle amministrazioni statali, delle Regioni, degli enti locali e delle organizzazioni del privato sociale era così complesso e frammentario da far sorgere più di un dubbio circa la sua effettiva idoneità «a determinare un effettivo cambiamento delle politiche migratorie»²¹. L'art. 3, c. 5, TUI stabilisce – in tale ottica – che, nell'ambito delle rispettive attribuzioni e dotazioni di bilancio le Regioni e gli enti locali adottano i provvedimenti concorrenti al perseguimento dell'obiettivo di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi agli stranieri presenti sul territorio, con particolare riguardo a quelle riguardanti alloggio, lingua, integrazione sociale, rispetto dei diritti fondamentali della persona umana. A garantire l'effettività del diritto allo studio, a norma dell'art. 38, c. 2 TUI sono lo Stato, le Regioni e gli enti locali anche attraverso l'attivazione di appositi corsi ed iniziative per l'apprendimento della lingua italiana. Per quanto riguarda le misure di integrazione sociale, l'art. 42 TUI statuisce che esse siano favorite dallo Stato, dalle Regioni e dai Comuni, anche in collaborazione con le associazioni di stranieri e con le organizzazioni stabilmente operanti in loro favore. Altre disposizioni, come l'art. 38 (Istruzione degli stranieri. Educazione interculturale) o l'art. 40 (Centri di accoglienza. Accesso all'abitazione) «disciplinano specifiche competenze regionali in materie nelle quali le Regioni hanno competenza concorrente o esclusiva, come il diritto all'istruzione, l'accesso ai servizi educativi, la partecipazione alla vita della comunità scolastica sulla base di una rilevazione dei bisogni locali e di una programmazione territoriale integrata, la predisposizione di centri di accoglienza destinati ad ospitare stranieri regolarmente soggiornanti temporaneamente impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze di alloggio e di sussistenza, oltre ad altri interventi di tipo assistenziale»²².

Altresì rilevante, nella normativa del '98, è il *favor* verso le attività di programmazione che ciascun livello territoriale, ognuno per il proprio ambito di competenza, avrebbe dovuto intraprendere in materia di politiche migratorie sì da abbandonare il *modus operandi* del recente passato che, invece, poggiava prevalentemente sulla improvvisazione emergenziale degli interventi. L'idea per cui ciascun livello deve effettivamente dotarsi di strumenti programmatori annuali e pluriennali è che attraverso la loro predisposizione le amministrazioni statali, regionali e locali sono indotte a “ragionare” in profondità sul fenomeno migratorio. E a tal proposito basta leggere l'art. 45 TUI per rendersi conto dell'enfasi riservata agli oneri di complessiva programmazione per tutte le amministrazioni coinvolte e in vista della attuazione delle finalità della integrazione degli stranieri.

Con la riforma del Titolo V della Costituzione, la ripartizione delle competenze tra centro e periferia in materia di immigrazione e condizione giuridica dello straniero avrebbe potuto far supporre la messa in discussione dell'impalcatura delineata all'interno del TUI²³. Il nuovo art. 117, c. 2, lett. a) e b) ha attribuito, infatti, alla legislazione esclusiva dello Stato le materie del diritto di asilo e della condizione giuridica dei cittadini non appartenenti all'Unione europea e dell'immigrazione. Anche la cittadinanza rientra nelle materie espressamente riservate allo Stato. Eventuali letture di tali disposizioni orientate ad attrarre ogni profilo della condizione giuridica del

politica relativa agli ingressi legali limitati, programmati e regolati; l'avvio di realistici percorsi di integrazione per gli immigrati e per gli stranieri già presenti sul territorio.

²⁰ Non pare superfluo ricordare come all'epoca della entrata in vigore del TUI, il riparto delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali era stato dettato dalla c.d. riforma Bassanini. In base all'art. 1, c. 3, lett. f) della legge n. 59/97, le funzioni e i compiti amministrativi riconducibili alle materie della cittadinanza, dell'immigrazione, dei rifugiati e dell'asilo politico e dell'extradizione erano escluse da ogni tipo di trasferimento di funzioni dallo Stato alle Regioni o agli enti locali, restando allo Stato anche la potestà amministrativa in materia.

²¹ Cfr. P. BONETTI, *I profili generali*, cit., 154.

²² [Corte cost., sent. n. 300 del 2005](#).

²³ Impalcatura in realtà mai davvero decollata vuoi per il breve lasso temporale tra la sua approvazione e l'entrata in vigore della l. cost. 3/2001, vuoi per la pleora di comitati, consulte, organismi di programmazione da istituire e atti di normazione secondaria che si sarebbe dovuto costruire.

cittadino straniero e della immigrazione alla competenza esclusiva dello Stato sono state riorientate dalla Corte costituzionale lungo quel processo di “smaterializzazione”²⁴ delle materie elencate nel nuovo art. 117 Cost. e che ha ridefinito il riparto delle competenze legislative²⁵. Come si è ricordato, con maggior enfasi in alcune pronunce ([sentt. nn. 300/2015](#), [156/2006](#) e [50/2008](#)), il Giudice delle leggi ha sottolineato che a ragionare in termini di etichette si sarebbe corso il rischio di abbandonarsi alla “vertigine della lista”²⁶. L’inclusione delle etichette “condizione giuridica” dello straniero e “immigrazione” nella lista di competenza esclusiva statale non ha significato che fossero automaticamente da ritenere viziato da incostituzionalità sopravvenuta le previgenti normative regionali in materia di immigrazione o fossero da considerare incostituzionali quelle leggi regionali che volessero occuparsi di *policy immigrant*. Se, infatti, il livello competente per la “cittadinanza formale” e per i suoi modi di acquisto resta lo Stato, è sulle Regioni che grava parte considerevole delle forme e dei modi della “cittadinanza sostanziale”, da intendere come l’effettivo godimento dei diritti e, in specie, di quelli di natura sociale²⁷. È infatti l’art. 117, c. 4, che lascia, ad esempio, la materia dell’assistenza sociale e dell’abitazione alla competenza residuale regionale e la materia dell’istruzione e dell’assistenza sanitaria, della tutela e della sicurezza del lavoro alla competenza concorrente (art. 117, c. 3).

La legislazione regionale, negli anni immediatamente successivi alla modifica del riparto competenziale, ha «voluto espressamente agganciare i propri ambiti di incidenza ad una lettura sociale della cittadinanza regionale, denominando i sistemi integrati dei servizi sociali – di competenza residuale – come “diritti di cittadinanza sociale”»²⁸. La competenza in tale settore taglia trasversalmente tutte le competenze regionali e converge verso un ambito, o meglio un processo, ossia l’integrazione sociale degli immigrati, che è la cartina tornasole della “bontà” delle politiche sociali²⁹.

A fare da apripista, subito dopo la riforma del Titolo V, in materia di norme e politiche regionali per l’integrazione degli immigrati sono state l’Emilia Romagna e il Friuli -Venezia Giulia³⁰. In

²⁴ Di smaterializzazione ha parlato F. BENELLI, *La “smaterializzazione” delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006. Per una ricostruzione della interpretazione degli elenchi di materie di cui all’art. 117, Cost., si veda per tutti, T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2012.

²⁵ Già negli anni immediatamente successivi alla riforma costituzionale del Titolo V, erano state avanzate possibilità interpretative diverse in ordine alla ripartizione di competenza tra Stato e Regioni. Per tutti, cfr. A. RUGGERI, C. SALAZAR, *“Ombre e nebbia” nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazioni/immigrazioni dopo la riforma del Titolo V*, in M. REVENGA SANCHEZ (a cura di), *I problemi costituzionali dell’immigrazione in Italia e Spagna (Il giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale)*, 3-4 ottobre, 2003, Milano.

²⁶ C. SALAZAR, *Leggi regionali sui “diritti*, cit., 404.

²⁷ Il legislatore regionale, ricorda A. PATRONI GRIFFI, *Stranieri non per la Costituzione*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), luglio 2009, 7, è spesso «stato precursore della ricostruzione di una “cittadinanza sociale”, indifferente allo *status civitatis* e posta a cardine di una sostanziale integrazione dello straniero nella comunità nazionale e regionale». Sottolinea P. CARROZZA, *Diritti degli stranieri*, cit., 87, come la terza ondata di trasferimenti di funzioni (a seguito delle riforme Bassanini) ed il nuovo Titolo V abbia, in qualche modo, consegnato a regioni ed enti locali le chiavi del *welfare*, comprese le politiche per l’immigrazione.

²⁸ Cfr. L. RONCHETTI, *I diritti di cittadinanza degli immigrati e il ruolo delle regioni*, in L. RONCHETTI (a cura di), *I diritti di cittadinanza*, cit., 31. Ne costituiscono esempio la l. r. Molise n. 1 del 2000 (Riordino delle attività socio-assistenziali e istituzione di un sistema di protezione sociale e dei diritti sociali di cittadinanza; l. r. Campania 23 ottobre 2007 n. 11 (per la dignità e la cittadinanza sociale); l. r. Basilicata n. 4 del 2007 (Legge regionale integrata dei servizi di cittadinanza sociale).

²⁹ Sul punto, sia consentito rinviare a D. LOPRIENO, *Le prestazioni socio-assistenziali a favore dei migranti tra presunte esigenze di contenimento, crisi economica e paura dello straniero*, in S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2015, 238-265.

³⁰ Rispettivamente l. r. Emilia Romagna n. 4 del 2004 (Norme per l’integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati), impugnata nella sua interezza dal Governo che la riteneva una intrusione indebita nella competenza esclusiva statale e l. r. Friuli Venezia Giulia n. 5 del 2005 (Norme per l’accoglienza e l’integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati) poi interamente abrogata dalla successiva l. n. 9 del 2008, ispirata da un orientamento politico-ideologico diametralmente opposto. Nel 2009, il legislatore regionale friulano è nuovamente intervenuto nel senso di rendere accessibile al sistema integrato di interventi e servizi sociali della Regione solo ai cittadini comunitari

entrambi i casi, il Governo ha sollevato questione di costituzionalità innescando un corposo contenzioso tra Stato e Regioni. Sin da questi primi ricorsi, si evidenziava un atteggiamento alquanto “aggressivo”³¹ e di chiusura da parte del Governo nei riguardi di qualsiasi disposizione regionale in materia di *immigrant policy*, a prescindere dal fatto che esse incidessero o meno su materie di competenza regionale³². L’idea, evidentemente, era quella di attribuire allo Stato una sorta di vera e propria riserva in materia di statuto giuridico dello straniero, tale da «riconoscere in capo allo Stato la competenza di fissare in termini generali e uniformi per tutto il territorio nazionale la “dotazione” di diritti fondamentali dei non cittadini, ed a farlo in maniera per così dire “tassativa”, e vincolante per i legislatori regionali»³³. Una simile impostazione avrebbe finito per “imbalsamare” il ruolo delle regioni e farne delle esecutrici/attuatrici di *status* giuridici interamente nelle mani del legislatore statale e dei suoi variabili “umori” quanto allo *status* giuridico del non cittadino. In più, e ancor peggio potrebbe aggiungersi, questa lettura ipercentralista avrebbe per molti aspetti potuto restringere la possibilità per le regioni di impostare politiche diverse e differenziate tra di loro³⁴ e tra loro e lo Stato in materia di migranti e di migrazioni.

Alla lettura ipertrofica delle materie “condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all’Unione europea” e “immigrazione” ha fatto da *pendant*, come si è già osservato, una giurisprudenza costituzionale volta a ristabilire un certo equilibrio tra le componenti della Repubblica attraverso una lettura tendenzialmente restrittiva della riserva statale e spesso estensiva delle competenze regionali. La Corte costituzionale ha così sostenuto che «l’intervento pubblico non può limitarsi al controllo dell’ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma deve necessariamente considerare altri ambiti – dall’assistenza sociale all’istruzione, dalla salute all’abitazione – che coinvolgono competenze normative, alcune attribuite allo Stato ed altre attribuite alla Regione»³⁵ e che la portata delle voci riservate in esclusiva allo Stato si limita agli «aspetti che attengono alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale»³⁶. Sicché ambiti quali i servizi sociali, l’accesso all’alloggio, l’istruzione e le misure di integrazione sono nella disponibilità dei legislatori regionali eventualmente

ivi residenti da almeno tre anni. Dopo una censura di incostituzionalità del Giudice delle leggi ([sent. n. 40 del 2011](#)), la l. r. n. 16 del 2011 ha nuovamente subordinato l’accesso a molte prestazioni alla residenza almeno biennale nel territorio regionale e per i cittadini stranieri all’ulteriore requisito della residenza da almeno cinque anni nel territorio nazionale. Si veda, sul punto, V. TALLINI, *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum: brevi considerazioni sulla (nuova) legge del Friuli-Venezia Giulia n. 16/2011 “in materia di accesso alle prestazioni sociali” da parte degli stranieri*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2011.

³¹ Di atteggiamento piuttosto aggressivo parla P. GIANGASPERO, *Gli spazi per le politiche regionali in materia di tutela dei diritti sociali dei cittadini di Paesi terzi*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, Giappichelli, Torino, 2015, 79.

³² Tranne la legge della Liguria del 2007, del Lazio del 2008 e della Calabria del 2009, il Governo ha impugnato tutte le leggi regionali di settore.

³³ Cfr. P. GIANGASPERO, *Gli spazi per le politiche regionali*, cit., 76.

³⁴ Sulla possibilità di una certa differenziazione del welfare su base regionale e locale e del c.d. *welfare* municipale, cfr. E.A. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Giappichelli, Torino, 2003.

³⁵ [Corte cost. sent. n. 156/2006](#). Assai similmente nella [sent. n. 300/2005](#) si legge che «l’intervento pubblico non si limita al doveroso controllo dell’ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma riguarda necessariamente altri ambiti, dall’assistenza all’istruzione, dalla salute all’abitazione, materie che intersecano *ex* Costituzione, competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente».

³⁶ [Corte cost., sent. n. 134/2010](#).

censurabili, e puntualmente censurati³⁷, solo ove si spingano verso scelte eccessivamente e irragionevolmente restrittive³⁸.

Nella ricostruzione del contenzioso tra Stato e Regioni in materia di immigrazione un aspetto, in particolare, può forse aiutarci a intravedere un primo discrimine tra gruppi di regioni maggiormente in sintonia con le politiche restrittive adottate dal legislatore statale, specie a partire dal 2008, e altre che, invece, hanno manifestato politiche ed indirizzi di segno talora diametralmente opposto.

In realtà, già a partire dal 2002, anno dell'approvazione della l. n. 189/2002 (meglio nota come legge "Bossi-Fini") molte disposizioni del TUI erano state modificate sotto l'egida della logica del "purché se ne vadano"³⁹. Tale normativa ha segnato solo l'inizio di una lunga stagione di riforme legislative che hanno progressivamente reso vieppiù precaria anche la condizione del migrante regolarmente soggiornante e veicolato l'idea per cui se il migrante è "irregolare" o "clandestino" è, con ogni probabilità, anche un criminale⁴⁰. Agitando lo spettro della sicurezza pubblica e della presunta impellente necessità di eseguire quante più espulsioni possibili, il Governo adottava nel 2008 il d. l. n. 92 (Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza, convertito con modificazioni dalla l. n. 125/2008), la cui "essenza" era simboleggiata dalla previsione della c.d. "aggravante di clandestinità", non sopravvissuta a lungo nell'ordinamento giuridico e ritenuta incostituzionale dal Giudice delle leggi con una sentenza di accoglimento secca ([sent. n. 249/2010](#)).

A rinforzare il già corposo sistema di diritto di polizia dello straniero è poi intervenuta la successiva l. n. 94/2009 (ancora Disposizioni in materia di sicurezza pubblica) che ha previsto, nel nuovo art. 10-*bis* TUI, il reato contravvenzionale di ingresso e di soggiorno illegale nel territorio dello Stato. Quest'ultimo, assurto agli onori della cronaca come reato di clandestinità e "salvato" dalle censure di incostituzionalità dai giudici della Consulta ([sent. n. 250/2010](#)), si accompagnava ad altre innovazioni rilevanti e a una severa riscrittura dei meccanismi di allontanamento.

Coerentemente all'impostazione secondo cui il migrante irregolarmente presente è da considerare, come regola generale, un indesiderato da espellere o respingere nel più breve tempo possibile, il Governo ha impugnato le leggi regionali di Toscana⁴¹, Campania⁴² e Puglia⁴³. La prima prevedeva interventi socioassistenziali urgenti ed indifferibile «anche a favore di cittadini stranieri comunque dimoranti sul territorio regionale», con particolare riferimento ai cittadini neo-comunitari e a «tutte

³⁷ È stato il legislatore lombardo a dare origine alla prima sentenza in materia di ragionevolezza delle distinzioni tra fruitori delle prestazioni socio-assistenziali. Nella specie, la Corte costituzionale con [sent. n. 432/2005](#) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, c. 2 della l. r. Lombardia n. 25 del 2003 nella parte in cui non includeva nel novero dei soggetti beneficiari del diritto alla circolazione gratuita sulle linee di trasporto pubblico regionale i cittadini stranieri residenti in Lombardia pur se completamente inabili al lavoro. Ma si vedano anche le [sentt. nn. 433 del 2006](#), [306 del 2008](#) e [11 del 2009](#).

³⁸ Cfr. L. RONCHETTI, *Ultimi atti del conflitto tra Stato e Regioni tra immigrazione e integrazione degli stranieri*, in [Rivista AIC](#), 2010 e D. STRAZZARI, *Riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione alla ricerca del confine perduto?*, in *Le Regioni*, 2006, 1038 ss.

³⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli, 2010, 344 che riprende l'espressione utilizzata da A. CASADONTE, P. DI BARI, *L'espulsione, l'accompagnamento alla frontiera ed il trattenimento secondo la legge Bossi-Fini n. 189/2002 ovvero il massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza. Garanzie minime e incertezze delle divergenti vie del controllo giurisdizionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, 2002, 40.

⁴⁰ Ci si è al proposito interrogati sulle assonanze tra il "diritto penale del nemico" e il "diritto penale dell'immigrato". Cfr., sul punto, L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 4(4), 2013, 765-786 e bibliografia ivi riportata.

⁴¹ L. r. Toscana, 9 giugno 2009, n. 29 su cui P. PASSAGLIA, *La legge regionale toscana sull'immigrazione: verso la costruzione di una società plurale. Commento alla legge regionale n. 29/2009*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione*, cit., 437-469.

⁴² L. r. Campania, 8 febbraio 2010, n. 6. Cfr. M. CROCE, *Gli strumenti per l'integrazione degli immigrati in Campania e in Lazio. Commento alla legge regionale Campania n. 672010 e alla legge regionale Lazio n. 10/2008*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione*, cit., 537-569.

⁴³ L. r. Puglia 4 dicembre 2009, n. 32. Cfr. V. BISIGNANO, *L'integrazione dei cittadini stranieri in Puglia. Commento alla legge regionale n. 32/2009*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione*, cit., 513-537.

le persone anche se prive di titolo di soggiorno». La legge campana aveva come destinatari tutte le «persone straniere» senza ulteriori specificazioni mentre quella pugliese si rivolgeva agli stranieri «presenti a qualunque titolo sul territorio della regione», ivi compresi i cittadini stranieri privi di regolare permesso di soggiorno⁴⁴. Nei ricorsi avverso tali leggi regionali, il Governo lamentava che le misure di *favor* estese anche ai migranti irregolarmente presenti avrebbero agevolato il loro soggiorno sul territorio dello Stato laddove, invece, chi non fosse abilitato a risiedere sul territorio avrebbe dovuto essere perseguito penalmente. I soli destinatari delle politiche di integrazione sociale, nel ragionamento del Governo, avrebbero dovuto essere gli stranieri in regola coi permessi di soggiorno perché a opinare il contrario si sarebbero creati “regimi di deroga” e configurati sistemi socio-assistenziali paralleli per gli stranieri irregolarmente presenti. Le norme regionali invise al Governo, prevedendo interventi volti al riconoscimento o all’estensione di diritti in favore degli immigrati irregolarmente presenti, avrebbero dunque interferito con la disciplina di ingresso e soggiorno di chiara spettanza statale⁴⁵.

Delle tre leggi regionali impugnate, evidentemente per le precise scelte di *policy* ad esse sottese e per la disomogeneità politica tra il Governo statale e quelli regionali⁴⁶, solo quella toscana era stata approvata prima della introduzione del c.d. reato di clandestinità mentre le altre due sono state approvate successivamente. In ogni caso, assai simili sono state le argomentazioni che la Corte ha addotto per sostenere la conformità delle normative regionali alla Costituzione, non rilevando la condizione di regolarità o la perseguibilità penale degli stranieri privi di titoli di legittimazione del soggiorno.

Ai più limitati fini del nostro argomentare non appare utile dilungarci su aspetti specifici delle [sentt. nn. 269/2010](#), [299/2010](#) e [61/2011](#) se non per ricordare come per la Corte costituzionale alle Regioni debba riconoscersi la possibilità di interventi legislativi riguardo al fenomeno dell’immigrazione, dovendo l’intervento pubblico concernente gli stranieri considerare ambiti in cui sono coinvolte le competenze regionali (assistenza sociale, istruzione, salute, abitazione). È, in particolare, nella [sent. n. 61/2011](#) (relativa alla legge campana) che la Corte inquadra complessivamente la questione e fornisce le coordinate entro cui collocare le politiche regionali in materia di immigrazione. In specie, le disposizioni della legge campana impugnate dal Governo sono dalla Corte giustificate dalle finalità perseguite dal legislatore regionale, «in un contesto di competenze concorrenti o residuali», di predisporre «sistemi di tutela e promozione, volti ad assicurare l’opportunità per le persone straniere presenti in Campania di accedere a diritti quali quello allo studio ed alla formazione professionale, all’assistenza sociale, al lavoro, all’abitazione, alla salute»⁴⁷.

L’impressione che può trarsi da questa giurisprudenza è che la Corte sposi una lettura tendenzialmente restrittiva della riserva statale in materia di immigrazione e di condizione giuridica dello straniero da intendere in prevalenza come gestione dei flussi di ingresso e come condizioni del soggiorno e dell’allontanamento dello straniero dal territorio statale. Si tratta, del resto, di quelle funzioni che attengono alla sovranità territoriale e con cui lo Stato assolve al «compito, ineludibile,

⁴⁴ È, in realtà, da citare anche il caso della Regione Marche che con l. r. 28 del 2009 aveva inserito tra i destinatari anche i cittadini stranieri immigrati in attesa della conclusione del procedimento di regolarizzazione. La norma è stata modificata, dopo il ricorso del Governo, attraverso l’abrogazione dell’inciso e aggiungendo un nuovo comma in base a cui le norme si applicano anche agli stranieri nelle more della conclusione del procedimento di regolarizzazione nei limiti e secondo le modalità della normativa statale.

⁴⁵ Si veda L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 209 del 2010 e 61 del 2011)*, in [Rivista AIC](#), 2011, n. 3. Qui si sottolinea come sia stata proprio la normazione regionale riguardante l’integrazione sociale degli immigrati il terreno su cui «si è consumato uno dei conflitti più aspri tra uno Stato che introduceva il reato di “Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato” e le Regioni che guardavano all’immigrato come persona titolare di diritti fondamentali a prescindere dal titolo di soggiorno».

⁴⁶ La l. r. Liguria n. 7 del 2007 (“Norme per l’integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati”) pur assai aperta e garantista anche dei riguardi dei migranti irregolarmente presenti non era stata impugnata dal Governo che, all’epoca, era in sintonia con quella regionale ligure. Ciò che qui si adombra, e su cui si ritornerà, è che nella materia immigrazione spesso a contare in maniera determinante siano propri i fattori politici.

⁴⁷ [Corte cost., sent. n. 61/2011](#).

di presidiare le proprie frontiere»⁴⁸. Mancando allo straniero quel «legame ontologico con la comunità nazionale», e quindi «di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano»⁴⁹, allo stesso si può negare una posizione di libertà quanto a ingresso e soggiorno, potendo egli entrarvi e soggiornarvi solo dopo aver conseguito determinate autorizzazioni. Se i beni giuridici da proteggere sono l'ordinata gestione dei flussi migratori, la sicurezza, la sanità pubblica, l'ordine pubblico e i vincoli di carattere internazionale⁵⁰, è lo Stato, nell'esercizio della sua sovrana prerogativa di presidiare confini e territorio, il principale protagonista.

Dalla stessa giurisprudenza pare, per converso, «emergere la possibilità per le Regioni di adottare interventi fondati su una lettura estensiva delle proprie competenze»⁵¹, potendo le stesse ampliare l'area dei destinatari di prestazioni o di funzioni che prefigurano standard di tutela dei diritti dei migranti più avanzati rispetto a quelli previsti dalle normative statali⁵². Vanno in quest'ultima direzione, ad esempio, alcune pronunce con cui la Corte ha fissato i paletti all'interno dei quali può esercitarsi la discrezionalità del legislatore statale, che può spingersi fino a dettare norme, purché non palesemente irragionevoli o contrastanti con gli obblighi internazionali, in materia di ingresso e di soggiorno; può anche subordinare – purché non irragionevolmente – l'erogazione di talune prestazioni (che non riguardino però gravi situazioni di urgenza) alla titolarità di un permesso di soggiorno che ne dimostri il carattere non episodico; una volta, però, acquisito il diritto a soggiornare «non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali, riconosciuti invece ai cittadini»⁵³.

Quid iuris nel caso in cui, invece, i legislatori regionali piuttosto che allargare il perimetro di tutela dei diritti sociali decidano di restringere l'area dei destinatari delle provvidenze di competenza regionale? La domanda non è per nulla retorica visto che vi sono state numerose questioni di costituzionalità sollevate nei confronti di leggi regionali assai più restrittive di quelle statali⁵⁴. In tale filone giurisprudenziale, il Giudice della Consulta ha avuto l'occasione di riflettere sull'applicazione del principio di eguaglianza ai cittadini stranieri e sul ruolo dello *status civitatis* nel giudizio di ragionevolezza delle distinzioni/discriminazioni volute dal legislatore regionale. Anche laddove la normativa regionale ecceda i limiti di ciò che ha da ritenersi essenziale (i talora inafferrabili nuclei irrinunciabili dei diritti), non si esclude che «le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza»⁵⁵ ([sent. n. 432/2005](#)).

La breve e affatto completa disamina della conflittualità che ha caratterizzato, subito dopo la revisione del Titolo V, i rapporti tra lo Stato e le Regioni in materia di immigrazione non solo rischia di essere filtrata attraverso facili schematizzazioni «come quella che presenta la normativa statale quasi sempre restrittiva a fronte di una disciplina regionale che di solito è maggiormente estensiva e inclusiva»⁵⁶, ma per essere compresa meglio necessita anche di una lettura 'politica'. Inoltre, nella

⁴⁸ [Corte cost., sent. n. 353/1997](#).

⁴⁹ [Corte cost., ord. n. 244/1994](#).

⁵⁰ Rispettivamente [Corte cost., sentt. nn. 148/2008, 206/2006 e 62/1994](#).

⁵¹ Cfr. P. GIANGASPERO, *Gli spazi per le politiche regionali*, cit., 83.

⁵² Ricorda C. CORSI come la Corte costituzionale abbia più volte ribadito la titolarità, in capo agli stranieri, della piena applicazione del principio di eguaglianza e come non emerga «dal testo costituzionale una volontà di distrazione di tutta la disciplina concernente gli immigrati dalla sua naturale ripartizione tematica di competenza; conseguentemente una interpretazione che volesse attrarre ogni profilo al livello statale, alla fine, verrebbe a contrastare con lo stesso art. 3 della Costituzione», così in *Immigrazione e diritti social*, cit., 246.

⁵³ [Corte cost., sent. n. 306/2008](#). Rileva P. GIANGASPERO, *op. ult. cit.*, 87 che uno degli aspetti significativi delle dichiarazioni di incostituzionalità di normative regionali restrittive è stato l'utilizzo di argomenti applicabili anche alla legislazione statale oltre che a quella regionale. In entrambi i casi, i criteri di giudizio si fondano su schemi argomentativi basati direttamente su parametri costituzionali (l'art. 2 Cost., per quanto concerne il nucleo essenziale dei diritti e l'art. 3 Cost. riguardo al principio di ragionevolezza).

⁵⁴ Si vedano le [sent. nn. 324/2006, 306/2008, 11/2009, 329/2011, 40/2013, 22/2015](#).

⁵⁵ [Corte cost., sent. n. 432/2005](#).

⁵⁶ Cfr. M. VRENNA, *Le regioni di fronte all'immigrazione: linee di tendenza degli ultimi anni*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA, *La governance dell'immigrazione*, cit., 416-417.

ricostruzione delle competenze in materia operata dalla Corte costituzionale, la variabile che ha contribuito maggiormente a complicare il quadro è stata (ed è) la qualificazione delle disposizioni del TUI nei termini di “principi fondamentali” ai sensi del vecchio art. 117 Cost. Ciò ha fatto sì che, complice il Giudice della Consulta, si sia venuta a creare una zona grigia di interventi lasciata alla volontà politica delle regioni. Dunque, una chiave di lettura plausibile (ma non certo sufficiente) delle linee di scorrimento di tale conflittualità ha necessariamente a che fare con l’assonanza o la dissonanza fra gli indirizzi e le politiche nazionali e quelli regionali sul delicatissimo tema delle migrazioni e dei migranti. Talvolta vi è stata sintonia tra i principi ispiratori delle normative statali e quelle di alcune regioni ma non altre; talaltra vi è stato uno sfasamento temporale tra i principi ispiratori delle normative statali e di quelle regionali⁵⁷.

Pur all’interno di un *trend* comune che progressivamente ha teso ad assottigliare per qualità e quantità i diritti dei migranti, quale che siano le ragioni alla base del loro migrare, certamente le forze di centro-destra quando sono state al Governo hanno impresso a tale processo di destrutturazione una notevole accelerazione⁵⁸. Le Regioni, dal canto loro, hanno dovuto inserire nelle rispettive agende politiche la materia immigrazione talora rimarcando una specificità politica che le contraddistinguesse in senso più garantista rispetto alle più restrittive politiche statali, talaltra ricongiungendosi idealmente alla filosofia di governi non più in carica e talaltra ancora mantenendo un profilo basso quanto a produzione normativa⁵⁹. Proprio con riguardo a quest’ultimo aspetto, è stato giustamente notato come le scelte legislative di regioni come Lombardia e Veneto, governate da forze politiche di centro-destra quando non leghiste, siano andate nella direzione di congelare le risalenti normative di settore per non intervenire in una maniera «non affrancabile da posizioni troppo radicali, assai sbandierate, ma, di fatto, sconvenienti da tradurre in atti normativi primari»⁶⁰. Infine, come si fa notare, «politiche dichiarate di esclusione si sovrappongono a politiche praticate di maggior inclusione, registrando anche convergenze nel segno del pragmatismo tra legislazioni di regioni politicamente diverse»⁶¹. Provando a trarre una qualche prima conclusione quanto alla produzione

⁵⁷ Esemplare al proposito è la vicenda della Regione Friuli Venezia Giulia che fu tra le prime ad approvare, dopo l’adozione del TUI, una legge in materia di immigrazione (l. r. n. 5 del 2005) di ampio respiro per poi abrogarla interamente tre anni più tardi. Ai sensi di tale normativa, i destinatari delle disposizioni in essa contenute erano i cittadini extra-europei, gli apolidi, i richiedenti asilo e i rifugiati presenti sul territorio regionale, senza alcuna specificazione in ordine alla durata della permanenza sullo stesso. L’art. 9 della l. r. 14 agosto 2008, n. 9 ha disposto l’integrale abrogazione della legge del 2005 mentre la successiva l. r. n. 18 del 2009 (recante “Norme per la valorizzazione della residenza e dell’attività lavorativa in Italia e in regione nell’accesso ai servizi dello Stato sociale”) muoveva dalla *ratio* di privilegiare i cittadini con forti legami con il territorio (lungo residenti o che vi lavorassero da almeno 15 anni). Cfr. A. DI CARLO, *Le politiche di accoglienza e integrazione sociale degli immigrati nelle regioni a statuto speciali. Stato dell’arte e prospettive di intervento*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNNA, *La governance dell’immigrazione*, cit., 612 ss.

⁵⁸ Tali normative statali sono state definite “manifesto” da G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del «pacchetto sicurezza». Osservazioni a margine delle sentt. nn. 269 e 299 del 2010 in Giur. Cost.*, 5/2010, 3901.

⁵⁹ Come si è efficacemente fatto notare, le politiche regionali in materia di immigrazione sono divenute «terreno di scontro politico tra regioni e governo ... come se la politica per l’immigrazione costituisse un terreno di riconoscimento e consenso politico e di appartenenza ideologico culturale», così P. CARROZZA, *Diritti degli stranieri*, cit., 99.

⁶⁰ A. GENTILINI, *Tendenze della legislazione regionale, statutaria e ordinaria, in tema di migranti* in L. RONCHETTI (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Giuffrè, Milano, 2012, 107. Ciò, ovviamente, non ha significato un ammorbidimento dell’attitudine leghista a praticare forme di discriminazione istituzionale al fine, si presuppone, di coltivare il consenso del proprio elettorato tradizionale e non. Sulla strategia leghista del “razzismo istituzionale”, si rinvia a N. FIORITA, D. LOPRIENO, *Islam e costituzionalismo*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, aprile 2017. Sul razzismo istituzionale si leggano le chiare parole di L. FERRAJOLI, *Manifesto per l’uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018, 203, per il quale le leggi in materia di immigrazione «si basano su una discriminazione per ragioni di identità: sull’esclusione dei migranti come persone di per sé ontologicamente illegali, fuori legge, non persone, a causa, precisamente, delle loro differenze per nascita. E valgono perciò a confortare, ad assecondare e a fomentare, per l’interazione che sempre sussiste tra diritto e senso comune, gli umori xenofobi e il razzismo endemico» presenti nel nostro, come degli altri paesi europei, elettorato.

⁶¹ Così C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l’integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, 1, 2018, 7. E similmente M. AMBROSINI, *Le politiche locali di esclusione: discriminazione istituzionale e*

normativa regionale in materia di *immigrant policy*, non paiono potersi scorgere – a questo livello – delle significative differenze tra le regioni del Mezzogiorno e le altre. La linea di demarcazione, piuttosto, pare doversi tracciare lungo un crinale più prettamente politico-ideologico.

Qualche indizio più interessante potrebbe nascondersi, invece, nella disciplina statutaria.

Se si guarda, infatti, ai riferimenti contenuti nelle fonti statutarie regionali, di tutte le regioni ordinarie che hanno riscritto i propri Statuti, dopo le riforme costituzionali del 1999 e del 2001, solo il Veneto ne ha approvato uno che non contiene parole come “migranti”, “immigrati”, “stranieri”, mentre fa abbondante uso di locuzioni come “popolo veneto”, “civiltà veneta”, “comunità veneta”. Chi ha, nell’analizzare le tendenze della normativa regionale in materia di immigrati, ordinato gli Statuti lungo una scala di intensità a seconda del modo con cui tale materia viene trattata non ha potuto fare a meno di collocare il Veneto sull’ultimo gradino di tale scala⁶². In posizione medio-alta si collocano, invece, quasi tutte le Regioni del Mezzogiorno i cui statuti, fatta eccezione per la Basilicata⁶³, sono tendenzialmente prodighi di riferimenti anche ai doveri di solidarietà verso gli immigrati⁶⁴.

L’art. 3, c. 1, dello statuto pugliese afferma che la regione «riconosce nella pace, nella solidarietà e nell’accoglienza, nello sviluppo umano e nella tutela delle differenze, anche di genere, altrettanti diritti fondamentali dei popoli e della persona, con particolare riferimento ai soggetti più deboli, agli immigrati e ai diversamente abili». All’art. 50, c. 2, lett. a) si prevede, poi, che l’Ufficio della difesa civica interviene anche nella tutela dei «diritti umani e delle libertà fondamentali degli immigrati»⁶⁵.

Gli statuti regionali calabrese e campano, dal canto loro, quando parlano di immigrati lo fanno senza aggiungere alcun requisito per poter godere delle prestazioni sociali (come la residenza nel territorio o la regolarità del soggiorno) ed «esplicitano altre possibili declinazioni di quello stesso status»⁶⁶.

Per quanto riguarda lo statuto campano, esso indica linee guida alquanto nette in materia di immigrazione già all’art. 8, c. 1, lett. c), ove si legge che la Regione promuove ogni iniziativa utile per favorire «la realizzazione di un elevato livello delle prestazioni concernenti i diritti sociali nonché il godimento dei diritti politici e sociali degli immigrati, degli stranieri profughi rifugiati e degli apolidi, ivi compreso il diritto di voto, per quanto compatibile con la Costituzione». All’art. 18, c. 1, lett. c), si prevede, unico nel panorama della legislazione statutaria regionale, la «consulta degli immigrati, per favorire la loro integrazione nella comunità campana» (poi istituita e disciplinata con la l. r. n. 6 del 2010).

Tra i vari obiettivi che, secondo lo Statuto calabrese, la Regione dovrebbe perseguire sta anche «il pieno rispetto dei diritti naturali ed inviolabili della persona, promuovendo l’effettivo riconoscimento

risposte della società civile, in M. Grasso (a cura di), *Razzismi, discriminazioni e confinamenti*, Roma, Ediesse, 2013, 225.

⁶² Cfr. A. Gentilini, *Tendenze della legislazione*, cit., 55-110.

⁶³ Lo statuto lucano, l’ultimo ad essere approvato in ordine di tempo (soltanto nel 2016) si limita all’art. 5, c. 3, lett. h a prevedere che la Regione riconosce e promuove i diritti dei detenuti, degli immigrati, degli apolidi, dei profughi e dei rifugiati anche per favorirne l’effettiva integrazione. Sorprende, in particolare, l’accostamento tra i diritti dei detenuti e la popolazione, a vario titolo, immigrata. Si aggiunge poi uno striminzito art. 11 (Diritti degli emigranti e degli immigrati) che, al secondo comma, dispone che la Regione concorre, nell’ambito degli impegni di politica economica e sociale, alla soluzione dei problemi inerenti all’emigrazione e all’immigrazione. Anche nello statuto molisano del 2014, l’unico rimando ai migranti si rinviene all’art. 5, lett. e) ove si afferma che la Regione «assicura la tutela della salute e la promozione di un adeguato sistema di protezione sociale, con particolare riguardo [...] al riconoscimento del valore umano, sociale e culturale dell’immigrazione e al pieno inserimento nella comunità regionale dei migranti».

⁶⁴ Di «accoglienza solidale delle persone immigrate, secondo i principi del pluralismo delle culture, del reciproco rispetto e dell’integrazione sociale» parla anche lo Statuto della Regione Toscana.

⁶⁵ Prendendo sul serio quanto previsto dal proprio Statuto, il legislatore pugliese nella l. r. n. 32 del 2009 includeva tra le finalità della propria azione quella di «garantire la tutela legale, in particolare l’effettività del diritto di difesa, degli immigrati presenti a qualunque titolo sul territorio della Regione». Con la già citata [sent. n. 299 del 2010](#), la Corte costituzionale ne ha però dichiarato l’illegittimità costituzionale in quanto sconfinante nella materia dell’ordinamento civile e penale, di esclusiva spettanza statale.

⁶⁶ Cfr. A. GENTILINI, *Tendenze della legislazione regionale*, cit., 72. Disposizioni simili si rinvengono anche negli statuti della Emilia-Romagna (art. 2, c. 1, lett. f) e del Piemonte (art. 11, c. 1).

dei diritti sociali ed economici per gli immigrati, i profughi, i rifugiati e gli apolidi, al fine di assicurare loro il pieno inserimento nella comunità regionale» (art. 2, c. 2, lett. h).

Si è certamente ben consapevoli che le previsioni statutarie cui si è fatto cenno, al fine di indagare una qualche possibile specificità delle regioni meridionali rispetto alla posizione da riconoscere agli immigrati, appartengono al c.d. contenuto ulteriore degli statuti ordinari cui la Corte costituzionale ha negato, con assai noto orientamento⁶⁷, efficacia giuridica, tributando loro una natura culturale o politica che le rende, peraltro, non assimilabili alle disposizioni programmatiche contenute nella Costituzione. Non è qui il caso di richiamare la ricchezza delle posizioni che la dottrina ha mostrato su tale orientamento della Corte costituzionale e/o sulla presunta sempiterna inefficacia giuridica di ognuna delle proclamazioni o statuizioni di principio contenute negli Statuti⁶⁸. Nei casi campano, pugliese e calabrese, il legislatore regionale ha fatto conseguire precise scelte legislative da quelli che la Corte aveva definito proclami «espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità»⁶⁹. La «giuridicità intrinseca delle disposizioni statutarie di principio»⁷⁰ ha, in altri termini, positivamente condizionato alcune Regioni del Mezzogiorno la cui produzione legislativa in materia, come abbiamo visto *supra*, non è peraltro sfuggita alla ‘rabbia selettiva centralizzatrice’ del Governo.

In realtà, è bene ricordarlo, le regioni italiane hanno dovuto adottare disposizioni normative in materia di immigrazione non solo perché la riforma del Titolo V ha modificato, ampliandolo, il novero delle loro competenze. Ad un certo punto, si è reso necessario governare gli effetti sociali dei fenomeni migratori stessi in quanto sempre più rilevanti per quantità e qualità. In altri termini, tanto il legislatore statale quanto quelli regionali si sono dovuti misurare con un fenomeno che pur ostinatamente pensato in termini emergenziali è divenuto un fattore strutturale e “ordinario” che, però ha impattato in maniera diversa sui diversi territori e a cui i diversi territori hanno dato risposte differenti. Calabria e Puglia, e ovviamente Sicilia, sono terre di frontiera e di sbarchi non da pochi anni e, probabilmente, ciò ha fatto sì che le pertinenti normative abbiano talora un “afflato” solidaristico e una tensione ideale che le rende non immediatamente e/o facilmente attuabili, ma non per questo meno degne di considerazione.

In Campania la normativa cardine in materia di immigrazione è la legge n. 6 del 2010, recante norme per l’inclusione sociale, economica e culturale delle persone straniere presenti in Campania. Per molti aspetti, la legge campana presenta importanti tratti in comune con quella adottata, solo un anno prima, dalla Regione Puglia dal titolo “Norme per l’accoglienza, la convivenza civile e l’integrazione degli immigrati in Puglia” (l. n. 32 del 2009)⁷¹. Può anzitutto osservarsi come in entrambi i casi le leggi si aprano con asserzioni di ampio respiro quasi fossero uno svolgimento delle disposizioni di principio contenute nei rispettivi statuti.

Quanto ai destinatari degli interventi, sia per la legge campana che per quella pugliese, è sufficiente, come già ricordato sopra, la mera presenza sul territorio regionale (art. 2, c. 1, l. r. Puglia

⁶⁷ Si tratta delle assai note [sent. nn. 372, 378 e 379 del 2004](#).

⁶⁸ Tra le molte posizioni critiche, cfr. F. PIZZETTI, *Il gioco non valeva la candela: il prezzo pagato è troppo alto*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2005. Si vedano poi A. RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), dicembre 2004; A. ANZON, *L’“inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, in [Costituzionalismo.it](#), gennaio 2015; R. DICKMANN, *Le sentenze della Corte sull’inefficacia giuridica delle disposizioni “programmatiche” degli Statuti ordinari*, in [Federalismi.it](#), 3, 2005. Si veda anche U. ADAMO, *La questione dei principi e dei diritti negli statuti delle regioni e delle comunità autonome*, Giuffrè, Milano, 2015.

⁶⁹ Corte cost., [sent. n. 379 del 2004](#).

⁷⁰ Così M. CAMMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, in *Le Regioni*, 2, 2005, 22.

⁷¹ È interessante ricordare come la proposta di legge pugliese sia nata su proposta di un gruppo di lavoro formatosi in occasione dell’evento “Puglia aperta, stati generali dell’immigrazione in Puglia”, tenutosi nel capoluogo di Regione nel febbraio del 2016 e che aveva visto una importante partecipazione delle realtà del terzo settore. È questa una delle ragioni per cui tale normativa enfatizza da una parte il momento della partecipazione in fase di elaborazione delle politiche di integrazione e dall’altra descrive azioni e obiettivi già in parte sperimentati e raggiunti. Cfr. V. BISIGNANO, *L’integrazione dei cittadini stranieri*, cit., 519-520.

n. 32/2009 e art. 2, l. r. Campania, n. 6/2010)⁷², mostrando così di aderire all'ipotesi di lavoro secondo cui solo il pieno accesso ai servizi e alla partecipazione piena alla vita dei territori in cui si vive possano innescare realistici percorsi di integrazione. Una importanza centrale viene riconosciuta all'attività di programmazione degli interventi che si concretizza, nel caso campano, con l'emanazione di un programma regionale triennale che dovrebbe rappresentare «il riferimento strategico per la definizione delle finalità che si intendono perseguire» (art. 7, l. r. Campania, n. 6/2010). Anche nel caso pugliese, la redazione di un piano triennale assurge a fulcro della programmazione delle politiche e degli interventi. Per quanto concerne l'accesso alle prestazioni socio-sanitarie, l'art. 18 della legge campana (similmente a quella pugliese) dispone che siano garantiti «alle persone straniere presenti sul territorio regionale i servizi sanitari previsti dalla normativa e dai piani regionali in condizioni di parità di trattamento rispetto alle cittadine ed ai cittadini italiani, in attuazione degli articoli 34 e 35 del d. lgs. n. 286/1998».

Ampie, quanto a respiro e contenuto, sono le norme riguardanti le politiche abitative. L'art. 17 della legge campana, dopo aver richiamato l'art. 40 del TUI, dispone che la Regione conceda contributi a tutti i soggetti che istituiscano e gestiscano centri di accoglienza e stabilendo che gli stessi centri svolgano «attività di accoglienza temporanea nei confronti di tutte le persone straniere presenti sul territorio e sprovviste di un'autonoma sistemazione alloggiativa», a titolo gratuito. L'accoglienza abitativa è al centro anche della normativa e della programmazione della Regione Puglia e si inserisce, peraltro, in un più ampio contesto normativo che comprende le normative sui servizi sociali, lo sfruttamento lavorativo⁷³ e la relativa sperimentazione di politiche per la regolarizzazione del lavoro sommerso⁷⁴. L'ingombrante presenza sul territorio pugliese di quattro strutture per migranti (due Centri di accoglienza per richiedenti asilo e Centri di accoglienza, una struttura per la detenzione amministrativa dei migranti⁷⁵ cui è da aggiungere anche un Centro di primissima accoglienza) dà la misura dell'importanza che per tale Regione hanno le politiche in materia di prima accoglienza e di controllo delle condizioni di vita all'interno dei luoghi di detenzione degli stranieri⁷⁶.

Vi è che la Puglia, al pari della Calabria e della Sicilia e in misura diversa per la Campania, si mostra soprattutto nella sua veste di Regione cui si demanda il compito di gestire tutte le fasi della accoglienza per le migrazioni non volute e non programmate e cioè quelle forzate e che viaggiano su binari e diversi rispetto alle c.d. migrazioni economiche. In questi stessi territori, però, i fattori socio-economici hanno la meglio sulle normative e sulle politiche di *favor* verso i migranti e tendono o a «espellere» i migranti verso altri territori o a farli restare ma in condizioni sociali e lavorative assai precarie⁷⁷.

⁷² Il modello di riferimento pare essere qui la legge regionale ligure n. 7 del 2007.

⁷³ L. r. Puglia, n. 19 del 2006, recante disciplina del sistema integrato dei servizi sociali per la dignità e il benessere delle donne e degli uomini di Puglia» e l. r. n. 28 del 2006, Disciplina in materia di contrasto al lavoro non regolare.

⁷⁴ Sulla tratta delle braccia, del sistema del caporalato e dello sfruttamento criminale dei lavoratori immigrati stagionali e non, si rimanda al lavoro del compianto A. LEOGRANDE, *Uomini e caporali. Viaggi tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*, Milano, Mondadori, 2008.

⁷⁵ Sia consentito il rinvio a D. LOPRIENO, *“Trattenere e punire”. La detenzione amministrativa dello straniero*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2018.

⁷⁶ Si veda al proposito Trib. di Bari, sezione I civile, 31 luglio – 10 agosto 2017, giud. Potito. Nella sentenza si legge che la presenza del CIE a Bari reca un danno di immagine alla comunità intera, da sempre dimostratasi aperta all'ospitalità, «in conseguenza dei trattamenti inumani e degradanti praticati in danno dei detenuti» e non risulta di certo «idoneo all'assistenza dello straniero e alla piena tutela della sua dignità in quanto essere umano». L'amministrazione statale, nelle parole del giudice di Bari, è rimasta inerte dinanzi alle «numerose segnalazioni circa le condizioni in cui versavano gli immigrati del CIE, nonché dinanzi a richieste di verifica delle condizioni igienico-sanitarie del centro». Interessante il passaggio in cui si segnala che «il regime di trattamento previsto per i CIE sarebbe stato addirittura meno garantistico per la libertà personale di quello previsto in un normale carcere». La sentenza si può leggere in *penalecontemporaneo.it*, con nota di A. GILIBERTO, *La violazione dei diritti umani degli stranieri trattenuti in un C.I.E. (oggi C.P.R.) danneggia l'immagine della Comunità territoriale dove la violazione è avvenuta*.

⁷⁷ La distribuzione degli stranieri sul territorio italiano è, da questo punto di vista, un chiarissimo indicatore: al 31 dicembre 2016, l'83,5 % degli stranieri si concentra nelle regioni del Centro-Nord e al Nord-Ovest spetta la percentuale maggiore. La regione che conta il maggior numero di presenze è la Lombardia (circa il 22,9% del totale), seguita da Lazio, Emilia-Romagna, Veneto e Piemonte (*Dossier statistico immigrazione*, cit., 100).

Nella più problematica tra le regioni italiane, la Calabria⁷⁸, è stata approvata, nel 2009, una legge in materia di immigrazione “diversa” rispetto alle altre normative regionali. Diversa anzitutto quanto a destinatari non presentandosi come una legge di settore sull’immigrazione⁷⁹, ma indirizzandosi contestualmente ai richiedenti asilo e ai rifugiati e alle comunità locali calabresi; inoltre, essa mira alla realizzazione di un progetto assai ambizioso: tessere una trama tra l’accoglienza per chi è dovuto scappare dalla propria terra e la resilienza di chi, in Calabria, è restato al fine di attivare percorsi di sviluppo sociale, economico e culturale. In breve, la sfida è quella di coniugare le migrazioni forzate e lo sviluppo regionale in una prospettiva di solidarietà e sostenibilità e invertire il luogo comune che vede nella presenza dei rifugiati un onere, un problema di sostenibilità economica e sociale invece che una risorsa. La solidarietà, quale elemento imprescindibile per l’accoglienza dei migranti forzati, viene, dunque intesa come «riferimento fondativo del nuovo concetto di cittadinanza, intesa come l’insieme dei diritti che accompagnano la persona quale che sia il luogo dove essa si trova e il cui riconoscimento è funzione appunto di una logica solidale, che generalizza l’inclusione dell’altro rafforzando lo stesso riferimento al principio di eguaglianza»⁸⁰.

In sintonia e attuazione di quanto previsto dall’art. 2 dello Statuto, la l. r. calabrese n. 18 del 2009, si propone di concorrere all’attuazione del diritto di asilo di cui all’art. 10 Cost. nella pluralità delle fattispecie di protezione internazionale in cui esso oggi si inverte (rifugio, protezione sussidiaria e protezione umanitaria)⁸¹.

L’accoglienza dei richiedenti (una qualche forma di) protezione internazionale e di quelli che tra di loro riescono poi ad ottenerla si declina nella legge regionale calabrese sotto forma di “inserimento socio-lavorativo” attraverso la previsione di diversi strumenti. Nella trama legislativa si usa anche la parola “interazione” (art. 2, c. 6) che sembra voler rifuggire da tentazioni assimilazioniste o anche di mera tolleranza della presenza dei migranti sul territorio regionale. Anche la scelta della parola “inserimento” è densa di significato perché richiama il tentativo di colmare e riempire luoghi lasciati vuoti da altre migrazioni. A tale scopo, la Giunta regionale approva ogni tre anni un Piano Regionale che tiene conto dell’evoluzione normativa in materia di asilo, rifugio e protezione sussidiaria e umanitaria, sia nazionale che sovranazionale e internazionale, nonché della reale situazione del fenomeno migratorio (art. 2)⁸².

Il secondo obiettivo che tale normativa si pone, legato a filo doppio a quello della accoglienza, è lo sviluppo delle Comunità locali. A norma del suo art. 4, n. 1, la Regione attraverso lo strumento

⁷⁸ Sulla eccezionalità della situazione calabrese, cfr. A. RAUTI, A. SPADARO, *Senso dello Stato, familismo amorale e 'ndrangheta: il problema dell'inquinamento criminale della partecipazione politica in Calabria*, in Federalismi.it, gennaio 2011.

⁷⁹ La mancanza in Calabria di una legge specifica dedicata all’immigrazione ove siano individuate le modalità di integrazione, le forme di intervento socio-assistenziali, le competenze istituzionali e gestionali dei diversi livelli è certamente criticabile. Le disposizioni applicabili agli stranieri devono così essere rintracciate nella pregressa normativa e in specie nella l. r. 32/1996 per quanto riguarda l’edilizia residenziale pubblica e nella l. r. n. 23/2003 quanto all’accesso ai servizi socio-assistenziali.

⁸⁰ In tale senso, S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, 33.

⁸¹ Sulla legge regionale calabrese n. 18/2009, cfr. M. RICCA, *Riace, il futuro è presente, Naturalizzare il “globale” tra immigrazione e sviluppo interculturale*, Edizioni Dedalo, Bari, 2010; S. POLIMENI *Un imprevedibile circuito virtuoso: disciplina sull’immigration regime ed esigenze di “sviluppo locale”*. (Notarella a margine della L. reg. calabrese n. 18/2009), in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 379-411. Più in generale, e da un punto di vista sociologico, si veda il recente contributo di A. ELIA, E. JOVELIN, *Rifugiati e welfare nei piccoli Comuni del Mezzogiorno*, in *Politiche sociali*, n. 2, 2017, 283-298.

⁸² Nel 2012 è stato approvato il Primo Piano Triennale dedicato ai richiedenti asilo ove si stanziavano quote consistenti dei PISU (Programmi Integrati di Sviluppo Urbano della Programmazione UE 2007-2013) per risolvere le emergenze abitative delle aree delle piane agricole (Rosarno, in primis) caratterizzate da fenomeni di concentrazione dei migranti con condizioni alloggiative insopportabilmente ai limiti della sopravvivenza. Ad oggi, tuttavia, tale situazione permane quasi sostanzialmente inalterata. Per una analisi degli strumenti finanziari e della progettualità regionale calabrese per l’inclusione sociale, cfr. A. SARLO, M. IMPERIO, F. MARTINELLI, *Immigrazione e politiche di inclusione in Calabria*, Rapporto di Ricerca realizzato nell’ambito del progetto PRIN “Piccoli comuni e coesione sociale: politiche e pratiche urbane per l’inclusione sociale e spaziale degli immigrati”, Cattedra Unesco SSIIM, Venezia, 2014, 50 e ss.

della programmazione triennale «sostiene con priorità interventi, di durata anche pluriennale, in favore di comunità interessate da un crescente spopolamento, o che presentano situazioni di particolare sofferenza socio-economica, che intendano intraprendere percorsi di riqualificazione e di rilancio socio-economico e culturale collegati all'accoglienza dei richiedenti asilo, dei rifugiati, e dei titolari di misure di protezione sussidiaria e umanitaria». Tali interventi, di cui sono titolari i Comuni (singoli o associati), le province e le comunità montane, devono essere congrui e socialmente sostenibili, rispetto alle «potenzialità, culturali ed economiche del territorio in cui si inseriscono» (art. 4, n. 4).

Tra le attività realizzabili tramite i finanziamenti concessi dalla Regione spiccano, oltre ai programmi di accoglienza, all'orientamento legale e sociale, all'inserimento lavorativo, alla prosecuzione degli studi, «la ristrutturazione, riqualificazione ed adeguamento, nonché affitto, arredamento e manutenzione delle strutture abitative destinate all'ospitalità» e la «riqualificazione, l'adeguamento e l'allestimento di strutture destinate a fungere da centri di aggregazione sociale e culturale per gli stranieri accolti e per la comunità locale»⁸³ [art. 4, n. 5, lett. e) e f)]. Dunque, innovative modalità di *housing* sociale oltre a strutture per servizi – i centri aggregativi – da pensare come dedicate tanto ai rifugiati quanto alle collettività locali. A cautelare la Regione da possibili derive speculative sta il vincolo di destinazione d'uso per gli edifici recuperati per un periodo decennale. La priorità deve essere data a quei progetti che valorizzino le produzioni artigianali, le competenze e le tradizioni locali, che prevedano forme di commercio equo e solidale e di turismo responsabile; alla promozione di eventi culturali volti a sensibilizzare l'opinione pubblica sulla cultura dell'accoglienza allo scopo di prevenire intolleranza e razzismo; a programmi di formazione rivolti alla pubblica amministrazione.

La legge calabrese n. 18 non è stato frutto di un legislatore particolarmente fantasioso, ma l'istituzionalizzazione di esperienze di accoglienza locale spontaneamente sviluppatasi in alcuni paesi della Locride⁸⁴. Le perplessità maggiori attengono più che altro all'attuazione degli obiettivi e alla esiguità degli stanziamenti finanziari che sono poca cosa; e, tuttavia, «quel poco è già tanto in un paese-nazione che impone agli immigrati una tassa correlata alla richiesta del permesso di soggiorno. Il metterci qualche euro da parte della Regione Calabria può essere preso se non altro come una dichiarazione di intenti operata con il coraggio di andare controcorrente rispetto al trend nazionale»⁸⁵.

Da ultimo, anche la Regione Basilicata si è dotata di una normativa assai interessante nella misura in cui cerca di tenere insieme accoglienza, tutela e integrazione dei cittadini stranieri migranti e dei rifugiati. Si tratta della l. r. n. 13 del 2016 che, a fronte di una estrema laconicità dello Statuto lucano a proposito di migranti e immigrazione, ha finalità di ampio respiro laddove, ad esempio, nei proclami iniziali prefigura politiche regionali miranti a garantire pari opportunità di accesso a tutta una serie di servizi (socio-assistenziali, socio-sanitari, conciliatici e di istruzione) e a favorire il «reciproco riconoscimento e la valorizzazione delle diverse identità culturali, religiose e linguistiche (art. 1, c. 3). Destinatari della legge, conformemente alla scelta “restrittiva” operata a livello statutario, restano i «dimoranti o presenti sul territorio regionale ed in regola con le disposizioni sull'ingresso ed il soggiorno nel territorio nazionale» [art. 2, c. 1, lett. a)] nonché i richiedenti e i titolari di forme di

⁸³ In Calabria, come anche in Puglia, Sicilia e Campania, le condizioni abitative degli immigrati, soprattutto degli stagionali impiegati nel comparto agricolo, sono state assimilate a vera e propria “segregazione abitativa”, autentici ghetti per spiegare la natura dei quali viene usato il concetto di “seclusione”, ossia «di una sistemazione spaziale che rafforza la sovrapposizione di lavoro, tempo libero, riposo e più in generale la riproduzione della vita quotidiana di un individuo o di un gruppo di individui, in un unico luogo», cfr. F. GAMBINO, *Migranti nella tempesta: avvistamenti per l'inizio del nuovo millennio*, Ombre corte, Verona, 2003, 104. La drammaticità della situazione della cartiera di Rosarno è la stessa che si può osservare nell'area di Cassibile (Siracusa), della Capitanata (Foggia), di Nardò (Lecce), dell'Agro Aversano (Caserta), della Piana del Sele (Salerno) solo per citarne alcune. Si veda, al proposito, *Terraingiusta. Rapporto sulle condizioni di vita e di lavoro dei braccianti stranieri in agricoltura*, in *MEDU*, aprile 2014.

⁸⁴ Si veda A. SARLO, *Riace e la Dorsale della solidarietà: la Calabria che sorprende*, in *Welfare oggi*, 1, 2015, 36-42 e della stessa *L'immigrazione nella Calabria dall'economia fragile*, in M. BALBO (a cura di), *Migrazioni e piccoli comuni*, Franco Angeli, Milano, 2015.

⁸⁵ Cfr. M. RICCA, *Riace, il presente è, cit.*, 81 (c.vo dell'A.).

protezione internazionale e nazionale. Tra gli obiettivi, invece, pare doversi sottolineare soprattutto la promozione, da parte della Regione, e in raccordo con gli Enti pubblici e le ONG presenti sul territorio, della realizzazione del “Sistema Integrato Regionale Migranti” per l’inclusione dei rifugiati e dei cittadini stranieri e finalizzato al perseguimento, *inter alia*, di considerare *mainstream* i fenomeni migratori e cioè come componenti strutturali e ordinarie del contesto economico sociale della regione e collocandoli, pertanto, nell’ambito di programmazioni adeguate e definite. Nel Piano regionale per l’immigrazione, di valenza biennale, dovranno essere definite le metodologie per far fronte a flussi straordinari attraverso interventi straordinari per la prima accoglienza (art. 4, c. 4).

Tra gli interventi da privilegiare per l’erogazione dei finanziamenti rilevano la gestione dell’accoglienza e dell’orientamento legale e sociale degli stranieri migranti e dei rifugiati presso le comunità locali «sulla base degli standard qualitativi previsti dal Sistema di protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati» [art. 6, c. 1, lett. b)], il sostegno alla creazione di nuove attività economiche imprenditoriali con lo strumento del microcredito per i destinatari della legge nonché la gestione della assistenza per i soggetti migranti vulnerabili. L’ascendente della legge regionale calabrese n. 18 del 2009 si fa più palese laddove si prescrive che la priorità finanziaria sarà accordata ad interventi che considerino l’accoglienza di stranieri migranti e rifugiati «come parte integrante di programmi di sviluppo e di valorizzazione delle vocazioni agricole, industriali, turistiche e artigianale delle comunità locali, anche con riferimento a progetti di economia solidale, cooperativa e di inclusione occupazionale per giovani e donne» (art. 6, c. 3)⁸⁶.

3. Logiche bottom up e top-down nei metodi di accoglienza dei rifugiati e dei richiedenti protezione internazionale

Si è ricordato come la l. r. Calabria n. 18 del 2009 abbia istituzionalizzato alcune esperienze virtuose di accoglienza a livello locale che, spontaneamente, si erano sviluppate lungo la c.d. “dorsale dell’ospitalità”, un’area della Locride, e in specie a partire da Badolato (nel dicembre 1997) e da Riace (nel 1998), dopo l’arrivo di circa 300 profughi curdi. La legge, al di là di ogni possibile e plausibile remora quanto alla possibilità di realizzazione degli obiettivi in essa previsti, è parsa sin da subito assai innovativa in quanto ha cercato di trasporre sul piano della prescrivibilità giuridica una sperimentazione di *governance* etica sviluppatasi in contesti assolutamente periferici (al limite dello spopolamento) con l’obiettivo di metterla a sistema sull’intero territorio regionale. Queste esperienze “dal basso”, come altre simili in altri contesti territoriali, hanno giocato un ruolo rilevante nel tortuoso (e affatto concluso) processo di costruzione del sistema di accoglienza e integrazione italiano la cui particolarità è appunto da attribuire, in generale, «ad una rete composita di attori sociali e istituzionali che sperimenta localmente delle pratiche di accompagnamento al welfare nella cosiddetta accoglienza integrata»⁸⁷ e, nello specifico, di alcune aree del Mezzogiorno, anche alla possibilità di innescare processi virtuosi di sviluppo sostenibili.

A ripercorrere le tappe più rilevanti del processo di istituzionalizzazione delle pratiche di accoglienza⁸⁸ diffusa e integrata lungo la dorsale della solidarietà della Locride (e, ripetiamo, qui in maniera più intensa che altrove), ci si imbatte in dinamiche di senso opposto assai rilevanti. Per far fronte alle esigenze di prima accoglienza e soccorso di profughi a seguito della crisi albanese del 1991 o comunque provenienti dall’area balcanica, era stato adottato il d.l. 541/1995, conv. in l. n. 563/95, meglio noto come Legge Puglia. La normativa, cui si ricorre ancora oggi per tentare di dare

⁸⁶ L’articolato della legge lucana in commento prevede poi l’istituzione della Consulta regionale per i cittadini stranieri migranti e rifugiati particolarmente rappresentativa, il registro delle associazioni e degli enti per i fenomeni migratori e il registro regionale dei mediatori culturali.

⁸⁷ Così A. ELIA, E. JOVELIN, *Rifugiati e welfare*, cit., 6.

⁸⁸ Su cui si veda, N. PETROVIĆ, *Rifugiati, profughi, sfollati. Breve storia del diritto di asilo in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2016, 64 e ss. Si veda, poi, da ultimo F. V. VIRZÌ, *L’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale: un’indagine sulle procedure di gara*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, 2017, 1 e ss.

copertura giuridica a c.d. *hotspot* o “punti di crisi”⁸⁹, istituiva il primo embrione degli attuali centri di accoglienza, decretando per il triennio 1995-97 l’apertura di strutture ricettive lungo la frontiera marittima pugliese.

A partire dalle esperienze di accoglienza maturate a livello locale e dalla necessità delle stesse associazioni del terzo settore di costruire una rete più strutturata di assistenza che coinvolgesse gli enti locali, nell’ottobre del 2000, viene firmato un Protocollo di Intesa tra il Ministero dell’Interno, l’Anci e l’UNHCR per la realizzazione del Piano Nazionale Asilo (PNA diventato operativo nel 2001), ossia il primo sistema pubblico per l’accoglienza di richiedenti e rifugiati diffuso sul tutto il territorio nazionale e coinvolgente istituzioni centrali e locali⁹⁰. Il nuovo sistema avrebbe dovuto fare perno non più sulle associazioni di volontariato ma sui Comuni chiamati a progettare e a gestire progetti locali attraverso il coordinamento degli sforzi di tutti i soggetti coinvolti nell’assistenza e nella integrazione⁹¹.

L’art. 32 della l. n. 189/2002, la legge Bossi-Fini, ha istituzionalizzato la rete integrata di accoglienza diffusa attraverso la costituzione del Sistema di protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati (SPRAR) e l’istituzione di una struttura di coordinamento del sistema⁹², affidandone la gestione all’Anci (che a sua volta si avvale del supporto operativo della fondazione Cittalia). Il legislatore del 2002, però, all’art. 32, c. 1, disciplinava anche i casi di trattenimento, obbligatorio o facoltativo, dei richiedenti asilo da attuare all’interno di apposite strutture, i Centri di identificazione, poi aperti quasi sempre in prossimità degli organismi deputati a esaminare le domande di asilo (le Commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato) e, quindi, quasi esclusivamente tra Puglia, Calabria e Sicilia⁹³.

Nel periodo tra il 2002 e il 2011, l’incremento dei posti e degli accolti nel sistema SPRAR è stato costante pur se molto contenuto (1365 posti nel 2003, 4388 nel 2008 e 3979 nel 2012) e, soprattutto, è stato “affiancato” da altre strutture governative di accoglienza anch’esse diffuse sul territorio nazionale. Si tratta dei Centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA), istituiti con d.p.r. 303/2004 e poi confluiti nel d.lgs. 25/2008 per consentire l’identificazione del richiedente e fornire accoglienza

⁸⁹ Il decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13 (recante “Disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell’Unione europea), conv. con modif. dalla l. n. 46/2017 (cd legge Minniti-Orlando) introduce nel TUI l’art. 10 *ter* il cui primo comma prova a fornire base legale al “sistema basato sui punti di crisi” (*hotspot approach*), pensato dalla Commissione europea già prima della Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico sociale europeo e al Comitato delle regioni in merito alla “Agenda europea sulla migrazione” del 13 maggio 2015 [Bruxelles, 13.5.2015, COM (2015) 240 final]). La finalità del metodo *hotspot* era quella di aiutare gli Stati impegnati in prima linea (Italia e Grecia) per «condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo». Operazioni queste ultime che non sarebbero state più, dunque, appannaggio delle sole autorità nazionali ma frutto della collaborazione con i funzionari delle pertinenti agenzie europee. Ad oggi, i punti di crisi sono quattro: Lampedusa, Pozzallo, Trapani e Porto Empedocle. Si vedano, al proposito, L. MASERA, *I centri di detenzione cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2, 2017; F. CASSIBBA, *Il “trattenimento” del migrante irregolare nei «punti di crisi» ex art. 10-ter d.lgs n. 286 del 1998 nel prisma della Convenzione europea*, in *Questione Giustizia*, 2017; C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d.lgs. 286/98: un’occasione mancata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, 2017, 1 ss.; L. SCOMPARIN, *Domande inevase, occasioni mancate e singolari novità procedurali: Governo e Parlamento alla ricerca dell’efficienza nella gestione dei flussi migratori e dei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Legislazione penale*, luglio 2017, 4.

⁹⁰ A fornire l’occasione era stato, nell’autunno del 2000, l’istituzione da parte del Consiglio dell’Unione europea del Fondo europeo per i rifugiati per sostenere le azioni degli Stati membri in materia di accoglienza, integrazione e rimpatrio assistito di richiedenti asilo e rifugiati. Sul ruolo delle autonomie territoriali in materia di accoglienza dei richiedenti asilo si veda A. ANNONI, *Autonomie e obblighi di accoglienza dei richiedenti asilo*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014. 194 e ss.

⁹¹ Al primo bando ove si invitavano i Comuni a presentare progetti per l’accoglienza ne furono presentati ben 137, di cui 114 giudicati ammissibili e 59 finanziati in base alle risorse disponibili.

⁹² Servizio centrale di informazione, promozione, consulenza, monitoraggio e supporto tecnico agli enti locali.

⁹³ I Centri di identificazione sono stati istituiti a Foggia (Borgo Mezzanone, Crotona (Sant’Anna), Caltanissetta (Pian di Lago), Trapani (Salina Grande) e Gorizia (Gradisca d’Isonzo).

durante la procedura per il riconoscimento dello *status* di protezione internazionale⁹⁴. E si tratta anche dei Centri di Primo soccorso e Accoglienza che stando alla definizione del Ministero dell'Interno sono strutture che «ospitano gli stranieri al momento del loro arrivo in Italia», dove ricevono le prime cure mediche necessarie, vengono foto-segnalati e possono richiedere la protezione internazionale. Solo due delle strutture attive con funzioni di CPSA, tutte “ovviamente” situate nelle regioni meridionali⁹⁵, sono state istituite con decreto ministeriale mentre nulla è dato sapere quanto alla formale istituzione degli altri due.

Il 2011 rappresenta un anno di snodo nella storia dell'accoglienza italiana in quanto a seguito dello scoppio delle Primavere arabe e dell'aumento degli sbarchi⁹⁶, la scelta del Governo non è stata quella di rafforzare immediatamente la rete SPRAR ma di predisporre un costoso e discutibile sistema parallelo organizzato e coordinato dalla Protezione civile, basato non sul meccanismo dell'accoglienza volontaria ma sull'assegnazione a ciascuna regione di un certo numero di migranti (poi collocati con il coinvolgimento delle prefetture in strutture all'uopo individuate). L'approccio emergenziale, adottato per gestire “Emergenza Nord Africa” e formalmente abbandonato nel febbraio del 2013, ha “ipotocato” l'evoluzione del sistema di accoglienza italiano che lentamente era stato avviato nel decennio precedente. È in questa fase che, infatti, in virtù della proclamazione dello stato di emergenza e del ruolo “debordante” assunto dalla Protezione civile, proliferano i centri di grandi dimensioni e l'ingresso nella rete nel ruolo di enti gestori da parte di soggetti privi di esperienza e talora anche di scrupoli⁹⁷.

È da allora che la *maîtrise* del sistema continua ad oscillare tra tentativi di normalizzazione e di riconduzione ad unità della varietà dei centri in cui l'accoglienza si articola e il continuo riemergere, sotto forme e nomi diversi, di ulteriori tipologie di strutture che dovrebbero sostituirsi a quelle preesistenti e che, invece, finiscono soltanto per sovrapporsi alle stesse.

L'idea di perseguire una *governance* di sistema dell'accoglienza attraverso un unico modello riconducibile alla rete SPRAR era alla base dell'Intesa tra Governo, Regione ed enti locali (in sede di Conferenza unificata del 10 luglio 2014) che ha definito il “Piano nazionale per fronteggiare il flusso straordinario di cittadini extracomunitari, adulti, famiglie e minori stranieri non accompagnati”⁹⁸. In tale documento si ribadiva la necessità di operare su due piani contemporaneamente coniugando, da una parte «la necessità di dare risposte immediate alle impellenti esigenze di accoglienza delle persone che arrivano in numeri molto elevati sulle coste meridionali e nei luoghi di frontiera» e, dall'altra, «l'assoluta e indifferibile necessità di impostare subito un “piano strutturato” che permetta di ricondurre a gestione ordinaria e programmabile gli interventi relativi sia agli adulti che ai minori non accompagnati».

La distinzione tra una fase di primo soccorso (da espletare nei CPSA nelle regioni di sbarco), una di prima accoglienza (in centri regionali di ultima generazione), una di seconda accoglienza e integrazione (sistema SPRAR) e la necessità di assicurare il tempestivo passaggio da una fase all'altra indicate nella Intesa hanno poi trovato la loro sistematizzazione nel d. lgs. n. 142 del 2015⁹⁹ (di

⁹⁴ Il centro polivalente di Sant'Anna a Crotone testimonia la varietà delle strutture governative di accoglienza: aperto nel 1999, esso è divenuto il più grande centro di accoglienza in Europa, è stato un Centro di identificazione ed espulsione, è stato ed è un CARA. In realtà, esso è anche uno dei centri più discussi. È del maggio 2017, la notizia dell'arresto di ben 68 persone a vario titolo implicate nella gestione della enorme struttura su cui avrebbe allungato i tentacoli la cosca di 'ndrangheta degli Arena di Isola Capo Rizzuto.

⁹⁵ Agrigento (Lampedusa), Cagliari (Elmas), Lecce (Otranto), Ragusa (Pozzallo).

⁹⁶ Nel 2010 gli sbarchi erano stati 4406 per arrivare a 62.692 nell'anno successivo.

⁹⁷ Sarebbe sufficiente ricordare le vicende della inchiesta giudiziaria nota come “Mafia capitale”.

⁹⁸ Circolare n. 6909 dell'1 agosto 2014.

⁹⁹ È stato notato come la sussidiarietà verticale assuma una portata maggiore nel sistema ordinario dell'accoglienza. La gestione dei centri di prima accoglienza (CPA) è preferenzialmente affidata agli enti locali, laddove il sistema SPRAR, ove si svolge la seconda accoglienza, è costituito, come si è visto, dalla rete degli enti locali, che su base volontaristica aderiscono a un bando ministeriale, e il Servizio Centrale che è una struttura di coordinamento del Ministero dell'Interno affidata, con convenzione, all'ANCI. Nel sistema straordinario, invece, la portata del principio è certamente ridotta in quanto i Centri di accoglienza straordinari (CAS) vengono individuati dalle prefetture, sentito l'ente locale interessato. Cfr. F. V. VIRZÌ, *L'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale: un'indagine sulle procedure di gara*, cit., 2.

ricepimento, peraltro, della Direttiva 2013/33/UE). Quest'ultimo prevede che, alle operazioni di primo soccorso, debba seguire il trasferimento in strutture governative di prima accoglienza denominate *hub* regionali/interregionali o nelle strutture temporanee già esistenti ed operative sul territorio (i CDA, i CPSA e i CARA). Ogni Regione avrebbe dovuto dotarsi di almeno un *hub* con capienza tra i 200 e i 350 posti letto. La loro funzione avrebbe dovuto essere, atteso che ad oggi ne è stato istituito solo uno in Emilia-Romagna, quella di colmare gli spazi vuoti tra il primo e il secondo sistema di accoglienza, creando un collegamento più strutturale anche al fine di evitare dispersioni sul territorio. Detto in altri termini, il loro ruolo dovrebbe essere quello di predisporre una prima forma di accoglienza per gli stranieri già foto-segnalati e sottoposti a *screening* sanitario e che abbiano espresso la volontà di chiedere protezione internazionale. La gestione degli *hub*, a norma dell'art. 9, c. 2 del d.lgs. 142/2015, può essere affidata agli enti locali, anche associati o a enti pubblici o privati «che operano nel settore dell'assistenza ai richiedenti asilo o agli immigrati o nel settore dell'assistenza sociale, secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici»¹⁰⁰.

L'attivazione dei nuovi centri governativi in tutto il territorio avrebbe dovuto rispondere anche all'esigenza di distribuire tra le diverse regioni l'onere della gestione della prima accoglienza, subito dopo le primissime fasi che gioco forza impegnano prevalentemente Sicilia e Calabria. Come si è però anticipato, ad eccezione del caso di Bologna, nessuna di queste strutture è stata attivata e per far fronte alle esigenze della accoglienza si è dovuto far ricorso massiccio, una volta ancora, alle misure straordinarie previste dall'art. 11 del d.lgs. n. 142. Tale ultima disposizione prevede infatti che, ove sia esaurita la disponibilità all'interno dei costituendi *hub* regionali e non ci siano più posti disponibili nei progetti SPRAR, e in caso di arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti, il prefetto possa disporre l'accoglienza in strutture temporanee (i Centri di accoglienza straordinaria), individuate dalle prefetture-uffici territoriali del governo, sentito l'ente locale nel cui territorio la struttura è situata. In casi di estrema urgenza, poi, non si seguono le procedure di affidamento dei contratti pubblici ma si ricorre alle procedure di affidamento diretto (art. 11, c. 2).

Per tentare di addivenire alla risoluzione delle iniquità cagionate dalla persistente varietà dei centri in cui si articola il sistema di accoglienza¹⁰¹ e dall'asimmetria nella distribuzione territoriale degli oneri dell'accoglienza, nell'ottobre del 2016 è stato adottato il Piano nazionale di ripartizione dei richiedenti asilo e rifugiati (Piano di accoglienza diffusa)¹⁰². Esso prevede un sistema di distribuzione dei richiedenti su tutto il territorio nazionale secondo criteri di gradualità, volontarietà, sostenibilità (legata alla quota di ripartizione del fondo per le politiche sociali tra le regioni), proporzionalità demografica. Al fine di incoraggiare anche i comuni 'recalcitranti' a contribuire alla realizzazione del modello unico di accoglienza e, così, ridurre il problematico canale dell'accoglienza straordinaria, è stata prevista una "clausola" di salvaguardia che rende esenti dall'attivazione di Centri di accoglienza straordinari quei comuni che abbiano anche solo manifestato la volontà di aderire alla rete SPRAR.

La succinta ricostruzione del quadro normativo e delle dinamiche del sistema di accoglienza italiano restituisce, al di là di una certa vischiosità, la volontà di ricondurre le forme dell'accoglienza e della integrazione dei migranti forzati ad un modello tendenzialmente virtuoso, quello inerente allo SPRAR, che vede protagonisti gli enti locali e le associazioni del terzo settore, "supportati" a loro volta da normative regionali variamente inclusive. Il punto dirimente è, però, che non si può imporre agli enti locali di diventare protagonisti di un copione di cui non si condividono trama e finalità. Tra le esigenze primarie e gli interessi di molte comunità locali quelle legate alla accoglienza dei migranti forzati paiono assolutamente recessive. Altrimenti detto, la reticenza di una consistente quota degli

¹⁰⁰ Il c. 3, art. 9, del d.lgs 142/2015 prevede, poi, che le strutture sorte in seguito alla c.d. Legge Puglia del 1995 possono essere destinate, con decreto del Ministro dell'Interno, alle funzioni tipiche degli *hub*.

¹⁰¹ Cambiano la natura dell'ente gestore (pubblico o del privato sociale), gli obiettivi di massima (prima e seconda accoglienza, solo accoglienza o accoglienza e inserimento socio-lavorativo), l'approccio (progettuale votato a percorsi di autonomizzazione o meramente assistenzialista o di mero supporto logistico), le caratteristiche strutturali (centri collettivi anche di 200 e più persone o appartamenti singoli o comunque strutture a dimensioni "umane"), per la tipologia dei servizi erogati.

¹⁰² Direttiva del Ministro dell'Interno dell'11 ottobre 2016.

ottomila comuni astrattamente coinvolgibili nella progettazione di una accoglienza empatica e solidale ha probabilmente una matrice politico-ideologica e risponde a logiche elettorali alquanto lontane dall'idea che l'accoglienza possa avere effetti benefici sulle comunità locali.

4. Notazioni conclusive

Nelle dinamiche dei rapporti tra Stato, regioni ed enti locali, come si è visto, un ruolo affatto secondario è stato svolto, nell'ultimo ventennio, dalle normative e dalle politiche migratorie. Con le riflessioni portate avanti in questo lavoro, lungi dal voler offrire una indagine esaustiva delle legislazioni e delle politiche regionali¹⁰³, si è tentato di indagare talune tendenze che paiono differenziare le risposte territoriali ai fenomeni migratori. Si è opportunamente notato come i soli interventi legislativi in materia di immigrazione, nelle sue molteplici caratterizzazioni, non siano di per sé sufficienti a cogliere la complessità del fenomeno: la *policy* regionale per gli immigrati, infatti, «non si esaurisce nella formulazione di nuove o più aggiornate leggi ma al contrario ha una complessa filigrana fatta di programmazione settoriale, programmazione sociale, disciplina delle fonti di finanziamento che provengono dall'Unione europea, adattamento dei servizi pubblici ai cittadini stranieri, così come vanno considerate anche iniziative politiche o normative di mero valore simbolico»¹⁰⁴. Queste ultime, in particolare, hanno rappresentato spesso il pretesto di un ben più complesso scontro giuridico e politico sulla diversa maniera di intendere e gestire la questione migratoria finendo per acquisire una marcatura decisamente ideologica ed elettoralistica mentre altrove, palesando una più matura capacità collaborativa e solidaristica, nel campo della politica dell'integrazione sono state costruite politiche e prassi decisamente innovative. A ciò si deve aggiungere l'apporto dirimente della giurisprudenza costituzionale che, a fronte del contenzioso tra lo Stato e le regioni, ha precisato e definito il riparto delle competenze in una materia, l'immigrazione, ontologicamente segnata dalla trasversalità. Nelle politiche dell'accoglienza, così come più in generale in materia di integrazione dei nuovi arrivati, l'accesso alle prestazioni sociali (messo peraltro a repentaglio per gli stessi cittadini) assume un ruolo della cui importanza non può dubitarsi. Anzi, come si fa notare, il modo in cui vengono declinati i doveri di solidarietà di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione, tanto nella normativa statale che in quella regionale, rivela nel profondo a quale tipo di coesione sociale le istituzioni vogliano tendere¹⁰⁵. Ed è certamente sintomatico che proprio in tema di provvidenze di assistenza sociale, come anche dell'accesso all'abitazione, si sia registrato un importante contenzioso che ha coinvolto non solo il Giudice delle leggi, ma anche i giudici ordinari alle prese con amministrazioni pubbliche non sempre accondiscendenti verso quanto reiteratamente ribadito in sede giurisdizionale¹⁰⁶.

Una particolare, e forse utile, angolazione da cui guardare alla differente risposta territoriale alla sfida dei processi migratori è quella che muove dalle asimmetrie nel sistema dell'accoglienza. Dai dati disponibili per il 2016, si evince come dei 188.084 migranti accolti nel sistema, il 73% era ospitato nei centri CAS, il 7,8% nelle altre strutture di prima accoglienza (CPSA, CDA e CARA), lo

¹⁰³ Rileva quanto frammentari siano gli interventi regionali, a cagione principalmente delle differenziazioni su base regionale e locale del *welfare*, anche P. CARROZZA, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO, *Metamorfosi della cittadinanza*, cit. 86.

¹⁰⁴ Così M. VRENNNA, *Le regioni di fronte all'immigrazione: linee di tendenza degli ultimi anni*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNNA, *La governance dell'immigrazione*, cit., 397.

¹⁰⁵ Cfr. F. POLITI, *Dignità dell'uomo, diritti sociali e tutela dell'immigrato*, in F. BILANCIA, F.M. DI SCIULLO, F. RIMOLI (a cura di), *Paura dell'altro. Identità occidentale e cittadinanza*, Carocci, Roma 2008, 319.

¹⁰⁶ Tra i moltissimi esempi, si può ricordare come, di recente, la Corte d'appello di Milano abbia respinto l'appello dell'INPS contro l'ordinanza del Tribunale di Milano che aveva ordinato all'Istituto di riconoscere il premio nascita di cui all'art. 1, comma 353 della l.n. 232/2016 a tutte le madri regolarmente soggiornanti e non soltanto a quelle lungosoggiornanti o titolate di protezione internazionale come preteso dall'INPS con la circolare n. 39/2017. Si veda la ricostruzione della faccenda in [ASGI](#). Sul sito dell'ASGI sono, peraltro, riportate con estrema dovizia di particolari tutti i casi di discriminazione delle normative regionali e statali in materia di accesso alle prestazioni socio-assistenziali (e non solo).

0,4% negli *hotspot* e solo il restante 18,7% nei progetti afferenti alla rete SPRAR. A metà luglio 2017, i posti di accoglienza complessivamente disponibili erano 205.003, di cui il 77,4% nei CAS, il 15,3% nello SPRAR e il 7,3% nei centri di prima accoglienza¹⁰⁷.

Il sistema non è solo multiforme ma, ed è questo il profilo per noi più rilevante, frammentato e sbilanciato a livello regionale. In Lazio, Sicilia, Calabria e Puglia si registra più del 55% delle presenze nei centri SPRAR laddove, ad esempio, nel Veneto ve ne è una percentuale davvero bassa (solo il 2,2%)¹⁰⁸. Le strutture che funzionano come Centri di accoglienza straordinaria sono invece distribuite principalmente in Lombardia (per il 2016 ben il 15,7%), Toscana, Emilia Romagna, Piemonte e Veneto.

Parimenti interessante è la disamina della distribuzione territoriale degli enti locali che hanno deciso di aderire alle SPRAR e sperimentare, così, a livello locale politiche di prossimità che ‘praticano’ accoglienza e integrazione secondo moduli cooperativi pubblico/privato di notevole interesse. Un comune ogni otto, nel 2016, ha aderito alla rete SPRAR e quasi sempre nel Mezzogiorno. In Calabria, ad esempio, nell’ottobre del 2017 ben 190 comuni (sui 405 esistenti) hanno sottoscritto il Protocollo di Intesa per aderire al sistema SPRAR (e di questi in 140 c’era già stata una delibera consiliare). Un altro dato particolarmente interessante è che, sempre nel 2016, dei 210 episodi censiti che in forme diverse esprimono il rifiuto di accogliere migranti, richiedenti asilo e rifugiati, la ricorrenza maggiore si concentra nel Centro Nord¹⁰⁹.

Si può presumere che le ragioni per cui le amministrazioni comunali di una parte consistente delle regioni del Nord non manifestino nessuna intenzione di aderire alla rete SPRAR siano di natura prettamente ‘politica’. Attivare sui propri territori percorsi di integrazione e accoglienza dei migranti forzati significherebbe, infatti, accedere ad una idea di solidarietà che, evidentemente, per quelle comunità locali è foriera di disordine sociale e inutile dispendio di risorse. D’altro canto, una lettura scevra da ogni enfasi solidaristica potrebbe portare a credere che per i comuni del Sud l’adesione alla rete SPRAR si giustifichi prevalentemente con la possibilità di attingere a nuove risorse finanziarie in grado di stimolare le fragili economie locali.

Come di consueto, forse, *in medio stat veritas*. Non è la sola possibilità di fruire di risorse finanziarie a spingere una parte considerevole di enti locali ubicati nelle regioni meridionali ad aderire al sistema dell’accoglienza integrata della rete SPRAR, ma anche il tentativo di attivare percorsi di sviluppo locali e contrastare, per tale via, alla sempiterna emorragia dei propri cittadini. La presenza dei migranti in tali comunità locali sembra fornire nuova linfa grazie ad gioco di mutuo aiuto che, come si è giustamente notato, arricchisce «di nuove e originali sfumature “locali” le molteplici declinazioni dei principi costituzionali di solidarietà ed eguaglianza»¹¹⁰.

¹⁰⁷ Dati disponibili su *Rapporto sulla protezione internazionale...* cit., 134 ss.

¹⁰⁸ *Ibidem*, 116 e ss.

¹⁰⁹ Cfr. *Accoglienza. La propaganda e le proteste del rifiuto, le scelte istituzionali sbagliate*, a cura di Lunaria, marzo, 2017. Nel giugno del 2017, alcuni consiglieri regionali veneti hanno presentato una Risoluzione (n. 38) dal significativo titolo “Il veneto dalla parte dei Comuni: stop ai ricatti dello Stato, stop alle adesioni forzate al sistema SPRAR”. A detta dei soggetti proponenti l’adesione alla rete SPRAR, nominalmente su base volontaristica, nasconderebbe un sistema forzoso e ricattatorio imposto dalle Prefetture affinché i Comuni si mettano a disposizione per l’accoglienza dei “presunti” profughi.

¹¹⁰ Così S. POLIMENI, *Un imprevedibile circuito virtuoso*, cit., 407.

Cristina Napoli*

Uno sguardo al futuro muovendo dagli errori del passato: la sfida del ricorso diretto delle minoranze parlamentari

SOMMARIO: 1. *Premessa. Stimolo concreto, supporto teorico.* – 2. *Un istituto che suscita diffidenza.* – 3. *Le “zone d’ombra” della giustizia costituzionale quale luogo di (soltanto) potenziale superamento della diffidenza.* – 4. *La terza via a tutela della giustizia costituzionale sostanziale.* – 5. *L’integrazione delle vie di accesso alla giustizia costituzionale come tema (ancora) attuale.* – 6. *Considerazioni conclusive. Quale ricorso diretto delle minoranze parlamentari in Italia?*

1. Premessa. Stimolo concreto, supporto teorico

Alla riflessione di seguito svolta pare opportuno anteporre due considerazioni di carattere preliminare.

La prima, di ordine eminentemente pratico, ha riguardo allo stimolo che ha determinato la scelta del tema. A questo proposito, l’invito a prendere parte al seminario ‘*Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*’ che il prof. Roberto Romboli ha indirizzato ai dottori ed ai dottorandi di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali dell’Università di Pisa ha sollecitato, per così dire, una partecipazione “attiva” di ciascuno di noi intorno ad una questione di fondo: l’adeguatezza o meno degli strumenti di cui la Corte dispone – ed invero derivanti da una normativa, costituzionale ed ordinaria, non proprio recente – ad affrontare le sfide che in specie da ultimo ad essa si impongono sia a livello nazionale che sovranazionale¹.

La seconda, di ordine metodologico, attiene al supporto teorico che sostiene l’intera indagine. In questo senso, il tentativo di contribuire al dibattito sulla tematica innanzi richiamata muove da una incondizionata adesione alla tesi secondo cui il rispetto delle regole processuali è irrinunciabile (anche) nei giudizi davanti al giudice costituzionale ed in particolare alla posizione massimamente espressa dal prof. Alessandro Pizzorusso secondo cui «una disciplina del processo costituzionale la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte costituzionale costituisce il più solido connotato del carattere giurisdizionale delle sue funzioni, nel quale risiede il miglior presidio possibile della sua indipendenza e della sua funzionalità»².

Nella consapevolezza che una singola modifica al sistema italiano di giustizia costituzionale difficilmente possa da sé sola contribuire in maniera risolutiva a meglio “attrezzare” il giudice costituzionale alle nuove prove che pure è chiamato a sostenere, l’analisi è ricaduta sul ricorso diretto da parte delle minoranze parlamentari.

2. Un istituto che suscita diffidenza

Non è questa la sede per ripercorrere in maniera puntuale il dibattito che l’ipotesi di introdurre nell’ordinamento italiano il ricorso diretto delle minoranze parlamentari dinanzi alla Corte costituzionale ha generato in seno all’Assemblea costituente³ e tra gli studiosi⁴.

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa.

¹ Il contributo rielabora l’intervento svolto nell’ambito del richiamato seminario tenutosi presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa il 15 dicembre 2017.

² A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 1996, 133.

³ Con riferimento a questo argomento specifico si rammentano in particolare la seduta del 22 gennaio 1947 della seconda sottocommissione, seconda sezione, e quella del 2 dicembre 1947 dell’Assemblea plenaria (ai siti telematici

Pare, però, lecito osservare che quello stesso dibattito sia stato sovente caratterizzato da un profondo senso di diffidenza nei confronti dell'istituto. La diffidenza di chi ha affrontato l'argomento e, focalizzando l'attenzione sugli *effetti diretti* (e negativi) che lo strumento potrebbe avere sull'organo di giustizia costituzionale, non ha inteso superarla, e la diffidenza di chi ha affrontato l'argomento e, focalizzando l'attenzione sugli *effetti indiretti* (e positivi) che lo strumento potrebbe avere sul sistema istituzionale nel suo complesso, ha inteso, invece, superarla.

Da un lato, infatti, le tradizionali obiezioni sollevate circa l'opportunità di *aprire* nel senso che viene qui in considerazione le vie di accesso dinanzi al giudice delle leggi possono essere polarizzate attorno a due fondamentali timori.

Il primo è certamente quello di una sovraesposizione politica della Corte⁵, derivante non soltanto dalle peculiarità intrinseche dei soggetti cui verrebbe riconosciuta legittimazione attiva, ma anche dal doversi la Corte pronunciare su previsioni normative che attendono di entrare in vigore (in ipotesi di ricorso preventivo) ovvero su previsioni normative che, benché già efficaci, (verosimilmente) non hanno ancora occasionato un diritto vivente (in ipotesi di ricorso successivo da esperirsi comunque entro un termine prefissato rispetto all'entrata in vigore)⁶.

Il secondo è quello di un utilizzo smisurato da parte degli aventi diritto dello strumento con conseguente *paralisi* non soltanto dell'attività legislativa, ma anche del funzionamento della Corte costituzionale e ciò sia in ipotesi di ricorsi provenienti da raggruppamenti che costituiscono, per l'appunto, *minoranze* in parlamento, che in ipotesi di ricorsi provenienti da *opposizioni interne* alla medesima maggioranza che sostiene il governo in carica⁷.

Dall'altro lato, invece, le posizioni favorevoli o comunque non irrimediabilmente contrarie all'ingresso dell'istituto nell'ordinamento italiano hanno fatto leva su una pluralità di aspetti.

Sono state rilevate, innanzitutto, le favorevoli ricadute che potrebbero interessare l'organo rappresentativo. In questo senso, infatti, se l'origine parlamentare dell'attivazione dello strumento potrebbe determinare un ritorno in assemblea del baricentro nell'esercizio della funzione legislativa⁸, ormai da troppo tempo ostaggio delle dinamiche *straordinarie* del governo legislatore,

della Camera http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II_Sottocommissione_II_Sezione/sed021/sed021nc.pdf e <http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed315/sed315nc.pdf>.

⁴ In disparte i successivi riferimenti bibliografici, quali saggi monografici sul tema v. G. D'ORAZIO, *Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi. Prolegomeni ad una soluzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1996; F. BIENTINESI, *Il ricorso delle minoranze parlamentari al giudice costituzionale*, Padova, Cedam, 2001.

⁵ Tale posizione in dottrina è tutt'altro che isolata. In questo senso, L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, 538; lo stesso Autore, peraltro, durante la seduta del 23 ottobre 1997 della Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali, interveniva rilevando che con l'introduzione del ricorso diretto da parte delle minoranze parlamentari si sarebbe aperta non una *finestra*, ma una *porta* alla politicizzazione della Corte costituzionale. Cfr. anche A. ANZON, *Per una più ampia garanzia dei diritti costituzionali dinanzi alla Corte: il ricorso individuale diretto*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1992, 26; S. BARTOLE, *Rimedi de jure condendo e de jure condito in materia di accesso al giudizio della Corte costituzionale*, in A.A.V.V., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, 156-157; M. LUCIANI, *Considerazioni sul tema*, ivi, 293; G. AZZARITI, *Osservazioni sull'accesso e sull'estensione del sindacato della Corte costituzionale*, in A. ANZON-P. CARETTI-S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 425 ss.; C. PINELLI, *Intervento*, in R. ROMBOLI-E. ROSSI-R. TARCHI, *La Corte costituzionale nei lavori della Commissione bicamerale*, Torino, Giappichelli, 1998, 65-66; A. RUGGERI, *Intervento*, ivi, 205; A. SAIITA, *L'oscillazione del pendolo. Maggioranza e opposizioni nella democrazia costituzionale italiana*, Milano, Giuffrè, 2004, 260.

⁶ Cfr. P. CARROZZA-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 778 ed in specie nota 251.

⁷ Cfr. G. BRUNELLI, *Una riforma non necessaria: l'accesso diretto delle minoranze parlamentari al giudizio sulle leggi*, in A. ANZON-P. CARETTI-S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 153-155.

⁸ V. CASAMASSIMA, *L'opposizione in Parlamento. Le esperienze britannica e italiana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2013, 479.

tutt'altro da escludersi, peraltro, potrebbero essere riflessi positivi sulla stessa attività normativa⁹, posto che lo spettro dell'impugnazione (immediata) dovrebbe suggerire alla maggioranza che si costituisce intorno ad una proposta di legge una riflessione sulla conformità a Costituzione delle previsioni in approvazione più meditata rispetto a quella necessitata dagli sviluppi, per certi versi, *casuali* del giudizio sulle leggi in via incidentale.

Del resto, muovendo dalla nozione kelseniana di giustizia costituzionale quale strumento di protezione delle minoranze contro gli abusi della maggioranza¹⁰, *a fortiori* l'introduzione del ricorso diretto in argomento in quanto «potenziamento dei meccanismi di garanzia costituzionale» non può che costituire una coerente e giusta contropartita all'evoluzione del sistema politico-istituzionale italiano verso formule elettorali (tendenzialmente) maggioritarie¹¹.

Peraltro, l'istituto, già operante in numerosi ed importanti Paesi europei tra cui la Germania, la Francia e la Spagna¹², se introdotto nell'ordinamento italiano contribuirebbe all'*avvicinamento* tra i sistemi europei di giustizia costituzionale, la tendenza al quale è stata autorevolmente messa in luce parlando di un «diritto comune della giustizia costituzionale europea»¹³.

In ultima analisi, poi, l'integrazione delle vie di accesso alla giustizia costituzionale non può che essere in ogni caso funzionale alla maggiore tutela della costituzionalità del sistema nel suo complesso, risolvendosi in un ulteriore strumento di *pulizia* dell'ordinamento da previsioni normative non conformi a Costituzione¹⁴.

3. Le “zone d'ombra” della giustizia costituzionale quale luogo di (soltanto) potenziale superamento della diffidenza

Esiste, a dire il vero, un *luogo* nel quale le richiamate e opposte posizioni sono venute in certo senso ad incontrarsi e ha riguardo, come noto, ai limiti strutturali che il pur “fortunato” giudizio sulle leggi in via incidentale¹⁵ ha mostrato, con mutevole intensità, dall'entrata in funzione della Corte costituzionale ai nostri giorni. Il riferimento è con ogni evidenza all'esistenza di non esigui blocchi di normazione primaria per i quali l'instaurazione di un giudizio di costituzionalità appare, invero, in tutta la sua complessità¹⁶ e per una serie di ragioni efficacemente raggruppate in quattro categorie quali (a) la natura ed il contenuto dell'atto, (b) l'efficacia nel tempo della fonte, (c) l'inesistenza di un giudice competente a conoscere della questione, (d) le condizioni ed i limiti per l'instaurazione del giudizio incidentale dalla legge e dalla stessa giurisprudenza costituzionale¹⁷.

⁹ Di incoerenza dell'attività legislativa derivante da «instabili compromessi tra le varie forze politiche» parla F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, 584.

¹⁰ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* (1928), in ID., *La giustizia costituzionale*, trad. it. a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, 201 s.

¹¹ Cfr. F. BIENTINESI, *Il ricorso delle minoranze parlamentari*, cit., 3.

¹² Sulle esperienze straniere v. L. MEZZETTI, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, Maggioli, 1992. Sulle esperienze tedesca, francese e spagnola v. anche F. BIENTINESI, *Il ricorso delle minoranze parlamentari*, cit., in specie 39 ss.

¹³ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit. 517.

¹⁴ F. BIENTINESI, *Il ricorso delle minoranze parlamentari*, cit., 219-220.

¹⁵ Cfr. M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in A.A.V.V., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, 481 ss.

¹⁶ Sui tratti fondamentali della distinzione tra le “zone d'ombra” e le “zone franche” v. A. PIZZORUSSO, “Zone d'ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, Giuffrè, 2012, 1021 ss. V. anche R. BALDUZZI-P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007 ed in specie a 1 ss. la *Presentazione del seminario* di A. RUGGERI contenuta all'interno del volume. Da ultimo, v. la “premessa terminologica” contenuta nel volume di P. ZICCHITTU, *Le “zone franche” del potere legislativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 5 ss.

¹⁷ P. CARROZZA-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, cit., 704 ss.

Tale “incontro”, tuttavia, è a ben guardare soltanto il preludio di un nuovo allontanamento tra i divergenti approcci, divenendo le zone d’ombra da un lato il *prezzo* (verosimilmente *giusto*) da pagare al fine di sottrarre la Corte costituzionale dall’agone politico e dall’altro la *terra* ove portare la *luce* proprio attraverso l’integrazione delle vie di accesso al giudice costituzionale.

In un senso, infatti, autorevolmente è stato sostenuto che «i costi che si pagherebbero per permettere alla Corte di pronunciarsi su ogni prodotto legislativo sarebbero ben più alti dei benefici che se ne trarrebbero»¹⁸: il compimento dei richiamati *effetti diretti* (e negativi) renderebbe in ogni caso *perdente* il tentativo di (contro)bilanciamento con la massima estensione del sindacato di costituzionalità. Tale estensione, in altri termini, anche se sostenuta dal *nobile* intento di garantire il sindacato di costituzionalità su qualsivoglia atto avente forza di legge, determinerebbe una «‘giurisdicizzazione’ del conflitto politico» e una «‘politicizzazione’ del ruolo della Corte» con conseguente «mutazione genetica del nostro sistema di garanzia costituzionale»¹⁹, il quale trova nell’impatto sociale di un atto normativo la sede privilegiata di verifica della conformità di quest’ultimo a Costituzione.

In altro senso, invece, la *contaminazione* del modello italiano di giustizia costituzionale attraverso la previsione di tale forma di accesso diretto consentirebbe, in potenza, alla Corte di esprimersi sulla conformità a Costituzione di ogni disposizione di rango legislativo con conseguente rimozione, o comunque forte riduzione, delle *zone* di normazione sottratte al controllo del giudice costituzionale²⁰. È la stessa Corte, in una nota pronuncia non proprio recente, a rilevare come possa certamente verificarsi che «in relazione a leggi (o atti equiparati) che concernano direttamente competenze di organi pubblici e non anche l’ordine sostanziale e le connesse situazioni soggettive, e soprattutto non influiscano restrittivamente su queste ultime, si presentino scarse occasioni di controversia, e conseguentemente si formino zone franche di incostituzionalità» e soprattutto come «a tale inconveniente può porsi rimedio (non già estendendo interpretativamente l’ambito del conflitto, bensì) modificando (ovviamente in via di revisione costituzionale) il sistema con l’introduzione di nuove impugnazioni in via principale (eventualmente ad opera di dati soggetti od organi e contro leggi ed atti equiparati aventi dati oggetti e/o per dati vizi)»²¹. Così ragionando, allora, si comprende agevolmente come l’apertura allo strumento sarebbe (stata) funzionale anche a preservare la Corte dalla tentazione di *ammorbire* le regole del proprio processo al fine di garantire la giustizia costituzionale sostanziale: una finalizzazione del diritto processuale costituzionale alle questioni concrete renderebbe le «‘regole del gioco’ non solo evanescenti, ma anche mutevoli e plasmabili a seconda del caso da trattare» e finirebbe davvero per connotare in maniera fortemente politica il giudice delle leggi e ad esporlo a critiche basate sull’orientamento politico derivabile tra le pieghe delle proprie sentenze²².

4. La terza via a tutela della giustizia costituzionale sostanziale

Dinanzi a questa alternativa apparentemente secca, è oggi possibile affermare che la Corte ha intrapreso una *terza via*: pur essendo rimaste immutate le modalità di instaurazione dei giudizi

¹⁸ Così B. CARAVITA-M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, in *Pol. Dir.*, 1986, 273.

¹⁹ G. BRUNELLI, *Una riforma non necessaria: l’accesso diretto delle minoranze parlamentari al giudizio sulle leggi*, cit., 188.

²⁰ Sulla tipologia delle leggi per le quali operano le “strette” del giudizio sulle leggi in via incidentale v. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, 304 ss.

²¹ Il riferimento è alla nota [sentenza n. 406/1989](#) con note di S.M. CICONETTI, *L’esclusione della legge dal giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato in una discutibile sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, 1869 ss.; P. CIRIELLO, *Corte dei conti e controllo sugli atti di normazione primaria del governo*, ivi, 1875; A. PUGIOTTO, *La Corte dei conti in conflitto con gli organi di indirizzo politico: profilo soggettivo, profilo oggettivo e soluzione di merito*, ivi, 2172 ss. V. anche S. NICCOLAI, *Il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Torino, Giappichelli, 1990, 259 ss.

²² F. BIENTINESI, *Il ricorso delle minoranze parlamentari*, cit., 201.

dinanzi al giudice costituzionale, quest'ultimo, agendo sul proprio processo e caso per caso, ha nel tempo sperimentato formule processuali idonee a garantire la giustizia costituzionale sostanziale anche a (parte de)lle zone d'ombra.

A questo proposito, non può tacersi come taluni, confermando una tenace contrarietà al riconoscimento alle minoranze parlamentari della legittimazione ad agire in via principale davanti alla Consulta e per le ragioni già illustrate, avessero sollecitato la sperimentazione di «altre strade (a Costituzione invariata) per porre rimedio (almeno in parte) alle lacune del [...] sistema». In questo senso, le soluzioni proposte sono state nel senso dell'individuazione, da un lato, di rimedi generali alle “strette” del giudizio incidentale quali (a) l'allargamento della nozione di giudizio *a quo*, (b) l'estensione del concetto di rilevanza, (c) l'opportuno utilizzo della dichiarazione d'illegittimità consequenziale, (d) l'ampliamento del sindacato di costituzionalità ai regolamenti parlamentari e ad alcune categorie di regolamenti dell'esecutivo; e, dall'altro, della possibilità di qualificare la minoranza parlamentare in termini di potere dello Stato, in quanto tale legittimato a sollevare conflitto di attribuzione davanti al giudice costituzionale²³.

Ed in una prospettiva *de jure condito*, in effetti, ha inteso muoversi la Corte costituzionale, lavorando su aspetti tutt'altro che secondari del diritto processuale costituzionale, tra i quali possono menzionarsi, almeno, i presupposti soggettivi ed oggettivi del giudizio incidentale, la nozione di rilevanza, (l'*intensità* del)l'obbligo del giudice *a quo* di tentare l'interpretazione conforme (non solo) a Costituzione della disposizione indubbiata, le tecniche decisorie, la natura dell'oggetto del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato²⁴.

È vero però che nei tempi più recenti l'*elasticità* del processo costituzionale, benché entro certi limiti necessitata dal ruolo e dalle funzioni che la Costituzione attribuisce al giudice delle leggi, è divenuta un elemento di seria preoccupazione tra gli studiosi in considerazione del fatto che quest'ultimo «dispone inappellabilmente delle proprie regole» e che «non spetta alla Corte stabilire *se* decidere o meno, come può fare un organo politico; non spetta alla Corte stabilire *su che cosa* decidere, perché il materiale delle sue decisioni proviene dall'esterno; non spetta alla Corte, se non entro limiti determinati, stabilire *quando* occuparsi di un determinato tema»²⁵. L'assunto secondo cui sarebbero le regole del diritto processuale a doversi piegare alle «esigenze del diritto costituzionale, del 'rendere giustizia costituzionale'», e non il contrario²⁶, è accolto con non poco turbamento là dove per esso debba intendersi un ingresso del rispetto del diritto processuale nell'attività di bilanciamento che il giudice costituzionale è chiamato ad effettuare: «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»²⁷.

²³ Cfr. G. BRUNELLI, *Una riforma non necessaria: l'accesso diretto delle minoranze parlamentari al giudizio sulle leggi*, cit., 187 ss.

²⁴ Sui rimedi posti dalla Corte costituzionale alle “strette” del giudizio costituzionale in via incidentale v. F. BIENTINESI, *Il ricorso delle minoranze parlamentari*, cit., 199. Sulle soluzioni percorribili in via giurisprudenziale al fine di ridurre le zone d'ombra di costituzionalità v. P. CARROZZA-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, cit., 723 ss. ove si fa riferimento (a) alla nozione di giudice e di giudizio, (b) a quella di legge ed atto avente forza di legge, (c) a quella di rilevanza, (d) all'ampliamento del contraddittorio, (e) al ruolo del giudice nella risoluzione del dubbio di costituzionalità attraverso l'interpretazione adeguatrice. Sulla Corte e le zone d'ombra v. gli atti dei due seminari del Gruppo di Pisa svoltisi rispettivamente a Genova e a Modena nel 2006: R. BALDUZZI-P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, cit. e R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, Giappichelli, 2007.

²⁵ V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in A.A.V.V., *Giudizio «a quo»*, cit., 305.

²⁶ M. RUOTOLO, *Tra anima politica e giurisdizionale. A proposito di alcune “oscillazioni” della Corte nel giudizio di legittimità costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte tra l'anima ‘politica’ e l'anima ‘giurisdizionale’*, Torino, Giappichelli, 2017, 239.

²⁷ R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa, in *Rivista AIC*, 3/2017, 12.

Il quadro, peraltro, sul piano eminentemente formale (che diventa, però, sostanziale), si complica ancor più se si pone mente all'evoluzione della posizione della Corte costituzionale di fronte alle deroghe da essa stessa consumate al diritto processuale costituzionale. In questa misura, paiono ancora senz'altro attuali le riflessioni del prof. Alessandro Pizzorusso sulla (pur occasionale) *disinvoltura* della Corte circa il rispetto delle regole processuali, con riferimento alla quale «quello che conta non è tanto il numero o la qualità delle inosservanze, quanto il fatto che esse non siano teorizzate come espressione di una sorta di libertà dalla legge processuale (che sarebbe invero assai pericolosa, per la Corte e per il paese), ma siano anzi tenacemente (anche se non sempre convincentemente) smentite»²⁸. E tuttavia, in specie da ultimo, il ridimensionamento del valore delle regole processuali pare affermato come espressione di una vera e propria (libera) scelta: la Corte in talune ma importanti recenti pronunce²⁹ sembra «voler squarciare il velo dell'ipocrisia» e affermare che il processo costituzionale e le sue regole valgono soltanto se e fino a quando consentono ad essa stessa «la possibilità concreta di far valere la propria prestazione di unità costituzionale»³⁰.

5. L'integrazione delle vie di accesso alla giustizia costituzionale come tema (ancora) attuale

Se, però, l'esistenza di aree di normazione sottratte alla giustizia costituzionale, come visto, avrebbe potuto costituire il *prezzo* da pagare al fine di (man)tenere una *distanza di sicurezza* tra la politica ed il giudice delle leggi, è necessario ora chiedersi quale sia, invece, quello che alla Corte si impone per aver *allentato la tensione* sulle questioni che attengono al proprio rito, essendo infatti del tutto improbabile l'ipotesi di aver portato luce nelle zone d'ombra, e di averlo fatto in assenza di una modifica strutturale delle vie di accesso, a *costo zero*. Ed a questo proposito la sensazione è che la *terza* via abbia finito per favorire l'inveramento di entrambi gli originari timori: la Corte, in specie nei tempi più recenti, sta attraversando una fase di sovraesposizione politica ed è divenuta un giudice sempre meno prevedibile. L'affermazione e la permanenza della Corte quale *giudice* non possono che passare attraverso l'utilizzo dello schema tipico della funzione giurisdizionale: il processo. Soltanto il rispetto delle regole processuali può garantirne la piena legittimazione: sin tanto che il giudice costituzionale coltiva un rapporto corretto con il proprio processo e, per questa via, si mantiene entro l'area della giurisdizione, esso può operare nel sistema costituzionale e, prima ancora, istituzionale, con la necessaria autorevolezza³¹.

Ciò detto, anche le ragioni di quello che è stato definito «l'attivismo» della Corte non possono essere del tutto ignorate o sottovalutate: l'intento che innanzi abbiamo definito *nobile* si spiega certamente con la «volontà di svolgere in maniera più piena e più efficace le competenze che le sono state attribuite» e in molte occasioni deriva dalla «inadeguatezza degli strumenti a sua

²⁸ A. PIZZORUSSO, *Prefazione*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, Giappichelli, 1991, 5 ss.

²⁹ Cfr. Il riferimento è sicuramente alla [sentenza n. 1/2014](#) resa sulla legge n. 270/2005 (ed alla successiva [sentenza n. 35/2017](#) resa sulla legge n. 52/2015) ed in specie alle considerazioni in diritto che la Corte ha posto con riguardo ai profili di ammissibilità della questione; alla [sentenza n. 10/2015](#) resa sulla c.d. *Robin tax* ed in specie alle considerazioni in diritto che la Corte ha posto con riguardo alla modulazione degli effetti nel tempo della pronuncia di accoglimento;

³⁰ M. NISTICÒ, *Lo sbilanciamento tra diritto costituzionale sostanziale e diritto processuale. Qualche osservazione a partire dalla più recente giurisprudenza della Corte*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit., 219.

³¹ Senza pretese di completezza, v. C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in A.A.V.V., *Giudizio "a quo"*, cit.; M. D'AMICO, *Giustizia e processo costituzionale*, in *Jus*, 1994, 49 ss.; A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006; V. ANGIOLINI, *Processo giurisdizionale e processo costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1084; R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Milano, Giuffrè, 2009, 401 ss.; A. RUGGERI, *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.

disposizione, alcuni dei quali sono stati previsti pensando ad una realtà ben diversa da quella che attualmente sta vivendo la giustizia costituzionale in Italia»³².

Pare allora di dover rispondere a due interrogativi.

Il primo è se il ricorso diretto delle minoranze parlamentari, ove in vigore nell'ordinamento italiano, avrebbe potuto rivelarsi idoneo a mettere al riparo la Corte costituzionale dai rischi derivanti dal ridimensionamento del valore *formale* delle regole processuali in favore di quello *sostanziale* del rendere giustizia (costituzionale). Ed a tale interrogativo pare potersi rispondere affermativamente senza troppe esitazioni. Soltanto a titolo esemplificativo, infatti, può dirsi che lo strumento, là dove esistente, avrebbe con ogni certezza favorito una tempestiva impugnazione in via principale della legge n. 270/2005³³ e, successivamente, della legge n. 52/2015³⁴, sottraendo la Corte dalla *esigenza di rivisitare* la nozione di rilevanza³⁵ al fine di porre fine al susseguirsi di consultazioni politiche elettorali in palese violazione del principio di uguaglianza; avrebbe consentito alla Corte di pronunciarsi in prossimità dell'entrata in vigore delle disposizioni indubbiamente, senza doversi, cioè, fare carico degli effetti, spesso dirompenti, prodotti *medio tempore* dalle stesse³⁶; avrebbe evitato talune *forzature* nell'utilizzo del conflitto di attribuzione tra poteri

³² R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, cit., 26.

³³ La [sentenza n. 1/2014](#) è stata oggetto di numerosissimi commenti. Sia consentito per i profili che vengono in questa sede in particolare considerazione richiamare E. CATELANI, *Due pesi e due misure nella sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale: ammette una fictio litis, ma non amplia il parametro di costituzionalità ipotizzando una doppia preferenza di genere*, reperibile su [Academia](#), 1/2014; F. DAL CANTO, *Corte costituzionale, diritto di voto e legge elettorale: non ci sono zone franche*, ivi; A. PERTICI, *La Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore)*, reperibile su [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 4 febbraio 2014; G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in [Rivista AIC](#), 1/2014; A. ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2014; R. BIN, *"Zone franche" e legittimazione della Corte*, in *Giur. cost.*, 2014, 640 ss.; S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in [Rivista AIC](#), 2/2014.

³⁴ Oggetto di numerosissimi commenti è stata anche la [sentenza n. 35/2017](#). Anche in questo caso sia consentito rinviare a F. FERRARI, *Sotto la punta dell'iceberg: fictio litis e ammissibilità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017*, reperibile su [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 14 febbraio 2017; A. MANGIA, *L'azione di accertamento come surrogato del ricorso diretto*, reperibile in [laCostituzione.info](#), 15 febbraio 2017; R. BIN, *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in G. FERRI (a cura di), *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 95 ss.; G. SOBRINO, *Il problema dell'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale della legge elettorale alla luce delle sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017 e le sue possibili ricadute: dalla (non più tollerabile) "zona franca" alla (auspicabile) "zona a statuto speciale" della giustizia costituzionale?*, reperibile su [Federalismi.it](#), 15/2017; M.M. MINICLERI, [Il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi elettorali, tra ruolo "legislativo" della Consulta, "moniti" al Parlamento ed ipotesi di introduzione del controllo preventivo](#), in questa [Rivista, Studi, 2017/III](#), 419 ss-

³⁵ Con riferimento alla [sentenza n. 1/2014](#) M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene in via "semi-incidentale" sulla legge elettorale: un approccio prudente per un caso eccezionale*, in M. D'AMICO-S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, Giuffrè, 2014, 27 ss. ha parlato della creazione di una via "semi-incidentale", mentre G.U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, 27 di una "azione popolare".

³⁶ Sulla modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento v. in generale A.A.V.V., *Effetti temporali delle sentenze della Corte anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1988; M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993; R. PINARDI, *La Corte, i giudici, il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1997; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, Cedam, 2000.

La richiamata [sentenza n. 10/2015](#) è stata anch'essa oggetto di numerosissimi commenti; sia consentito tra questi richiamare R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività*, reperibile su [Federalismi.it](#), 4/2015; M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, reperibile su [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 3 aprile 2015; P. VERONESI, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, ivi, 3 aprile 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*, 6 aprile 2015; V. ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?*, in [Rivista AIC](#), 1/2016.

dello Stato originato da atto legislativo, che pure si sono invece verificate, non senza esiti complessivamente distorsivi³⁷.

Il secondo è, invece, se oggi – *sdoganata* una qualche *flessibilità* del processo costituzionale – l'introduzione del ricorso diretto delle minoranze parlamentari possa o meno avere ancora un senso in considerazione dell'inveramento conclamato dei due richiamati originari timori. Ed anche a questo interrogativo sembra doversi rispondere affermativamente. A tal proposito, alla luce di quanto sino ad ora osservato, è possibile rilevare, in primo luogo, che una regola *accomodata* non è per ciò stesso sottratta da altri e diversi *accomodamenti*, tutt'altro; in secondo luogo, che nuove *acrobazie* sul piano processuale sono sempre possibili *de jure condito*, se ad esse non si è in grado di opporre un solido argine idoneo a segnare in maniera efficace e stabile i binari entro cui la Corte è chiamata a muoversi; ancora, l'integrazione nel senso che viene qui in considerazione delle vie di accesso alla giustizia costituzionale consentirebbe alla Corte non soltanto di raggiungere i propri obiettivi sistemici senza forzature spesso ingiustificabili, ma anche di *conquistare terreno* operando sulla base di regole precostituite: la previa conoscenza delle *regole del gioco* è, infatti, caratteristica intrinseca del processo, così come la prevedibilità non è una virtù del *buon giudice*, ma obiettivo tendenziale della giurisdizione intesa come funzione, oltre che come potere.

6. Considerazioni conclusive. Quale ricorso diretto delle minoranze parlamentari in Italia?

A questo punto dell'indagine, allora, non può essere elusa la questione relativa al *come* introdurre lo strumento e a *come neutralizzare* i rischi paventati dalla dottrina.

Procedendo in tal senso, in primo luogo, è necessario esprimersi sul *carattere*, preventivo o successivo, da riconoscere al ricorso ed a questo proposito l'impugnazione *successiva* alla entrata in vigore della fonte di rango legislativo sarebbe la soluzione senz'altro da preferire inserendosi nel sistema italiano di giustizia costituzionale in modo più *armonioso* rispetto a quella opposta. Peraltro, ove i dati provenienti dai Paesi europei nei quali la via di accesso in argomento è già operante³⁸ si ritenessero non sufficientemente rassicuranti ovvero non agevolmente adattabili al sistema politico italiano, tale configurazione sarebbe altresì idonea a scongiurare un utilizzo a fini ostruzionistici del ricorso ed a collocare l'intervento del giudice costituzionale *fuori* dal procedimento legislativo: da un lato, infatti, la maggioranza che si costituisce intorno ad un disegno di legge sarebbe in ogni caso nelle condizioni di portare a termine l'*iter legis* e di garantirne l'entrata in vigore, dall'altro lato, la minoranza, non potendo agire con la (esclusiva) finalità di incidere sull'attività legislativa, si troverebbe nella necessità di ponderare a fondo l'opportunità di adire la Corte costituzionale al fine di evitare clamorose “smentite” che potrebbero minarne la credibilità³⁹.

In secondo luogo, con riguardo alla *legittimazione attiva*, pare senz'altro condivisibile sotto il profilo teorico la riflessione secondo cui il *quorum* «non va valutato soltanto sul piano dei rapporti tra maggioranza e minoranza, cioè con riguardo alla dinamica della forma di governo, ma va colto

³⁷ Sull'atto legislativo quale oggetto del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato v. R. BIN, *un nuovo “ricorso diretto” contro le leggi?*, in *Giur. cost.*, 1999, 3919 ss.; N. MACCABIANI, *La legge e gli atti normativi equiparati come “oggetto” di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2002, 2293 ss.; F. MODUGNO-G. D'ALESSANDRO, *Residualità del conflitto tra poteri e sindacato sugli atti legislativi*, in *Giur. cost.*, 2006, 1613 ss.

Si segnala, peraltro, l'[ordinanza n. 280/2017](#) con cui la Corte ha dichiarato l'inammissibilità dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato sorti a seguito dell'approvazione della legge n. 52/2015 (c.d. *Italicum*) e promossi da tre parlamentari: il primo profilo di inammissibilità, infatti, attiene alla circostanza per cui «nessuno dei tre ricorsi individua in modo chiaro e univoco i poteri ricorrenti, le competenze costituzionali menomate e l'oggetto della pretesa», posto che i ricorrenti si sono presentati al contempo come singoli parlamentari, rappresentanti del proprio gruppo parlamentare, cittadini elettori oppure ancora, più genericamente, come soggetti politici rendendo per la Corte (soltanto e banalmente) vana la difesa delle sfere costituzionali di competenza lese.

³⁸ L'utilizzo moderato dello strumento nei sistemi europei nei quali lo strumento è già in vigore è stato messo in evidenza da F. BIENTINESI, *Il ricorso delle minoranze parlamentari*, cit., 54 ss. e 219.

³⁹ Cfr. P. CARROZZA-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, cit., 778; F. BIENTINESI, *Il ricorso delle minoranze parlamentari*, cit., 214.

anche sotto il profilo del rapporto (rappresentativo) con lo Stato-comunità, cioè con la società civile»⁴⁰. Al fine di fornire qualche spunto concreto, il numero necessario di parlamentari per adire il giudice delle leggi, da individuarsi tenendo in considerazione la differente consistenza numerica tra Camera e Senato, dovrebbe essere *aperto*, sganciato cioè dall'appartenenza o meno ad uno o a più gruppi parlamentari, nonché aspirare ad una versatilità tale da potersi tendenzialmente adattare alle trasformazioni dei sistemi elettorali. Esclusa, infatti, in premessa l'ipotesi di un numero *mobile* di parlamentari variabile al variare della formula elettorale in vigore, la previsione di un quinto dei membri di ciascuna Camera⁴¹, al pari di quella contenuta nell'art. 138 Cost. quale porzione necessaria per richiedere *referendum* costituzionale oppositivo, potrebbe essere idonea a garantire una «natura maggiormente rappresentativa al ricorso»⁴² ed ulteriormente ridurre i rischi di un *abuso* dello strumento da parte di circoscritte porzioni di rappresentanti del corpo elettorale che potrebbe ostruire l'attività della Corte costituzionale.

Quanto all'*oggetto* del giudizio ed ai *vizi* deducibili, anche in considerazione di quanto si è nel presente contributo osservato, non pare opportuna alcuna restrizione rispetto allo schema già in vigore per il giudizio sulle leggi⁴³, potendosi, piuttosto, semmai immaginare una *apertura* alla impugnabilità dei regolamenti parlamentari quali fonti di rango primario in stretta connessione con il soggetto legittimato attivo: per questa via il ricorso diretto delle minoranze si configurerebbe quale via principale *altra* rispetto a quella tradizionale, la quale, peraltro, rimarrebbe la sede esclusiva per l'impugnazione diretta da parte dello Stato delle leggi regionali per violazione della Costituzione.

Con riguardo ai *tempi* del giudizio, se *in entrata* pare opportuna l'individuazione di un termine perentorio entro il quale poter proporre il ricorso, la stessa considerazione non pare potersi replicare *in uscita*. Da un lato, infatti, la previsione di una *tempistica certa* appare necessaria ad evitare che le impugnazioni possano divenire *merce di scambio* nel compromesso politico ed al contempo sufficiente a garantire lo spazio per la ponderazione e l'espletamento delle attività propedeutiche all'instaurazione del giudizio. Il termine perentorio esclude anche il rischio che le impugnazioni possano investire prodotti legislativi da molto tempo vigenti e che la maggioranza parlamentare in carica preferisca eliminare per via giurisdizionale, così sfuggendo alla responsabilità politica che l'abrogazione comporterebbe. Dall'altro lato, l'inserimento dei ricorsi provenienti dalle minoranze parlamentari nel ruolo della Corte al pari di qualsiasi atto introduttivo di un giudizio di legittimità costituzionale sarebbe maggiormente in linea con il sistema italiano di giustizia costituzionale che consente alla Consulta di non intervenire *troppo a caldo* rispetto all'approvazione parlamentare e non farebbe del ricorso diretto la *sede privilegiata* ove appurare la costituzionalità di una legge o di

⁴⁰ G. D'ORAZIO, *Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi*, cit., 77.

⁴¹ Tale *quorum* è quello risultante nel testo finale del progetto di riforma della Costituzione elaborato nel 1997 dalla Commissione parlamentare per le questioni costituzionali presieduta dall'on. Massimo D'Alema.

⁴² Così P. CARROZZA-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, cit., 777.

⁴³ Un espresso riferimento ad una limitazione della categoria degli atti impugnabili – ed in specie alle leggi elettorali, ai regolamenti parlamentari, ai decreti legge ed alle leggi delega – si trova in P. CARROZZA-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, cit., 777.

Pare il caso di rammentare la peculiare delimitazione dei vizi deducibili contenuta nel richiamato testo approvato dalla Commissione bicamerale del 1997: l'art. 137, comma 2, Cost., ove modificato, avrebbe stabilito che «la legge costituzionale stabilisce altresì condizioni, limiti e modalità di proposizione della questione di legittimità costituzionale delle leggi, per violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, da parte di un quinto dei componenti di una Camera». Una ancor più peculiare delimitazione, sotto il profilo oggettivo e temporale, era contenuta nelle disposizioni transitorie della riforma costituzionale (c.d. Renzi-Boschi) approvata nel corso della XVII legislatura e bocciata dal *referendum* costituzionale del 4 dicembre 2016: l'art. 39, comma 11, della riforma, infatti, prevedeva che «[i]n sede di prima applicazione, nella legislatura in corso alla data di entrata in vigore della presente legge costituzionale, su ricorso motivato presentato entro dieci giorni da tale data ... da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o un terzo dei componenti del Senato della Repubblica, le leggi promulgate nella medesima legislatura che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte al giudizio di legittimità della Corte costituzionale. La Corte costituzionale si pronuncia entro il termine di trenta giorni».

un atto avente forza di legge. In ipotesi del tutto peculiari, semmai, potrebbe prevedersi un potere cautelare di sospensione della legge⁴⁴ ai sensi dell'art. 35, comma 1, legge n. 87/1953, come modificato dall'art. 9, comma 4, legge n. 131/2003.

Nessuna variazione rispetto al paradigma ordinario dovrebbe poi investire gli strumenti decisori della Corte. Essa dovrebbe, cioè, mantenere nella propria disponibilità tutto l'armamentario processuale e decisionale di cui (si) è dotata, il quale ben potrebbe rivelarsi funzionale anche a garantire alla Corte la possibilità di minimizzare i rischi derivanti dall'"origine politica" del ricorso ed evitare evidenti invasioni dello spazio riservato alla discrezionalità del legislatore⁴⁵. Inoltre, nessun particolare problema sembrerebbe dover investire il rispetto del principio processuale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato: la Corte, in altri termini, ben potrebbe tornare a pronunciarsi sulla legge già investita dal ricorso della minoranza là dove il giudizio fosse introdotto attraverso altra e diversa via di accesso alla giustizia costituzionale. Proprio le molte tecniche decisorie già utilizzate dalla Corte costituzionale le consentirebbero l'efficace *gestione* di simili giudizi, sia nel caso in cui essi si sovrappongano con quelli già definiti, sia nel caso in cui, invece, da essi in qualche misura si distaccino.

Venendo a concludere, il timore di una sovraesposizione politica della Corte derivante dall'introduzione di un ricorso diretto delle minoranze parlamentari rimane certamente comprensibile. E tuttavia si tratta di preoccupazioni che potrebbero essere stemperate. Da un lato, infatti, sta un rischio solo potenziale e connesso all'allargamento delle vie di accesso alla Corte, ma dall'altro vi sono preoccupazioni invece attuali e verificabili circa la politicizzazione della giustizia costituzionale (già) avvenuta attraverso la svalutazione della vincolatività delle regole processuali, a cui l'introduzione del ricorso diretto potrebbe contribuire a trovare rimedio. La Corte costituzionale, insomma, è *condannata* alla prossimità con il legislatore. Sta al collegio dimostrare la capacità di *smarcarsi* dalle logiche politiche, mantenendosi entro i binari del processo e del diritto processuale; gli unici argini, del resto, entro cui confermare quotidianamente la propria natura giurisdizionale.

⁴⁴ Così P. CARROZZA-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, cit., 777.

⁴⁵ Cfr. V. CASAMASSIMA, *L'opposizione in Parlamento*, cit., 484.

Ugo Adamo*
Materia “non democratica” e ragionevolezza della legge

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Il criterio della ragionevolezza nell’ambito della giustizia costituzionale quando il legislatore assume valutazioni scientifiche.* – 3. *... la decisione del legislatore è sempre presuntivamente ragionevole.* – 4. *Verso il riconoscimento del ruolo esercitato dalla expertise tecnica.* – 5. *Il criterio della ragionevolezza scientifica in alcuni casi recenti.* – 6. *Conclusioni a valle di Corte cost., sent. n. 5/2018.*

1. *Premessa*

In sede di premessa metodologica alcune precisazioni sono senz’altro necessarie circa l’impiego nel titolo dell’espressione “non democratica” riferito ad una materia (quella scientifica) quando questa sia oggetto del sindacato costituzionale. È scontato affermare che il riferimento al concetto di democrazia non può esaurirsi nel meccanismo decisionale basato sulla maggioranza; esso, infatti, è inscindibile dal complesso di regole, procedure, limiti e vincoli che sono consustanziali al moderno concetto di democrazia¹. Anche la scienza, d’altra parte, si muove in un ambito di regole teoriche e pratiche che ne definiscono il metodo e che consentono il riconoscimento e l’acquisizione delle risultanze scientifiche dalla *maggioranza* degli scienziati. Quindi il riferimento al concetto di democrazia è qui inteso in modo volutamente “riduttivo”, come mera maggioranza che decide.

Ecco cosa si vuole intendere con il riferimento alla non democraticità² di una materia scientifica o tecnica³. Non tutto può essere deciso per alzata di mano o attraverso il consenso popolare; ad esempio, non si ricorre al principio democratico per decidere se il sistema solare è eliocentrico ovvero geocentrico⁴. Non tutto, *id est*, è decidibile con il ricorso alla validazione maggioritaria, in quanto alcuni temi devono essere affrontati secondo un metodo condiviso (accettato dalla comunità scientifica), che si definisce metodo scientifico. Ciò è vero anche quando si affronta lo studio delle scienze sociali come quello delle c.d. scienze “esatte”, “dure”, ciascuna sottoposta al metodo proprio di ogni branca del sapere.

Ciò non significa che non esista una discrezionalità nel discutere, accettare, rifiutare⁵ gli esiti delle ricerche scientifiche – il cui impiego può essere limitato e soggetto ad un’etica⁶ (si pensi

* Assegnista di ricerca in *Diritto costituzionale* presso l’Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

¹ Il concetto di democrazia è oggi inscindibile da quello di democrazia costituzionale, con la conseguenza che è il testo costituzionale (con i suoi principi) a prevalere, sempre e comunque: 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, Torino, 2005, 580 ss.

² Che la scienza non trovi fondamento nel giudizio democratico è cosa nota e da sempre condivisa, anche se di recente si è iniziato a discutere intorno a tale questione proprio a seguito della “disputa” che si è creata tra due “fedi” avverse: i “si vax” e i “no vax”. Il rinvio, chiaramente, va a R. BURIONI, *La congiura dei somari. Perché la scienza non può essere democratica*, Milano, 2017.

³ Sulla mancata stretta conciliabilità tra scienza e tecnica, cfr., per tutti, G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 6.

⁴ A. MORELLI, *La scienza, la democrazia e la tesi della studentessa tunisina che sostiene la teoria geocentrica*, in laCostituzione.info, 23 aprile 2017.

⁵ È del tutto condivisibile, ad esempio, la tesi secondo cui la parola “razza” (che scientificamente non esiste) non debba essere espunta dal testo costituzionale.

⁶ Da ultimo e autorevolmente A. RUGGERI, *La “federalizzazione” dei diritti fondamentali, all’incrocio tra etica, scienza e diritto*, in Media Laws. Rivista di diritto dei media, 2/2018, 18.

in modo particolare alle scienze biologiche e mediche)⁷ –, ma che il percorso di formazione della conoscenza scientifica sia per l'appunto “scientifico”, vale a dire realizzato con un metodo e un sistema di regole che sono appannaggio solo di studiosi, capaci di raggiungere risultati e definire teorie la cui scientificità deriva non dall'essere “verità” incontrovertibili, ma piuttosto dalla possibilità di essere falsificati o corretti⁸, garantendone proprio per questo la validazione da parte della comunità scientifica di riferimento⁹.

La non democraticità del sapere scientifico, d'altronde e in modo paradossale, permette che lo stesso venga inteso “oggettivamente”¹⁰, che cioè sia valevole per tutti¹¹, al di là dei propri valori di riferimento che sono declinabili anche in termini soggettivi. Inteso in tal senso, il dato scientifico “non democratico” può essere utilizzato per giungere ad un risultato politico (che deve essere razionale e proporzionale rispetto al fine da raggiungere), quindi discrezionale, senza, però, che l'“oggettività” del contenuto venga persa, o non presa in adeguata considerazione. Se così è (dovrebbe essere), quali le conseguenze nel caso dell'impiego della scienza nella decisione legislativa?¹².

2. Il criterio della ragionevolezza nell'ambito della giustizia costituzionale quando il legislatore assume valutazioni scientifiche

I rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento sono sempre stati caratterizzati da una sorta di “diffidenza reciproca” per la ragione che entrambi gli organi sono nelle condizioni di incidere sull'autonomia altrui.

Si pensi anche solo al fatto che, per dar seguito alla riserva di legge ordinaria *ex art.* 137 Cost., il legislatore ha voluto positivizzare proprio nella legge di organizzazione e funzionamento dell'organo di garanzia costituzionale il principio secondo cui «[i] controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento»¹³. Tale disposizione dovrebbe segnare il punto di confine per il controllo giurisdizionale esercitato dalla Corte al fine di tutelare la discrezionalità che è propria dell'organo parlamentare, quando questi decide di normare attraverso le scelte che definiscono la sua «politica legislativa»¹⁴.

D'altronde, la discrezionalità che è riconosciuta al legislatore può (*rectius* deve) essere sindacata dalla Corte¹⁵ anche “assumendo” nel processo i “fatti” (“scientifici” nei casi che si affronteranno) se l'uso di questi si palesasse come del tutto irragionevole.

⁷ D'altronde, la medica è non solo una scienza, ma anche un'arte, una pratica etica, così come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale con la sent. n. [282/2002](#).

⁸ Scontato il riferimento a K.R. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Bologna, 2009.

⁹ Implicito è il riferimento al «paradigma» di T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 2009, 213.

¹⁰ In modo «tendenzialmente» oggettivo, precisa A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione”*, cit., 571. Sul rapporto tra scienza e diritto che è di tipo complementare e di reciproca integrazione, cfr. E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Sara Volterra*, a cura di C. Murgia, Torino, 2017, 251; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 4/2015, 35.

¹¹ Costituendo un limite razionale alla sovranità popolare: «il popolo può decidere tutto, tranne ciò che va contro il “comune senso ... scientifico» ricorda A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I. *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994, 130.

¹² C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in [Rivista AIC](#), 2016, 1 ss.

¹³ Cfr. l'art. 28 della l. n. 87/1953.

¹⁴ E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, 323.

¹⁵ A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno svoltosi a Trieste, il 26-28 maggio 1986, Milano, 1988, 90 ss.

La Corte costituzionale fa un ampio utilizzo del criterio della ragionevolezza, che nel presente lavoro è indagato non tanto rispetto all'uso che la Corte stessa ne ha fatto nella sua giurisprudenza¹⁶ quanto piuttosto nel caso in cui l'oggetto su cui esercita la discrezionalità legislativa è il sapere scientifico, in particolare quando l'impiego che se ne è fatto è stato sindacato come arbitrario, e dunque non ragionevole. Il fine dell'indagine è quello di rilevare un *test* utilizzato dalla Corte soprattutto quando si norma su una questione su cui si sia già espressa la scienza, intesa come l'insieme delle acquisizioni cui sono pervenuti organizzazioni, istituti, scienziati, che lavorano con il metodo scientifico e senza apparente discrezionalità. È noto che la Corte ha sempre meno ricondotto la ragionevolezza al parametro di cui all'art. 3 Cost. e, quindi, al confronto della norma impugnata con un *tertium comparationis*, giudicando la carenza di ragionevolezza della norma in sé isolatamente considerata – nella misura in cui risulta irrazionale, incoerente rispetto al fine, incerta, per non dire del tutto arbitraria¹⁷,

¹⁶ Lo studio sul criterio della ragionevolezza è forse uno degli aspetti della giustizia costituzionale più indagato. Pur nella consapevolezza dell'ampiezza della tematica e dell'autorevolezza della dottrina che si è occupata di tale giurisprudenza, si rinvia almeno a AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre del 1992, Milano, 1994; L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, 1997, 899 ss.; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di C. Esposito*, III, Padova, 1973, 1573 ss.; A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Napoli 1990, 665 ss.; A. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del seminario svoltosi a Pisa, 5 maggio 1990, a cura di R. Romboli, Torino, 1991, 31 ss.; A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia giuridica*, XXV, 1991; A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfose" dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994; G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Digesto delle Discipline Pubbliciste*, IX, Torino 1994, 31 ss.; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1997, 341 ss.; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre-A. Spadaro, Torino, 2002; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; F. MODUGNO, *La ragionevolezza della giustizia costituzionale*, Napoli, 2007. Gli studi sulla giurisprudenza costituzionale solitamente suddividono in tre le fasi evolutive dell'utilizzo che la Corte ha fatto del sindacato della ragionevolezza (da ultimo ricostruite da A. LOLLO, *Il principio d'eguaglianza e le sue declinazioni tra ordinamento costituzionale e ordinamento europeo*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura-A. Morelli, Milano, 2015, 400-405): la prima fase (che caratterizza la giurisprudenza costituzionale dalla sua nascita agli inizi degli anni '80) nella quale si fa valere il vizio di incongruità tra fini prefissati e mezzi con i quali perseguirli (vizio di irrazionalità intrinseca, che si basa su un sindacato basato sul principio di eguaglianza inteso come principio di non discriminazione); la seconda (che arriva fino alla fine degli anni '80) dove si fa un largo utilizzo del sistema c.d. ternario, che si basa sul *tertium comparationis* (oggetto, principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., norma terza nella misura in cui sia comparabile a quella che definisce l'oggetto); la terza ed ultima fase, che è quella in cui tutt'ora ci troviamo è caratterizzata da un sensibile allontanamento dall'utilizzo dell'art. 3 Cost. come sicuro parametro di riferimento per il sindacato di ragionevolezza, con la conseguenza che tale giudizio si è autonomizzato. Ad oggi, quindi, il principio di ragionevolezza si è «emancipato» dal principio di eguaglianza, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza italiana*, Relazione predisposta per la Conferenza trilaterale della Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, nel sito telematico della [Corte costituzionale](#). In un costante tensione tra legittimità e merito, il criterio della ragionevolezza prende la forma e la sostanza di una «congruenza rispetto a valori superiori» (G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 202 s., che la distingue dalla razionalità che invece «indica la coerenza logica, cioè la non contraddizione, tra elementi di eguale valore»), e ciò anche se i «contorni della nozione [sono] alquanto sfuggenti» (E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia*, cit., 323 s.), tanto che «sarebbe ingenuo e illusorio supporre che sia possibile predeterminare con certezza positiva "che cosa" sia ragionevole e che cosa invece no» (A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 115) e della qual cosa la Corte è cosciente.

¹⁷ Ult. *Op. cit.*, 127. Per un richiamo delle opere più significative, ma senza alcun intento di completezza, si v. F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, entrambi in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile-E. Cheli-S. Grassi, Bologna, 1982, 19 ss., 103 ss.; F. MODUGNO-L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento*, Padova, 1987, 117 ss.; AA.VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, a cura di N. Assini-A. Anzon-B. Caravita-M. Luciani-M. Volpi, Torino, 1993; AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e*

incongrua rispetto sia ai fatti sia ai valori¹⁸. La nostra analisi riguarderà la ragionevolezza valutata rispetto ad accertamenti o evidenze scientifiche.

Interrogarci sul criterio della ragionevolezza come oggetto di sindacato e come parametro utilizzato dalla Corte costituzionale significa valutare l'uso che il giudice delle leggi ha fatto, fa (e quindi ragionevolmente farà) se chiamato a giudicare l'intervento che l'organo democraticamente eletto compie intorno a tematiche scientificamente rilevanti che hanno trovato nel consesso scientifico una risposta condivisa, o che, al contrario, non l'hanno ancora ricevuta.

Rilevante è, quindi, evidenziare l'utilizzo che la Corte ha compiuto dei fatti scientifici al fine di confermare ovvero rifiutare le scelte operate in discrezionalità dal legislatore¹⁹ e senza, evidentemente, imporre ad esso le proprie valutazioni.

Il concetto di ragionevolezza costituisce, per come detto, un criterio di origine giurisprudenziale e per questo non si può che partire dalla sentenza della Corte che ha cercato di definire un concetto che per sua natura, come riconosce la Corte medesima, rimane dischiuso all'obiettività dei fatti che vengono presi in considerazione nel processo costituzionale²⁰. Ed infatti – e nell'auspicio che la citazione non appaia eccessivamente lunga –, «il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a *criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati*, si svolge attraverso ponderazioni relative alla *proporzionalità dei mezzi prescelti* dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti²¹. Sicché [...] l'impossibilità di fissare *in astratto* un punto oltre il

ricostruttivi, a cura di A. Ruggeri-G. Silvestri, Milano, 2000; A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Parlamento (in chiaroscuro)*, in *Foro italiano*, 2000, V, 19-26; E. CHELI, *Giustizia costituzionale e sfera parlamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1993, 263-277; V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, IV, Milano, 1977, 129-147; AA.VV., *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, a cura di M. Scudiero-S. Staiano, Napoli, 1999. Più recentemente, almeno, A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. Vignudelli, Milano, 2009, 15-75; E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, cit., 333-348; A. SPERTI, *La discrezionalità del legislatore*, in AA.VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale caratteri. Limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli, 2006, 625 ss.; R. BASILE, *Le decisioni di manifesta inammissibilità e infondatezza per rispetto alla discrezionalità del legislatore*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli, 2006, 437 ss.; R. PINARDI, *Brevi note sull'effettività delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia legislativa*, in AA.VV., *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 327-344; G. DE VERGOTTINI-T.E. FROSINI, numero monografico di *Percorsi costituzionali*, 2/3-2010.

¹⁸ G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 60.

¹⁹ Che a sua volta utilizza i dati scientificamente rilevanti per fondare la ragionevolezza del suo intervento di produzione normativa. Cfr. C. PANZERA, *Legislatore, giudici e Corte costituzionale di fronte alla salute (verso un inedito 'circuito di produzione normativa'?)*, in *Diritto e società*, 3/2004, 309 ss. Sull'utilizzo dei poteri istruttori nella possibilità della Corte ex art. 13 della l. n. 87/1953 e artt. 12, 13 e 14 delle Norme integrative si rinvia (oltre che a Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in AA.VV., *Bio-tecnologie*, cit., 163-194; G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, cit., 444-446) a due recenti e significativi lavori: M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, entrambi al sito telematico del [Gruppo di Pisa](#).

²⁰ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 332.

²¹ È la prima volta che nella giurisprudenza della Corte si richiama il concetto di proporzionalità inteso come valutazione tra il mezzo e il fine. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, il principio di proporzionalità è utilizzato come sinonimo di ragionevolezza o unitamente ad esso o, comunque, mai come un vero e proprio *test*, così come autorevolmente ricordato da M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza*, cit., 6. Ma si vedano anche le sentt. nn. [1](#), [162](#) e [274 del 2014](#). In altre esperienze di giustizia costituzionale, infatti (si v. 5), il principio di proporzionalità (così come teorizzato da R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2007, e come ricorda l'autorevole Autrice) si basa su una sequenza standardizzata degli atti del legislatore e suddivisa in quattro

quale scelte di ordine quantitativo divengono manifestamente arbitrarie e, come tali, costituzionalmente illegittime, non può essere validamente assunta come elemento connotativo di un giudizio di merito, essendo un tratto che si riscontra, come s'è appena visto, anche nei giudizi di ragionevolezza»²².

La Corte costituzionale, lungi dal poter sostituire le proprie valutazioni (giudizio di legittimità) con quelle fatte proprie dal legislatore (giudizio di merito), procede con uno scrutinio stretto di costituzionalità (fra presunzione di ragionevolezza e manifesta irragionevolezza)²³.

Nell'*excursus* giurisprudenziale che si intende ripercorrere si vogliono estrapolare quei riferimenti che dovrebbero costituire le basi per ancorare il giudizio di ragionevolezza ad un *test* di verifica della scelta legislativa compiuta in campo tecnico-scientifico e quindi a quello che è stato definito «giudizio di scientificità»²⁴.

3. ... la decisione del legislatore è sempre presuntivamente ragionevole

Se ai giudici comuni è affidato il compito di sollevare questione di legittimità costituzionale in caso di inadeguatezza scientifica dei presupposti su cui si è basato il legislatore – giustificando un sospetto di «eccesso di potere legislativo» inteso come «*insoddisfacente bilanciamento tra evidenze tecnico-scientifiche e giudizi di valore costituzionalmente orientati*»²⁵ –, alla Corte compete l'arduo compito di muoversi in uno spazio di controllo di legittimità e non anche di merito.

Si può allora iniziare a ripercorrere l'*iter* giurisprudenziale della Corte costituzionale in *subiecta materia* dalla (non più recente) sentenza n. [21 del 1964](#) che rappresenta – unanimemente in dottrina – la massima espressione di quel *self restraint*²⁶ che ha caratterizzato in una prima fase il sindacato della Corte chiamata a decidere su dati superati dalla scienza ma non ancora dal legislatore, al quale è riconosciuta (sempre e comunque) una «presunzione favorevole»²⁷ per la scelta compiuta.

Giudicando la legittimità della legge (risalente al 1908) che vietava la panificazione nelle ore notturne (allo scopo di prevenire i danni alla salute dei lavoratori derivanti dal loro difficile

fasi: 1. «di legittimità», vale a dire verifica della conformità ai principi fondamentali; 2. «di valutazione delle connessioni razionali», stante la valutazione che vi deve essere tra i mezzi (predisposti) e i fini (da perseguire); 3. «della verifica della necessità» del minor sacrificio che viene comunque richiesto ad altri diritti o beni costituzionalmente rilevanti a seguito della scelta legislativa compiuta; 4. «della proporzionalità in senso stretto», nel quale vengono esaminati gli effetti dell'atto legislativo nella concretezza dell'ordinamento (il bilanciamento).

²² Corte cost., sent. n. [1130/1988](#). «Il criterio di ragionevolezza, quando è disgiunto dal riferimento a un *tertium comparationis*, può trovare ingresso solo se l'irrazionalità o iniquità delle conseguenze della norma sia manifesta e irrefutabile (Corte cost., sent. n. [46/1993](#), punto 4 *cons. in dir.*), così che solo manifeste ragioni di irrazionalità o discriminazioni prive di fondamento giuridico [...] potrebbero consentire di sindacare [l'] ampio potere discrezionale riservato al legislatore» (Corte cost., sent. n. [175/1997](#), punto 2.3 *cons. in dir.*).

²³ Di «presunzione di ragionevolezza» disquisisce, come è noto, R. BIN, *Corte e scienza*, cit., 6. Parla di «non evidente irragionevolezza» S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2009, 825.

²⁴ G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza*, cit., 60.

²⁵ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, 2/2004, 434, corsivi dell'A.

²⁶ Espressione usata dal Presidente della Corte Giuliano Vassalli nella presentazione della [Relazione della giustizia costituzionale per l'anno 1999](#): «[è] certo ed è stato più volte osservato che simili valutazioni non sono esenti dal rischio di sovrapposizioni alle scelte politiche del legislatore. Ma ad evitare questo pericolo la Corte esercita un *self restraint* sulla ragionevolezza, richiedendo a volte, non la positiva ragionevolezza, ma la non irragionevolezza, la manifesta arbitrarietà della disciplina, o la sua incidenza negativa su diritti fondamentali».

²⁷ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 6, che cita A. CERRI, *Divieto di differenziazioni normative per ragioni di sesso e carattere 'privilegiato' delle valutazioni legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1986, 956 ss.

avvicendamento durante il lavoro notturno e di agevolare il più possibile i controlli igienico-sanitari da effettuarsi nelle ore giornaliere), la Corte ne ricostruisce la *ratio* e ne rileva la (potenziale) inadeguatezza, ma senza accertarla e dichiararla, in quanto individua un ampio margine alla discrezionalità legislativa. Essa, infatti, riconosce la volontà del legislatore di verificare «la permanenza delle ragioni che originariamente avevano sorretto la norma», chiosa che «si *potrebbe* anche discutere se, *dopo tanti anni*», tali ragioni siano ancora fondate «sulla base delle nuove acquisizioni della scienza e della tecnica», ma conclude affermando che «queste nuove possibilità, che il legislatore – e solo il legislatore – potrebbe valutare per eventuali modificazioni della disciplina vigente, non si presentano come tali da togliere, rispetto alla situazione generale, quella base di ragionevolezza, su cui resta fondata la norma»²⁸. La Corte, dunque, accetta il volere del legislatore di non ridiscutere la validità della fondatezza scientifica su cui la norma trovava appoggio.

Nello stesso senso procedono quelle pronunce che, riconoscendo la piena e totale discrezionalità del legislatore, dichiarano l'infondatezza delle questioni sollevate dai giudici *a quibus* che dubitavano della legittimità delle previsioni di vietare perizie psichiatriche al fine di stabilire la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità di un imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche²⁹, ovvero riconoscono la ragionevolezza di quella previsione legislativa che equiparava ai fini sanzionatori due diverse tipologie di sofisticazioni dei vini³⁰.

I due casi, però, risultano essere non del tutto coincidenti; il primo, similmente a quanto visto con la decisione del 1964, definisce la diversità tra un giudizio di merito ed uno di legittimità, ma non senza rilevare una probabile inadeguatezza scientifica sopravvenuta quando si legge che «non si esclude che la diffidenza verso la perizia psicologica sia discutibile di fronte allo sviluppo degli studi moderni sulla psiche ed è auspicabile che la norma sia aggiornata»³¹; nel secondo caso, la «presunzione» è assoluta e non viene messa minimamente in discussione, e non avrebbe potuto che essere così non potendosi ritenere – «come implicitamente mostrano di ritenere i giudici *a quibus* – che il legislatore delegato, il quale dispone di organi tecnici altamente qualificati e con il compito istituzionale della raccolta ed elaborazione di tutti gli elementi utili, abbia optato per l'equivalenza sul piano penale dei due fatti, senza la previa ponderazione dei disparati profili che interessano la materia, quali quello [...] tecnico, sanitario»³².

Quello sopra richiamato costituisce il tritico delle decisioni a cui comunemente ci si riferisce per affermare quella presunzione di ragionevolezza che garantirebbe le scelte operate dal legislatore in ambito scientifico³³; l'uso del condizionale rende evidente come tale presunzione «assoluta» sia stata abbandonata dalla giurisprudenza successiva allorché, pur continuando a tutelare la discrezionalità del legislatore, essa delinea i confini, seppur ampi, in cui questa può

²⁸ Corte cost., sent. n. [62/1964](#), punto unico *cons. in dir.*, corsivi nostri.

²⁹ Il dubbio nasceva dal fatto che la norma contrasta con la funzione emendatrice della pena: infatti non consentendo la perizia psicologica, la disposizione impedirebbe di cogliere appieno il carattere e la personalità dell'imputato e di adattare la sanzione punitiva ai fini del suo recupero sociale. Cfr., quindi, Corte cost., sent. n. [124/1970](#). La norma oggi, adeguandosi alle acquisizioni in campo psichiatrico, è parzialmente abrogata e novellata con l'art. 220, comma 2, c.p.p.

³⁰ Corte cost., sent. n. [188/1982](#).

³¹ E così continua: «anche sotto questo aspetto, peraltro, il problema non è di legittimità costituzionale, ma di discrezionalità legislativa, poiché importa un giudizio di merito sull'utilizzabilità processuale di una scienza; onde l'esame della Corte non potrebbe spingersi così a fondo come si vorrebbe nell'ordinanza di rinvio», Corte cost., sent. n. [124/1970](#), punto unico *cons. in dir.*.

³² Corte cost., sent. n. [188/1982](#), punto 5 *cons. in dir.* Non solo su tale pronuncia, cfr. T. GIOVANNETTI, *Biotechnologie e sicurezza alimentare: la tutela della salute del consumatore tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia della C.E.*, in AA.VV., *Bio-tecnologie*, cit., in particolare 331-333.

³³ Per tutte e non solo su queste, si rinvia ad una delle ricerche di certo più complete, si v., quindi, G. D'AMICO, *Scienza e diritto*, cit., 167 ss.

esprimersi, configurandosi piuttosto la presunzione delle scelte effettuate dal legislatore come di tipo «debole»³⁴. La nota vicenda, risolta con la ancora più nota sent. n. [114/1998](#)³⁵, sorgeva dal mancato riconoscimento (da parte del pretore che sollevava q.l.c., supportato da diverse relazioni di periti, tecnici e relazioni della comunità scientifica) della validità scientifica della distinzione (recepita dal codice penale *ex artt.* 94 e 95) tra abitudine nell'ubriachezza e nell'uso di sostanze stupefacenti (da cui discende la colpevolezza) e cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti (che comporta la non colpevolezza) sulla base di considerazioni svolte al riguardo nell'ambito della scienza medico-legale. La Corte è chiamata a giudicare della suddetta differenziazione e quindi della paventata inattendibilità della distinzione accettata anche dalla giurisprudenza e fondata su di una asserita irreversibilità della intossicazione cronica. Saremmo stati dinanzi – sempre a dire del giudice rimettente – ad un diritto vivente fondato su presupposti non condivisi dalla scienza. L'Avvocatura, dal canto suo, riaffermava l'autonomia delle categorie giuridiche rispetto alle nozioni scientifiche. La Corte in questa decisione ricostruisce in modo netto i suoi limiti nell'esercizio del sindacato di ragionevolezza (scientifica) che non deve di certo «escludere che il sindacato sulla costituzionalità delle leggi, vuoi per manifesta irragionevolezza vuoi sulla base di altri parametri desumibili dalla Costituzione, possa e debba essere compiuto anche quando la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i *sicuri riferimenti scientifici* o la *forte rispondenza alla realtà delle situazioni* che il legislatore ha inteso definire», vale a dire rispetto ai «fatti scientifici». E tuttavia, pur se «la disciplina legislativa vigente per la materia in esame non trova nella dottrina psichiatrica e medico-legale una base sicura»³⁶, per giungere ad una declaratoria di incostituzionalità occorre che «i dati sui quali la legge riposa siano *incontrovertibilmente erronei* o raggiungano un tale livello di *indeterminatezza* da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione *razionali* da parte del giudice»³⁷.

Per questa giurisprudenza, l'irragionevolezza che si può sindacare deve essere, dunque, manifesta, vale a dire più che palese e risaputamente³⁸ inconsistente e manifestamente errata

³⁴ Ci si riferisce a quanto sostenuto da R. BIN, *La Corte*, cit., 6.

³⁵ Per tutti, G. D'AMICO, *Scienza e diritto*, cit., 203 ss.

³⁶ Corte cost., sent. n. [114/1998](#), punto 5 *cons. in dir.* In dottrina almeno E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto*, cit., 248; 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, 286 ss; G. RAGONE, *Scienza e diritto nell'argomentazione della corte costituzionale*, in [Gruppodipisa.it](#) (18 settembre 2015), 11 ss.

³⁷ La decisione, comunque di infondatezza, è Corte cost., sent. n. [114/1998](#); il punto riportato nel testo è il 4 *cons. in dir.* la decisione è annotata, fra gli altri, da L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1998, 975 ss., per la quale «[c]ontro una logica scientifica di tipo puntuale e rigorosamente legata al dettaglio, il giudice costituzionale afferma, dunque, una logica di sistema, che guarda alla “*ratio*” dell'intera costruzione normativa prescindendo dalla correttezza dei singoli tasselli che la compongono o dalla problematicità della loro applicazione», 978.

³⁸ Stante lo spazio del controllo che la Corte si riconosce di potere esercitare, che è comunque di tipo residuale (P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2009, 595), in quanto l'irragionevolezza deve risultare «evidente» (G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alla certezze del diritto*, in AA.VV., *Bio-tecnologie*, cit., 245), la possibilità di un utilizzo dei poteri istruttori da parte della Corte, come messo in luce dagli autori appena citati, per l'acquisizione di conoscenze scientifiche, parrebbe minimo, ed infatti così è. La Corte non abbisogna di attivare il potere istruttorio per rilevare ciò che è palesemente inconsistente ed errato, in quanto le informazioni che utilizza sono già nella propria disponibilità perché riferentesi alla «sapienza comune», vale a dire all'*id quod plerumque accidit*. Ciò che la Corte utilizza sono, forse, le c.d. ordinanze istruttorie informali. Su queste ultime e sull'opportunità o meno di utilizzare anche le «ordinanze formali» cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 123 e 176; G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, Q. CAMERLENGO, *Op. cit.*, M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, tutti in AA.VV., *Bio-tecnologie*, cit., e, rispettivamente, a 46 s., 163 ss., 622; G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte*, cit., 443-446; G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza*,

deve essere la base scientifica su cui la legge si fonda³⁹; in caso contrario prevarrà la «logica del sistema» giuridico⁴⁰ su una logica puramente scientifica di tipo puntuale⁴¹. E se la certezza del dato scientifico non esiste (ancora)? Il riconoscimento della discrezionalità del legislatore sarà ancora maggiore⁴², fermi restando i limiti già richiamati dell'irragionevolezza manifesta

cit., 432; G. RAGONE, *Scienza e diritto nell'argomentazione della corte costituzionale*, cit., 7. Più in generale sui poteri istruttori e sull'uso che ne ha fatto il giudice costituzionale diversi e autorevoli sono stati gli studiosi che si sono dedicati al tema: fra di essi, si rinvia, almeno, ad A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 1497 ss.; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, 1335 ss.; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1987, 1045 ss.; A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994; R. BIN, *Atti normativi*, cit., 313 ss.; M. AINIS, *La "motivazione in fatto" della sentenza costituzionale*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Torino, 1994, 170; G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del 'fatto' nelle decisioni della Corte*, in AA.VV., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Torino, 1996, 245 ss.; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte*, cit., 431 ss.

³⁹ Come è avvenuto nel caso risolto con la decisione di fondatezza contenuta in Corte cost., sent. n. [323/2008](#), con la quale la Corte, con una addizione, ha dichiarato l'incostituzionalità della legge ad essa sollevata nella parte in cui non prevedeva che, allorché la malattia insorga dopo i cinque anni dalla cessazione dal servizio, il termine quinquennale di decadenza per l'inoltro della domanda di accertamento della dipendenza delle infermità o delle lesioni contratte, ai fini dell'ammissibilità della domanda di trattamento privilegiato, decorra dalla manifestazione della malattia stessa. L'accoglimento della questione è stata argomentata sulla base delle «attuali conoscenze mediche, [...] che] hanno messo in luce l'esistenza di malattie in cui, fra la causa della patologia e la relativa manifestazione, intercorre un lungo e non preventivabile periodo di latenza in assenza di alcuna specifica sintomatologia, come ad esempio in quelle provocate dall'esposizione all'amianto», punto 2.2 *cons. in dir.*

⁴⁰ «Che guarda alla "ratio" dell'intera costruzione normativa prescindendo dalla correttezza dei singoli tasselli che la compongono o dalla problematicità della loro applicazione», così L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni*, cit., 978. Non ricorrendo l'incostituzionalità di una precisa disposizione, se salvata da una interpretazione fondata di tutte le disposizioni poste in sistema, «a prescindere dal significato scientifico della norma», così P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche*, cit., 596.

⁴¹ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza*, cit., 431.

⁴² Ciò è accaduto, ad esempio, nella più recente Corte cost., sent. n. [84/2016](#), allorché la Corte pare abbia fatto un "passo indietro" – per aver rilevato una mancanza di consenso tra gli scienziati in tema di embrioni soprannumerari – non entrando nel merito della questione che era stata sollevata in quanto si riteneva che l'art. 13 della l. n. 40/2004 (divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso) fosse in contrasto con gli artt. 9, 32, 33, comma 1, Cost. Per la Corte, la «tragica» scelta da effettuare (tra il rispetto della vita che si racchiude nell'embrione pur se affetto da patologia e le esigenze della ricerca scientifica) è «così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico» che «[u]nicamente al legislatore [...] compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle "evidenze scientifiche" e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale)», punto 11 *cons. in dir.* La conseguenza di tal modo di procedere, però, non può essere quella di "decidere di non decidere", perché se la scienza non raggiunge un "generale consenso" ciò non deve significare che alla Corte non compete il sindacato sul bilanciamento svolto dal legislatore anche intorno a materie delicate e "sensibili". Proprio per tali conseguenze "ordinamentali" (sul compito della Corte si ritornerà nelle conclusioni del presente scritto) criticamente ha argomentato la maggior parte della dottrina: G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2017, 1 ss.; C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, V.M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, S. Prisco, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, A. RUGGERI, *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)*, A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, tutti in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2016, 157-250; V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 maggio

per quanto riguarda la legittimità e più in generale i limiti che si impongono alla regolazione giuridica⁴³.

4. Verso il riconoscimento del ruolo esercitato dalla expertise tecnica

Nell'ipotesi in cui le conoscenze scientifiche non siano (apprezzabilmente) "certe", la presunzione di ragionevolezza è riconosciuta al legislatore che ha un ampio margine di manovra nel dare contenuto alla "norma scientifica", con conseguente uso parsimonioso del controllo del sindacato di ragionevolezza esercitato dalla Corte limitatamente ai casi in cui il legislatore ha chiaramente disconosciuto le ampie e consolidate cognizioni tecnico-scientifiche nel legiferare proprio in materie fondate su determinati dati scientifici, a cui doveva riferirsi nel momento della produzione legislativa.

Si afferma ciò con riguardo a quanto avvenuto con quello che è passato alle cronache, nello scorcio della fine del secolo scorso, come il "caso Di Bella"⁴⁴, che esemplifica ancora più significativamente l'analisi della ragionevolezza del dato medico-scientifico.

Il c.d. "multitattamento Di Bella" voleva rappresentare una terapia alternativa per la cura dei tumori, ideata dal medico da cui prende il nome, Luigi Di Bella. La terapia – la cui efficacia, come gli stessi fondamenti clinici, è sempre stata priva di riscontri scientifici – era contemplata in uno speciale elenco di "farmaci innovativi", erogabili a totale carico del Servizio Sanitario Nazionale esclusivamente per quei pazienti per i quali non esisteva una valida alternativa terapeutica. I farmaci, *id est*, erano erogati gratuitamente per i malati terminali previamente selezionati ai fini della sperimentazione, mentre per quelli non ammessi al trattamento l'utilizzo dei farmaci era sì autorizzato, ma non erogato gratuitamente.

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi, in riferimento al profilo del rispetto del principio di uguaglianza e al diritto alla salute, sulla conseguenza del divieto d'inserimento dei pazienti nella lista di somministrazione gratuita del trattamento e sul principio di non

2016, 1 ss.; E. CHEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5/2016, 4 giugno 2016, 1 ss.; B. BRANCATI, *Il complesso rapporto tra il giudice costituzionale e il dibattito extra-giuridico, in relazione al problema della ricerca scientifica sugli embrioni*, in questa *Rivista*, 2/2016, 304 ss.; D. CARUSI, *La Corte costituzionale e lo statuto dell'embrione*, I. RIVERA, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione degli embrioni*, entrambi in *Giur. it.*, 2/2017, 307 ss.; G. CASABURI, *La Corte costituzionale e la l. 40/04: ritorno all'ordine?*, in *Il Foro it.*, 5/2016, I, 1518 ss.; A. COSSURI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: L'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, in *Giur. cost.*, 2/2016, 763 ss.; C. PICIOCCHI, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 12/2016, 1437 ss.; A. RICCIARDI, *La Corte costituzionale, decidendo di non decidere, lascia aperta la questione degli embrioni crioconservati*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 1 ss.

⁴³ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 10.

⁴⁴ Corte cost., sent. n. [185/1998](#). Cfr., anche, la di poco successiva Corte cost., sent. n. [121/1999](#) e la ancora più recente Corte cost., sent. n. [8/2011](#). La decisione del '98 è annotata, fra gli altri, da T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra 'fatto legislativo' e 'fatto sociale'*, P. GIANSPERO, *Il diritto alla salute e la sperimentazione clinica in una "additiva di principio" anomala*, entrambi in *Giur. cost.*, 4/1998, 2798-2817. In dottrina sono definiti "fatti legislativi" quelli utili alla «elaborazione ed all'interpretazione del diritto, non acquisibili attraverso l'interpretazione giuridica, che richiedono il ricorso a cognizioni extragiuridiche di altre discipline scientifiche o di comune esperienza», così R. BIN, *Atti normativi*, cit., 334. Cfr., anche, A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul 'caso Di Bella'*, in *Giur. cost.*, 3/1998, 1528 ss. Il ricorso alla comune esperienza ("canone di razionalità pratica" nelle parole della Corte) è stato fatto da ultimo con Corte cost., sent. n. [113/2015](#), in special modo si v. il punto 6 *cons. in dir.*, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 45, comma 6, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), nella parte in cui non prevede che tutte le apparecchiature impiegate nell'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità (autovelox) siano sottoposte a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura. In dottrina, almeno, I. RIVERA, *Il sindacato di ragionevolezza quale strumento di controllo della razionalità (formale e pratica) della norma. Brevi osservazioni a margine della sentenza n. 113 del 2015*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2016.

discriminazione nei confronti di quei soggetti ai quali i medicinali occorrenti per il “multitrattamento” non erano erogati a carico del SSN.

Ricostruito il *petitum* in tali termini, la Corte riesce facilmente a non prendere posizione in merito alla scientificità (in quel momento tutta da dimostrare) della cura; ed infatti, esclude tassativamente la circostanza di essere chiamata a pronunciarsi con riguardo agli «effetti e [al]l’efficacia terapeutica di detto trattamento, per il cui accertamento è in corso la sperimentazione», ed aggiunge che essa «[n]on è chiamata, né potrebbe esserlo, a sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere *assunte* nelle *competenti sedi*, consapevole com’è dell’essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici»⁴⁵.

Per la Corte, la determinazione del legislatore di avviare la sperimentazione di un complesso di sostanze e l’autorizzazione al loro impiego nei confronti di altri soggetti estranei alla sperimentazione, prima che ne siano noti gli esiti, non sottende, certo, un «riconoscimento della utilità di impiego» dei medicinali compresi nel multitrattamento. La decisione parlamentare costituisce, però, un «fatto legislativo»⁴⁶ che ha una sua oggettività, tale da differenziarlo da un qualsiasi “mero fatto sociale spontaneo”, che non ha alcuna conseguenza sul diritto fondamentale. «Ora, nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative [...], va considerato che dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, *scaturiscono indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute*»; se così è, non si può ammettere che «il concreto godimento di tale diritto fondamentale dipenda, per i soggetti interessati, dalle diverse condizioni economiche»⁴⁷, se non con la violazione del principio di eguaglianza.

La Corte, se prende le distanze da un proprio apprezzamento della valutazione (scientifica) legislativa⁴⁸, applica una sorta di principio di precauzione invertito⁴⁹ – reso possibile anche dal ruolo che si riconosce essere svolto dagli organi tecnico-scientifici (che, come è nel caso di specie, coadiuvano il legislatore nella predisposizione della decisione normativa) –, che le consente nello stesso tempo di ricordare a sé e al legislatore la propria competenza ad un (potenziale) sindacato di legittimità, da non attivare fino a quando non «sia possibile disporre di *dati scientificamente attendibili*, in base ai quali si possa uscire dalla situazione di incertezza attuale circa la non implausibile efficacia del “multitrattamento Di Bella”, momento in cui dovrà operare la disciplina a regime»⁵⁰.

La (sola) decisione giuridica, che è quella che d’altronde compete alla Corte, lascia (però) sullo sfondo la valenza scientifica della questione con il richiamo agli organi tecnici che diventano i soggetti legittimati alla riduzione della discrezionalità del legislatore, il quale deve prendere in adeguata considerazione le valutazioni da essi fornite e portate alla sua attenzione nel procedimento della formazione della legge.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. [185/1998](#), punto 8 *cons. in dir.* Oltre agli AA. già citati nella nota precedente, si rinvia a A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle “fattispecie dubbiose”*, C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l’effettività della sua tutela nella sperimentazione del “multitrattamento di bella”*, entrambi in 151/1999, 166 ss.

⁴⁶ Anche se la sentenza non esplicita in nessun passaggio della motivazione quali sarebbero le conseguenze sociali (“i fatti sociali legislativi”) dell’intervento legislativo. Cfr. T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra ‘fatto legislativo*, cit., 2804. L’A. rileva la differenza tra tali fatti sociali legislativi e i *legislative facts* che si riferiscono ai fatti idonei ad interpretare la legge stessa e quindi a ricavare la *ratio* dell’intervento del legislatore, 2803. Ampiamente in tema G. RAGONE, *Scienza e diritto nell’argomentazione della Corte costituzionale*, cit., 2.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. [185/1998](#), punto 9 *cons. in dir.*

⁴⁸ T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra ‘fatto legislativo’*, cit., 2800.

⁴⁹ P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche*, cit., 599. Sul principio di precauzione si rinvia, per tutti, a S. GRASSI-A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2003, 149-169.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. [185/1998](#), punto 10.c *cons. in dir.*

Il ruolo esercitato e riconosciuto all'*expertise* tecnica è consacrato qualche anno dopo con una decisione molto rilevante qual è la sent. n. [282 del 2002](#); con essa l'acquisizione delle conoscenze scientifiche diventa un parametro di legittimità sostanziale delle attività politiche discrezionali (*rectius* delle procedure legislative), rispetto alle quali si pone come limite conformativo. Con tale pronuncia⁵¹, la Corte dichiarava costituzionalmente illegittima la legge della Regione Marche (la n. 26/2001)⁵² che vietava in tutto il territorio regionale lo svolgimento della pratica della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e di altri interventi di psicoturgia, non essendo il legislatore regionale (ma lo stesso vale anche per quello statale) idoneo a stabilire in modo autonomo quali devono essere le pratiche terapeutiche ammesse e a quali condizioni⁵³.

La Corte, dichiarando la questione fondata, chiariva che il legislatore non è sempre escluso dalla decisione sulle pratiche terapeutiche, ma che il suo intervento è possibile solo nell'opera del bilanciamento tra diritti e doveri; se i diritti fondamentali non entrano «in gioco [allora,] non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni».

La ragione di tale mancato riconoscimento a stabilire determinate pratiche terapeutiche è nella tutela dell'autonomia dell'operatore sanitario e nel fatto che «la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione» e per questo la regola da seguire è quella del riconoscimento «della autonomia e della responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»⁵⁴.

L'intervento del legislatore, seppur residuale, non è sempre e comunque precluso, ma è ammesso nel rispetto di un limite che è definito di tipo procedurale⁵⁵ (oltre che sostanziale), che può interessare il merito stesso delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza⁵⁶; il vincolo in parola è quello già richiamato nella sent. [185/1998](#), e quindi il principio di diritto è quello per cui l'appropriatezza delle scelte terapeutiche «non potrebbe nascere da valutazioni di *pura discrezionalità politica* dello stesso legislatore, bensì [ed in ciò

⁵¹ Cfr., almeno, G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza*, cit., 58 s.; A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze tra Stato e regioni*, in *Il Foro Italiano*, 1/2003, 406-412; A. D'ATENA, *La Consulta parla ... e la riforma del titolo V entra in vigore*, D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V*, entrambi in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2002, 2027-2034, 2034-2042; E. CAVASINO, *I vincoli alla potestà legislativa regionale in materia di tutela della salute tra libertà della scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2002, 3282-3297; C.E. GALLO, *La potestà legislativa regionale concorrente, i diritti fondamentali ed i limiti alla discrezionalità del legislatore davanti alla Corte costituzionale*, in *Foro amministrativo-Consiglio di Stato*, 2/2002, 2791-2796; R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, entrambi in *Le Regioni*, 6/2002, e rispettivamente a 1445-1450, 1450-1461.

⁵² Il legislatore regionale aveva disposto la sospensione, su tutto il territorio della regione, da un lato dell'applicazione della terapia elettroconvulsivante (TEC, il c.d. "elettroshock"), dall'altro lato della pratica della lobotomia prefrontale e transorbitale e di altri simili interventi di psicoturgia, fino a che il Ministero della salute non avesse definito in modo certo e circostanziato le situazioni cliniche per le quali tale terapia e tale pratica siano sperimentalmente dimostrate efficaci e risolutive e non già causa di danni temporanei o permanenti alla salute del paziente.

⁵³ La Corte, dunque, non segue l'impostazione avanzata dal ricorrente della violazione della competenza da parte della Regione, ma dichiara l'incostituzionalità della norma, prodotto di una scelta (eccessivamente) discrezionale del legislatore, in quanto non ha tenuto conto di specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche.

⁵⁴ Passaggi presenti nel punto 4 *cons. in dir.*

⁵⁵ S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10.

⁵⁶ Possibile, ad esempio, nel dettare regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici «a rischio», onde meglio garantire – anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti – l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie.

consiste il limite procedurale oltre che sostanziale] dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi [...] a ciò deputati, dato l'«essenziale rilievo» che, a questi fini, rivestono «gli organi tecnico-scientifici»; o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica»⁵⁷.

Riconoscimento dell'autonomia del medico⁵⁸ nelle proprie scelte professionali ed obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali configurano, dunque, un altro punto di incrocio dei principi che bisogna tenere in adeguata considerazione quando si regolamenta una disciplina in cui è rilevante l'aspetto tecnico-scientifico.

Il richiamo ai «fatti» scientifici, quindi, costituisce una solida base per il legislatore per «ancorare la propria discrezionalità a dati maggiormente oggettivi»⁵⁹ e per limitare, pertanto, il controllo della legittimità operato dalla Corte, anche se, quando in confronto ad essi le scelte normative dovessero risultare palesemente arbitrarie, incontrovertibilmente erronee, elevatamente indeterminate od anche radicalmente ingiustificate, vale a dire contrastanti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza⁶⁰, tali «fatti» da base solida per il legislatore si trasformano in sabbie mobili.

L'irragionevolezza della scelta legislativa che si basa su acquisizioni scientifiche si palesa nell'uso distorto della discrezionalità quando vi è un falsato utilizzo del sapere scientifico che non giustifica quella determinata scelta normativa⁶¹ ovvero quando il legislatore disciplina nel dettaglio e a maglie strette una materia ad alto contenuto scientifico con la conseguenza, si

⁵⁷ Punto 5 *cons. in dir.* Continuando nel punto 6, si rileva che, nel caso di specie, l'intervento regionale contestato dal Governo non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, ma si presenta come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente intesa a scopo cautelativo, in attesa di futuri accertamenti che dovrebbero essere compiuti dall'autorità sanitaria nazionale e neanche in ordine a terapie nuove o sperimentali, «bensì a pratiche conosciute e utilizzate da tempo, ancorché oggetto di considerazioni non sempre omogenee fra gli specialisti».

⁵⁸ Da ultima, Corte cost., sent. n. [169/2017](#), punto 8 *cons. in dir.*

⁵⁹ C. PANZERA, *Legislatori, giudici e Corte*, cit., 344.

⁶⁰ Parlano di «un controllo esterno», Q. CAMERLENGO, *Op. cit.*, 178; M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, cit., 624.

⁶¹ O, *a contrario*, l'*expertise* tecnica salva la norma da una declaratoria di incostituzionalità anche paradossalmente quando il legislatore non era consapevole delle acquisizioni scientifiche. Pare essere questo il caso, fra gli altri, che rende legittima la decisione di non estendere a tutti l'utilizzo del c.d. «Metodo Stamina», ma di limitarlo solo a quei pazienti che avevano già avviato la cura prima che il legislatore, appunto, decidesse di interromperla (chiara, anche se non espressa, è la presa di distanza dalla precedente giurisprudenza «Di Bella» dove si era utilizzato il solo parametro dell'eguaglianza e l'argomentazione per cui nel contenuto minimo del diritto alla salute vi è l'aspettativa della cura anche con metodi non scientificamente accertati). Fra le altre argomentazioni utilizzate dalla Corte vi è anche quella che «la sussistenza delle condizioni per la prosecuzione della sperimentazione prevista dalla legge censurata risulta esclusa dal decreto del Ministero della salute adottato, sulla base della relazione dell'apposito comitato scientifico, il 4 novembre 2014, nelle more del presente giudizio». Sulla particolarità del caso che ha portato a Corte cost., sent. n. [274/2014](#), sulla decisione medesima, ed anche sul paradosso per cui la Corte, richiamando la relazione del Comitato scientifico nelle more, dimostra che la legge non poggiava, quando pubblicata, su solide basi scientifiche e sul fatto che (alcuni) giudici comuni hanno fatto rientrare il c.d. diritto alla speranza nel diritto alla salute (senza notare che il diritto alla salute si «deve» fondare sulla dimensione oggettiva della salute, in caso contrario si tratterebbe di soggettivizzare la nozione di salute), si v. G. D'AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scienza. A proposito del 'metodo Stamina'*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2013, 420-423; M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della 'vicenda Stamina'*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo. Dialoghi sulla dignità umana*, a cura di L. Chieffi, 1/2013, 63 ss.; M. D'AMICO, *Le questioni «eticamente sensibili»*, cit., 12 s. Contro la soggettivizzazione del diritto alla salute si è espressa la stessa Corte costituzionale con la nota sent. n. [164/2012](#): «Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango», così nel punto 7 *cons. in dir.*

diceva, che la stessa Corte condurrà un sindacato anch'esso a scrutinio stretto dove valuterà l'arbitrarietà, l'irrazionalità, *id est*, l'irragionevolezza della scelta legislativa compiuta.

Si potrebbe concludere che la possibilità di intervento legislativo è “fisarmonicamente” orientato⁶², vale a dire che si restringe dinanzi a certezze scientifiche e si espande davanti a conoscenze medico-scientifiche che ancora validate non sono, fermo restando l’“utilizzo” consultivo degli organi tecnico-scientifici. In questa seconda ipotesi la disciplina legislativa non può mai essere talmente penetrante da non prendere in adeguata considerazione la “continua evoluzione” della scienza⁶³ e l’“autonomia” e la “responsabilità” del medico che opera secondo le evoluzioni dei saperi medici.

5. *Il criterio della ragionevolezza scientifica in alcuni casi recenti*

Il consolidamento dei principi metodologici⁶⁴ fatti propri dalla Corte si palesa nella giurisprudenza che ha ad oggetto la molto discussa legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita. Il giudice delle leggi è stato chiamato più volte a decidere sulla costituzionalità della norma e lo ha fatto con diverse pronunce che (anche se non tutte) hanno dichiarato l'incostituzionalità di molte disposizioni. Fra le decisioni di accoglimento⁶⁵ vi è la

⁶² Nella giurisprudenza convenzionale questa oscillazione “a fisarmonica” può avere delle ripercussioni sulla dottrina del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in quelle materie dove non vi è ancora un *idem sentire*. Sul rapporto tra scienza e diritto, la Corte EDU ha prodotto una cospicua giurisprudenza che qui non può che essere solo richiamata e che è stata chiamata ad interessarsi al divieto di fecondazione eterologa (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione Prima, del 1 aprile 2010, e Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 3 novembre 2011, caso *S.H. e altri c. Austria*); sulla diagnosi pre-impianto anche per le coppie fertili e sterili (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione II, del 28 agosto 2012, caso *Costa e Pavan c. Italia*); sulla c.d. cura Stamina (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione II, del 28 maggio 2014, caso *Durisolto c. Italia*); sui divieti alla libertà scientifica sugli embrioni umani (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 27 agosto 2015, caso *Parrillo c. Italia*). In dottrina si v. per tutti, M. D'AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili”*, cit., 17 ss. e dottrina ivi citata. In tale giurisprudenza viene richiamata l'esigenza che il diritto stia al passo con la scienza: «la Corte osserva che il parlamento austriaco non ha, ad oggi, proceduto ad un esame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale, considerando la rapida evoluzione della scienza e della società a tal riguardo», § 117 del caso *S.H. e altri c. Austria* (Grande Camera); sempre che la scienza medica sia fondata «ad oggi [infatti] il valore scientifico del metodo in questione non è provato essendo tuttora pendente il procedimento giudiziario avviato da D.V. che ha ad oggetto la sperimentazione del metodo “Stamina”», § 48 del caso *Durisolto c. Italia*. Cfr., altresì, C. CASONATO, *La scienza come parametro*, cit., 10.

⁶³ Si può anche richiamare Corte cost., sent. n. [414/1995](#) dove non si giudica irragionevole la nozione di morte e il suo accertamento così come riconosciuto dalla legge, in quanto «allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero, può dirsi che la recente legge n. 578 del 1993, nel riflettere i progressi scientifici ed al fine di conseguire risultati di solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del concetto di decesso, certezza della irreversibilità di estinzione della persona), non si ponga in contrasto con norme e principi costituzionali per quanto concerne il circoscritto oggetto del presente giudizio, attinente alla chiarificazione della nozione di morte e l'indicazione dei criteri di accertamento della stessa». Cfr., almeno, A. CELOTTO, *Il bilanciamento tra diritto alla vita e trapiantabilità degli organi al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1/1996, 28 ss.

⁶⁴ *Ex multis* Corte cost., sent. n. [338/2003](#), che ha dichiarato incostituzionali le leggi regionali in materia di tutela della salute (ancora in merito all'applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia), in quanto, seppur la potestà legislativa è di tipo concorrente, non possono incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di o in difformità da determinazioni assunte a livello nazionale, introducendo una disciplina differenziata per una singola regione e riservando così un trattamento diversificato all'interno del territorio nazionale ai diritti fondamentali del malato ad essere curato efficacemente secondo i canoni della scienza e dell'arte medica e ad essere rispettato come persona nella propria integrità fisica e psichica.

⁶⁵ Nell'ord. n. [369/2006](#) – nella quale si registra, fra l'altro, la scissione tra giudice redattore e giudice relatore – è contenuto un dispositivo di inammissibilità; con tale pronuncia di rito, la Corte dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale vertente sull'articolo 13 della legge 40 nella parte in cui fa divieto di ottenere la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie, se

sent. n. [151/2009](#) della Corte costituzionale⁶⁶, il cui punto 6.1 del *Considerato in diritto* risulta di estrema rilevanza. I giudici di Palazzo della Consulta dichiarano l'incostituzionalità del divieto di cui al comma 2 dell'art. 14⁶⁷ e consequenzialmente del successivo comma 3⁶⁸. La previsione legislativa è sindacata come incostituzionale perché non riconosce al medico la possibilità di valutazione del singolo caso sottoposto al trattamento «sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche», negando in radice qualsiasi carattere di flessibilità che è invece richiesto alle norme che disciplinano fatti scientifici e che hanno ricadute sui diritti fondamentali, in questo caso della donna.

Ciò che rileva dalla lettura della pronuncia è il sindacato sulla ragionevolezza della norma e quindi sul mancato rispetto di quei limiti che si impongono alla discrezionalità legislativa così come ricostruiti dalla giurisprudenza costituzionale, vale a dire in riferimento alle «acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica» e che rinviano non alla decisione legislativa generale ed astratta, ma alla casistica che si impone dinanzi all'autonomia e alla responsabilità del medico, guidato dalla sua professionalità e, ben inteso, con il consenso del paziente.

su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. La manifesta inammissibilità è seguente al fatto che la Corte si è lamentata della mancata impugnazione del testo legislativo nella sua totalità, stante la inscindibilità delle disposizioni. In dottrina, sottolineando appunto la possibilità che ha la Corte dell'utilizzo processuale della illegittimità consequenziale e quindi della implicita volontà di non decidere *si v.*, già dal titolo, A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); A. CELOTTO, *La Corte costituzionale 'decide di non decidere' sulla procreazione medicalmente assistita*, C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita*, M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2006, e rispettivamente a 3846-3849, a 3849-3858 e a 3859-3867; L. TRUCCO, [La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale](#), in questa [Rivista, Studi, 2006](#).

⁶⁶ Cfr., almeno, M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione assistita e la 'Costituzione che non vale più la pena difendere'?*, entrambi in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2009, 1688-1695 e 1696-1705; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale*, entrambi in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); L. TRUCCO, [Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di \(almeno in parte\) decidere](#), in questa [Rivista, Studi, 2009](#) (15.VII.2009); D. CHINNI, [La procreazione medicalmente assistita tra 'detto' e 'non detto'. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004](#), *ibid.* (29.IX.2009); E. DOLCINI, *Embrioni nel numero 'strettamente necessario': il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2009, 950 ss.; ID., *La fecondazione assistita 'eterologa'. Una questione aperta*, A. MORELLI, *La Costituzione in laboratorio. I limiti giuridici alla ricerca sulle cellule staminali*, entrambi in AA.VV., *Diritto e bioetica*, cit., 15-36, 49-54; M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in [Costituzionalismo.it](#). Intorno alle discussioni precedenti al deposito della decisione, non si può che rinviare ad AA.VV., *Dalla provetta alla Corte*, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Guazzarotti-A. Pugiotta-P. Veronesi, Torino, 2008; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge 40/2002, recante 'Norme in materia di procreazione medicalmente assistita'*, in *Diritto Pubblico*, 2/2004, 501-548. In riferimento E. CASTORINA, *Op. cit.*, 33.

⁶⁷ Che stabiliva che «[l]e tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica [...], non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; l'incostituzionalità è dichiarata limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre».

⁶⁸ «Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile»; l'incostituzionalità è stata dichiarata «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

La Corte, inoltre, riportando in decisione riflessioni scientifiche – i “fatti” entrano nel processo⁶⁹, ma non si ha contezza se solo grazie ai rimettenti –, rileva l’irragionevolezza della norma per il fatto che essa non tutela i “soggetti” che in linea di principio il medesimo legislatore si era posto come obiettivo di proteggere (l’embrione e la madre): i mezzi non sono razionali (sono incongrui) allo scopo⁷⁰.

Dopo due decisioni di inammissibilità, finalmente la Corte si è “riconosciuta”⁷¹ competente a dichiarare l’incostituzionalità degli articoli 4, c. 3, 9, cc. 1 e 3, e 12, c. 1 della legge n. 40, relativi al divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita⁷². L’incostituzionalità della

⁶⁹ La Corte costituzionale quando è chiamata ad esercitare il proprio sindacato di costituzionalità sulle leggi che si basano su acquisizioni scientifiche abbisogna che siano valutati dalla stessa o che comunque siano presi in considerazione degli elementi extragiuridici (i fatti per l’appunto) di cui si serve per acquisire una conoscenza del fenomeno scientifico tale da poter valutare la corrispondenza tra quanto accertato dalla legge e i risultati a cui è giunta la scienza, richiamata come fondamento dalla regola giuridica medesima.

⁷⁰ «Il limite legislativo in esame finisce, quindi, per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l’aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all’art. 14, comma 4 salvo il ricorso all’aborto», sempre il punto 6.1 *cons. in dir.*

⁷¹ Il participio passato si impiega avendo a mente l’ord. n. [150/2012](#). Questa decisione è stata sottoposta a critica da coloro i quali (così come per l’ord. n. [369/2006](#)) hanno sottolineato la modalità (processuale) cui la Corte si è richiamata con l’implicita finalità di non decidere, ma solo di posticipare la decisione a seguito di una sempre possibile riproposizione di una q.l.c. (cosa che del resto è avvenuta). La Corte, alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria*, successiva alla presentazione dell’ordinanza, ma rilevante – a dire della Corte – ai fini dell’interpretazione delle disposizioni indicate nel *thema decidendum*, decise di disporre la restituzione degli atti ai giudici *a quo* per *ius superveniens*, affinché essi potessero rinnovare l’esame dei termini delle questioni, e agì in tal senso prendendo in considerazione solo l’art. 117, comma 1 (disposizione costituzionale che rileva quando si prendono in considerazione le fonti esterne all’ordinamento) e non anche gli altri parametri costituzionali in riferimento ai quali si dubitava della non conformità dei testi di legge impugnati, che la giurisprudenza convenzionale lasciava sostanzialmente inalterati. Si v. R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l’ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, e A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri ‘conseguenziali’ e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, entrambi in questa *Rivista, Studi*, rispettivamente [2013](#) (26.02.2013) e [2012](#) (12.06.2012); E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino ‘convenzionale’ della Corte*, A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, entrambi in *Forum di Quaderni Costituzionali*; V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell’ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell’ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, tutti in *Rivista AIC*; G. REPETTO, “Non di sola CEDU ...” *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Diritto Pubblico*, 1/2013, 131-165.

⁷² La l. n. 40 del 2004 permette(va): «[a]l fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1), il ricorso alla procreazione medicalmente assistita (*infra* PMA) alle condizioni e secondo le modalità previste dalla stessa, e quindi «[è] vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo» (art. 4, comma 3), facendo dunque «[d]ivieto del disconoscimento della paternità e dell’anonimato della madre» (art. 9), e disponendo che «[q]ualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l’azione di disconoscimento della paternità» (art. 9, comma 1) e che «in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» (art. 9, comma 3). Infine, l’art. 12, comma 1, stabilisce che «[c]hiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall’articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro».

disposizione censurata – ad avviso della Corte – sta nella sua intrinseca irragionevolezza nel bilanciamento dei diversi diritti, e nella sua irrazionalità per aver escluso dalla possibilità di utilizzo della tecnica le coppie sterili o infertili⁷³.

La Corte, pur riconoscendo che si tratta di questioni che toccano “temi *eticamente sensibili*” e che per questo è al legislatore che compete la valutazione di un ragionevole bilanciamento al fine di individuare il punto di equilibrio fra contrapposte esigenze «nel rispetto della dignità della persona umana», da subito chiarisce che resta ferma la sindacabilità della normativa di risulta della valutazione politica, «al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano»⁷⁴.

Scopo del richiamo di tale decisione non è quello di giudicare la fondatezza argomentativa⁷⁵ o meno⁷⁶ della decisione stessa, quanto quello di inserirla nel filone giurisprudenziale che si sta analizzando. Con la sent. n. [162/2014](#), la Corte pare abbia compiuto un salto “qualitativo” di una certa importanza rispetto ai suoi precedenti che emerge dal richiamo che essa fa della sua stessa giurisprudenza sulla ragionevolezza scientifica delle leggi applicandola ad un caso che per noi, però, non è equiparabile in modo pieno a quelli prima analizzati nei quali il legislatore decideva di basarsi su cognizioni scientifiche, ma lo faceva in modo errato, ovvero le disconosceva in modo arbitrario pur trattando di una materia ad “alta intensità” tecnico-scientifica. Qui, invece, il legislatore (nella sua discrezionalità) decide di non permettere il ricorso ad una precisa tecnica medica (procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo). La Corte, però, afferma che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere *incoercibile*, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch’essa attiene a questa sfera»⁷⁷.

Tale affermazione, determinando una nettissima limitazione nei riguardi del legislatore, comporta che l’esistenza di una tecnica – sempre che essa non si ponga in contrasto con beni costituzionali – deve essere “obbligatoriamente”⁷⁸ riconosciuta al fine di perseguire la libertà

⁷³ Corte cost., sent. n. [162/2014](#), punto 13 *cons. in dir.* Questa decisione per la sua rilevanza, ma anche “debolezza” argomentativa, è stata oggetto di una moltitudine di commenti, oltre quelli citati più avanti, almeno L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, A. MUSUMECI, “La fine è nota”. *Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, entrambi in [Osservatorio Costituzionale Aic](#) (luglio 2014); si rinvia, altresì, al numero 2/2014 di [BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), che ha dedicato il numero monografico a Quel che resta della legge 40, per riprendere le parole dell’editoriale scritto da A. D’Aloia e che apre la Rivista.

⁷⁴ I passi riportati della sentenza del 2014 sono tutti presenti nel punto 5 *cons. in dir.*

⁷⁵ A. RUGGERI, *La Consulta apre all’eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte Edu*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale*, in questa [Rivista, Studi 2014](#) (13.06.2014) V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#); S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, G. D’AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, entrambi in [Forum di Quaderni Costituzionali](#).

⁷⁶ Su tutti A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in questa [Rivista, Studi 2014](#) (13.06.2014); C. TRIPODINA, *Il ‘diritto al figlio’ tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2014, 2593-2560. Sulla deriva scienziata della Corte (la scienza non costituisce solo parametro di giudizio, ma, altresì, lo sviluppo delle libertà, che, devono essere per questo impiegate se non violano diritti fondamentali), cfr. anche G. RAGONE, *Scienza e diritto nell’argomentazione della Corte costituzionale*, cit., 16 s., 25.

⁷⁷ Corte cost., sent. n. [162/2014](#), punto 6 *cons. in dir.*, corsivi nostri.

⁷⁸ Cercando di limitare l’affermazione fin troppo forte, ma che traspare dalla complessiva lettura della decisione, si può comunque rilevare che il legislatore aveva già permesso l’utilizzo della tecnica della procreazione medicalmente assistita pur se limitatamente a quella omologa. Al di là delle poche argomentazioni spese dalla Corte per rilevare che la valutazione della differenza tra le due tecniche è da considerarsi come irrazionale: «[n]on

di autodeterminazione del soggetto, a prescindere, quindi, da quello che decide (*rectius* che non può decidere) il legislatore⁷⁹.

Chiaro è, da questo punto di vista, che la tecnica da parametro diventa oggetto a prescindere da una valutazione legislativa⁸⁰, che non può non prendere in considerazione che «quando la tecnica rende possibile il concepimento di un figlio laddove la natura non lo permetterebbe, lì nasce la rivendicazione del diritto a procreare artificialmente [e questo è un] tipico «diritto dell'età della tecnica»⁸¹.

Questa giurisprudenza consegna all'interprete e al decisore parlamentare, il dato fattuale per cui nessun intervento legislativo negli ambiti dove rileva il trinomio scienza-tecnica-diritti può (*rectius* potrà) prescindere dal fatto che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla *verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite*, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati, anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela»⁸², dal «*consenso espresso dai soggetti coinvolti*» e quindi dalla salvaguardia dell'autonomia e della «*responsabilità del medico*, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali», fermo restando «il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali»⁸³, tenendo sempre presente l'«evoluzione tecnico-scientifica»⁸⁴.

rileva che le situazioni in comparazione non sono completamente assimilabili, sia perché ciò è ininfluenza in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe» (sentenza n. [1009 del 1988](#)), come appunto nel caso in esame», così Corte cost., sent. n. [162/2014](#), punto 13 *cons. in dir.* Quindi, l'esigenza di tutelare il diritto alla salute quando si hanno a disposizione delle acquisizioni tecniche di riproduzione fa sì che la Corte nel caso concreto abbia reso possibile (perché giudicato irragionevole il limite) le tecniche di riproduzione limitate ai soli casi di sterilità ed infertilità assolute ed irreversibili e lasciando in piedi, fra l'altro, il limite della maternità surrogata.

⁷⁹ Con ciò non si vuol dire che il diritto deve arretrare (pur data una sorta di prevalenza della scienza sul diritto: G. DI GENIO, *op. cit.*, 1), anzi che esso debba procedere, nel senso indicato, quindi, da S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune*, cit. 16 ss., e dovendolo fare secondo le indicazioni date dalla Corte costituzionale.

⁸⁰ Tende a limitare – e a ragione – la portata della sentenza G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse*, cit., 3 s., per il quale «la Corte, nella pronuncia in esame, non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del generale divieto di ricorrere a tecniche di tipo eterologo, limitandosi ad eliminare dalla originaria previsione il caso delle coppie assolutamente infertili o sterili, e, di conseguenza, escludendo per quest'ultima ipotesi la sanzionabilità delle relative condotte (ex art. 12, comma 1). La scelta – questa sì – politica di vietare in generale il ricorso alla donazione di gameti è rimasta fuori dal sindacato di costituzionalità».

⁸¹ Con molte e argomentate riserve C. TRIPODINA, *Il 'diritto' a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2/2014, 67.

⁸² Corte cost., sent. n. [162/2014](#), punto 7 *cons. in dir.*

⁸³ Corte cost., sent. n. [162/2014](#), punto 7 *cons. in dir.* La l. n. 40 del 2004 ha conosciuto ancora altre due decisioni di accoglimento: Corte cost., sentt. nn. [96/2015](#) (che è una pronuncia additiva) e [229/2015](#). In dottrina almeno M. BERGO, *Il riconoscimento del diritto alla fecondazione eterologa e alla diagnosi preimpianto nel sistema italiano di "regionalismo sanitario"*, in *Giur. cost.*, 5/2015, 1739 ss.; L. CHIEFFI, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giur. cost.*, 6/2015, 2111 ss.; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016, 1 ss.; A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2015, 1457 ss.

⁸⁴ Questo il monito che la Corte costituzionale ha rivolto al legislatore allorché ha affermato che è «compito del legislatore introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento», così nel punto 10 *cons. in dir.* della sent. n. [96/2015](#). In dottrina,

6. Conclusioni a valle di Corte cost., sent. n. [5/2018](#)

Quando il legislatore decide di disciplinare una materia scientifica (in special modo medico-terapeutica) non può estraniarsi da essa, ma le sue scelte non possono nascere da valutazioni di *pura discrezionalità politica*, dovendosi esse basare sullo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, da acquisirsi durante la fase della elaborazione legislativa, da esse non si può prescindere, anzi, per come si vedrà, si dovrà cronologicamente e logicamente farvi continuo ricorso anche a seguito della elaborazione legislativa. Tale ultimo assunto pare costituire l'ultima tappa del *test* che viene impiegato dalla Corte nel suo giudizio di ragionevolezza della "mitezza" della legge che giuridicizza il fatto scientifico. Si afferma ciò alla luce dell'ultima decisione della Corte costituzionale in tema di scienza: l'obbligatorietà e non solo la mera facoltà delle vaccinazioni.

Non è questa la sede per ripercorrere la giurisprudenza costituzionale in *subiecta materia*⁸⁵, anche se per ciò che si sta per dire non ci si può esimere dal ricordare che in materia di vaccinazioni il giudice delle leggi ha sempre ancorato il suo argomentare all'articolo 32 Cost.; 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 sottoposto⁸⁶.

Riconoscendo il diritto fondamentale alla salute, l'art. 32 della Costituzione⁸⁷ esplicitamente sancisce in modo chiaro, nel suo secondo comma, il diritto fondamentale al rifiuto delle cure: «[n]essuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione

sulla sent. n. [96/2015](#), cfr. C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2015; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato tra Corti*, in [BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 3/2015, 157-168; S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili"*, cit., 1 ss., M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, tutti in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in [Rivista AIC](#) 3/2015; E. MALFATTI, [La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né \(del tutto\) condivisibile](#), in questa [Rivista, Studi, 2015/II](#), 533 ss.; M.P. IADICICCIO, *La diagnosi preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in [Quaderni costituzionali](#), 1/2015, 325-350.

⁸⁵ Ampiamente analizzata dalla dottrina: S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979, 875, 894 s.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, 309 ss.; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1984, 558 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2015, 54 ss. In modo particolare sul decreto-legge, sulla legge oggetto del sindacato e sulla decisione della Corte cfr. fra i contributi pubblicati anche prima del deposito della decisione, si v. gli interventi (moderati da A. MORELLI) di F.G. PIZZETTI, L. RISCATO, A. RUGGERI, A. SPADARO, S. CURRERI, G. SORRENTI, C. SALAZAR, G. MAESTRI, S. AGOSTA, P. FALZEA, L. D'ANDREA, predisposti per il *Forum - Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in [BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 2/2017, 54 ss.; M. TOMASI, *Politiche sanitarie vaccinali fra diritto, scienza e cultura*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 10/2017; A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in [Federalismi – Osservatorio di diritto sanitario](#), 15 novembre 2017. Sulla decisione, per tutti, A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in questa [Rivista](#), 1/2018, 87 ss.

⁸⁶ *Ex multis*, si v. le sentt. nn. [258/1994](#) e [118/1996](#). Da ultimo Corte cost., sent. n. [268/2017](#), punto 6 *cons. in dir.*

⁸⁷ Non si può che rinviare al noto studio di L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in AA.VV., *L'ordinamento sanitario. L'Amministrazione sanitaria*, a cura di R. Alessi, Milano, 1967, 103 ss.

di legge». Tale fonte, però, non è libera nel limitare il diritto all'autodeterminazione del soggetto, insistendo sulla materia una riserva di legge rinforzata, in quanto l'eventuale limitazione può porsi solo per la tutela dell'interesse pubblico⁸⁸, non potendo «in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Nel caso delle vaccinazioni obbligatorie, che si rivolgono notoriamente alla popolazione infantile, purtroppo, rileva un altro interesse qual è quello del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non dovessero adempiere ai compiti inerenti alla sua cura⁸⁹. La scelta della limitazione della libertà di cura deve esprimersi secondo un'opzione che non comporti delle scelte che siano *potenzialmente* pregiudizievoli per la salute del minore. La decisione di bilanciare i diversi interessi che rilevano è giocoforza lasciata alla discrezionalità del legislatore che deve procedere, ben inteso, con ragionevolezza. Alla luce della giurisprudenza acquisita da Corte cost., sent. n. [282 del 2002](#), ragionevole è la discrezionalità esercitata alla luce «delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»⁹⁰.

L'obbligo di vaccinazione è una delle ipotesi di profilassi (l'altra è quella incentrata sulla persuasione), che può essere adottata dal legislatore quando le evidenze scientifiche suffragano la realtà del raggiungimento di un sempre più elevato livello di sicurezza. La ragionevolezza scientifica della determinazione legislativa è palesata, nella sentenza della Corte, dalle conclusioni a cui sono giunti diversi istituti e associazioni che sono stati ascoltati nelle aule parlamentari⁹¹ o a cui si può fare comunque affidamento⁹². La Corte non si è sostituita al legislatore con propri dati (continua a non registrarsi alcuna istruttoria formale)⁹³, perché ha riconosciuto la correttezza dell'*iter* legislativo “adottato” per la conversione in legge del decreto legge che aveva deciso per l'obbligatorietà delle vaccinazioni, in quanto (e lo stesso vale per la predisposizione del decreto-legge) il legislatore ha ascoltato chi gli ha predisposto le basi scientifiche per adottare la propria decisione e da queste non si è discostato.

I dati scientifici non sono di certo immutabili per cui non si è dinanzi ad una normativa che si pone in termini “assoluti” e quindi “rigidi”, quanto piuttosto ad una disposizione di legge che

⁸⁸ «Da ciò si desume che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale», così la Corte costituzionale nella sent. n. [307/1990](#), punto 2 *cons. in dir.*

⁸⁹ Corte cost., sent. n. [132/1992](#), punto unico *cons. in dir.*

⁹⁰ Corte cost., sent. n. [5/2018](#), punto 8.2.1. *cons. in dir.*

⁹¹ Conferenza unificata nella redazione del parere reso «ai sensi dell'articolo 9, comma 3, del decreto legislativo 197, n. 281, sul disegno di legge per la conversione in legge del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale», repertorio atti n. 71/CU del 6 luglio 2017), pronunciandosi quasi all'unanimità (con l'eccezione della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste e della Regione Veneto, appunto)» Corte cost., sent. n. [5/2018](#), punto 8.2.4. *cons. in dir.*

⁹² Si v. il CNB nel 2015 (*L'importanza delle vaccinazioni*) ed anche il *Piano Nazionale Prevenzione Vaccinale 2017-2019*, citato nella sentenza. Ed infatti, la Corte assume che entrambi i Comitati «hanno inoltre espresso argomenti e posizioni in linea con le valutazioni presupposte dal d.l. n. 73 del 2017 l'Accademia nazionale dei Lincei (nel rapporto «I Vaccini» del 12 maggio 2017), associazioni scientifiche e professionali (la Società italiana di igiene, medicina preventiva e sanità pubblica; la Società italiana di pediatria; la Federazione italiana dei medici pediatri e la Federazione italiana dei medici di medicina generale), da tempo attive con specifiche pubblicazioni e proposte nel settore della politica vaccinale. Nel corso dell'istruttoria, come pure si è già detto, ha anche manifestato favore per le iniziative delle istituzioni italiane l'OMS, richiamando alcuni dei propri programmi in materia vaccinale (*Global Vaccine Action Plan 2011-2019; Measles and Rubella Global Strategic Plan 2012-2020; European Vaccine Action Plan 2015-2020*)», così Corte cost., sent. n. [5/2018](#), punto 8.2.4. *cons. in dir.*

⁹³ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Forum. Le responsabilità nei confronti della scienza*, in [BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 1/2017, 10.

adotta un approccio metodologico “mite” e, quindi, “flessibile”, nella misura in cui il bilanciamento tra l’obbligatorietà della vaccinazione e il principio della autonomia della scelta terapeutica volto a garantire il benessere della collettività non è dato una volta per tutte, ma è riconosciuto come servente alla situazione del «presente contesto»⁹⁴. Quindi, si riconosce che alla luce dello stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche è reso necessario l’intervento cogente degli strumenti della profilassi vaccinale. Ma, per l’appunto, a valle di uno contesto che essendo definito «presente» non si esclude che possa cambiare, al mutare delle condizioni e conseguente riconsiderazione della scelta adottata (*rectius* da adottare) il bilanciamento può sempre essere rivalutato e riconsiderato, in una prospettiva di «valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario»⁹⁵. La volontà di seguire tale dinamicità è palesata dalla disposizione legislativa⁹⁶, che ha previsto un sistema di monitoraggio periodico che può comportare una rivalutazione della scelta adottata e quindi dell’obbligatorietà di alcune vaccinazioni⁹⁷. Anche la previsione di questo elemento di flessibilizzazione salva la ragionevolezza della normativa⁹⁸. Questo può costituire un altro tassello a disposizione della Corte nel *test* che impiega al fine di valutare la genuina espressione della discrezionalità legislativa.

La scienza è, quindi, sia oggetto che parametro. In special modo, il legislatore non può eccedere dal suo potere per non incorrere in una declaratoria d’irragionevolezza, dovendosi rifare (affidandosi) alle evidenze scientifiche così come certificate dagli appositi organismi consultivi del Ministero della Sanità (il Consiglio Superiore di Sanità e l’Istituto Superiore di Sanità). Si è visto che i trattamenti sanitari obbligatori si giustificano nella misura in cui sono volti «non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri»⁹⁹. Avendo tali organismi di settore appurato che la somministrazione “importante” di vaccini (non più quattro, ma ora otto) non procura danni alla salute e che ci si trova in un contesto di allarme per la profilassi vaccinale, il legislatore ragionevolmente può imporre un obbligo di tal sorta garantendo nello stesso tempo la salute del singolo e quella collettiva.

Tutto ciò è stato giudicato dal giudice delle leggi costituzionalmente legittimo.

La Corte – con quest’ultima decisione e pur nella consapevolezza di essere un giudice della norma “generale e astratta” e non del fatto “concreto”¹⁰⁰ – pare aver mosso un passo ulteriore nella configurazione del *test* sul sindacato di ragionevolezza scientifica, dimostrando che non è deferente nei confronti del legislatore quando questi dimostra che formalmente ha valorizzato lo studio scientifico nell’*iter* legislativo, ma che procede con un’analisi attenta circa l’attendibilità delle conclusioni a cui l’organo parlamentare è giunto, arrivando a giudicare come pertinenti le valutazioni e i riscontri fattuali e tecnico-scientifici realizzati e non solo nella misura in cui sono stati effettuati. Certo, per giungere ad una completa “decisione” in tal senso

⁹⁴ Corte cost., sent. n. [5/2018](#), punto 8.2.5. *cons. in dir.*

⁹⁵ Corte cost., sent. n. [5/2018](#), punto 8.2.5. *cons. in dir.*

⁹⁶ Si v. l’art. 1, comma 1-*ter* del decreto-legge n. 73 del 2017, convertito con modificazioni dalla l. 31 luglio 2017, n. 119.

⁹⁷ Nel caso di specie sono: anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella.

⁹⁸ Si ricordi l’importante Corte cost., sent. n. [414/1995](#), punto 4 *Cons. dir.*, con la quale si è avallata la scelta, di cui alla l. n. 578/1993, di determinare la morte del paziente con l’assenza dell’attività cerebrale, facendolo sulle conoscenze disponibili «[a]llo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero»; per l’appunto, il futuro progresso scientifico potrà valutarlo come non più attuale. Si v. anche, seppur il ricorso al tempo è impiegato in modo divergente, Corte cost., sent. n. [85/2013](#), punto 10.2 *cons. in dir.*

⁹⁹ Corte cost., sent. n. [307/1990](#), punto 2 *cons. in dir.*

¹⁰⁰ Ampiamente in tema, A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, cit., 1 ss.

la Corte – e sempre in attesa che il legislatore decida di motivare le proprie “decisioni”¹⁰¹ – dovrà determinarsi nel procedere con l’istruttoria formale (*ex art. 12, Mezzi di prova, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*)¹⁰², ma per il momento – ancora e anche per fondati dubbi “fattuali” circa l’uso di tale strumento processuale¹⁰³ – non si è a ciò determinata, anche per non “auto-costringersi” con detrimento del suo lavoro, che rimane quello della “applicabilità” dei principi costituzionali¹⁰⁴.

Senza voler accreditare alcuna dottrina scientifica, anzi ammettendo che non esiste neanche una “verità” scientifica¹⁰⁵ – in quanto essa è in *re ipsa* sempre mutabile¹⁰⁶ –, il richiamo “abbondante”¹⁰⁷ da parte della Corte alle evidenze scientifiche – in una decisione motivata più che adeguatamente¹⁰⁸ – serve alla Corte medesima per legittimare¹⁰⁹ (se stessa e) la sua decisione. Tale pronuncia risulta adottata dal giudice delle leggi con l’implicito scopo di essere il più possibile in grado di “convincere” i suoi “lettori” fra i quali rientra a pieno titolo anche il non specialistica (espressione di quella che comunemente viene definita “opinione pubblica”);

¹⁰¹ Così come sostenuto da autorevole dottrina: L. VENTURA, *Motivare le Leggi?*, in ID., *Frammenti costituzionali e disordine politico*, Torino, 2015, 195 ss.; da ultimo, proprio per il caso che ci ha interessato, A. RUGGERI, *Risposta al Forum - Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, cit., 27.

¹⁰² Con tutti i limiti che essa ha: G. D’AMICO, *Scienza e diritto*, cit., 286.

¹⁰³ «Da un lato, si pone una certa difficoltà ad individuare i soggetti qualificati a cui chiedere i dati necessari: poiché anche le conoscenze scientifiche e tecniche sono spesso controverse e sono esse stesse oggetto di divergenze di opinioni, nell’acingersi a chiedere informazioni la Corte fatica ad individuare soggetti neutri, disinteressati, non coinvolti nell’esito delle decisioni poste al suo esame. Oppure dovrebbe aprire a sua volta un contraddittorio con diversi soggetti sugli aspetti scientifici e tecnici. Il secondo elemento di freno deriva dal timore che anche la fase di formulazione delle domande che permettano di ottenere un set di dati e di informazioni attendibile e completo ai fini della decisione può presupporre un tipo di conoscenza specifico di cui a loro volta i giudici non sempre dispongono. Infine, quelle tecniche o scientifiche sono solo una parte delle considerazioni che la Corte deve tenere presenti nel suo deliberare e nel suo argomentare, specie su questioni come quelle che attengono all’ambito del biodiritto che presentano delicati risvolti di natura etica», così, autorevolmente, M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale*, cit., 11.

¹⁰⁴ Ancora una volta M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale*, cit., 11, ricorda che «una volta acquisiti i dati sulla [...] bontà [ad esempio di una data terapia], altre considerazioni possono e debbono entrare nel suo giudizio e orientarne la decisione. Questo margine di libertà di giudizio è da preservare anche attraverso il rispetto di forme idonee e procedimenti adeguati per l’acquisizione delle “prove”». Anche per questo, la Corte costituzionale «“utilizza” il progresso scientifico e tecnologico, non come un valore da tutelare a qualsiasi prezzo, né come un fattore esterno alla Costituzione in grado di condizionare sempre il giudizio di costituzionalità. Essa, piuttosto, ne accoglie solo gli esiti reputati “coerenti” con il fondamento assiologico del documento costituzionale ed unicamente in vista di una migliore realizzazione dei valori fondanti il nostro ordinamento», così G. D’AMICO, *Scienza e diritto*, cit., 21.

¹⁰⁵ Cfr. *retro* nota 96. In dottrina si è scritto che vi può esser pure una «palese incapacità della scienza medica di fornire certezze oggettive in materia [acquistando] ancor più valore lo *statuto forte* del diritto, chiamato pertanto a somministrare certezze solo *convenzionali*», così S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, 57, i corsivi sono dell’A.

¹⁰⁶ E ciò è tutelato dagli artt. 9 e 33 della Costituzione.

¹⁰⁷ Tramite istruttoria informale vengono acquisiti importanti documenti che non erano ancora a disposizione neanche del Legislatore: «dopo la comunicazione al pubblico dell’approvazione del medesimo decreto-legge, hanno manifestato favore per l’impostazione di quest’ultimo (chiedendo, anzi, misure più incisive per garantirne l’effettività) quattro associazioni scientifiche e professionali (la Società italiana di igiene, medicina preventiva e sanità pubblica; la Società italiana di pediatria; la Federazione italiana dei medici pediatri e la Federazione italiana dei medici di medicina generale), da tempo attive con specifiche pubblicazioni e proposte nel settore della politica vaccinale», si v. Corte cost., sent. n. [5/2018](#), punto 8.2.3 *cons. in dir.* In dottrina, anche su tale passaggio, si v. A. IANNUZZI, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni*, cit., 89.

¹⁰⁸ Così come dovrebbe sempre procedere la Corte soprattutto quando il tema è così “sensibile” e scientificamente rilevante.

¹⁰⁹ Con l’opportuna precisazione che i valori costituzionali sempre prevalgono sulle conquiste scientifiche: A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione”*, cit., 572. Cfr. E. CHELI, *Op. cit.*, 247; C. CASONATO, *La scienza come parametro*, cit., 8. Cfr. S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 271 ss.

si rileva ciò, con la consapevolezza¹¹⁰ che la Corte costituzionale è, e rimane, un giudice della costituzionalità e non del “fatto”¹¹¹. La Corte, cioè, è cosciente che l’ultima parola in un ordinamento a Costituzione rigida non può che essere la propria; ed infatti, nella sua giurisprudenza ribadisce con fermezza che il suo sindacato non può arrestarsi nel caso in cui «entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali»¹¹², rimanendo ferma la necessità di verificare che la scelta operata dal legislatore non si ponga in contrasto, per l’appunto, con i principi e i diritti fondamentali. La Corte si troverà comunque davanti ad una scelta legislativa a cui è pur sempre affidato il bilanciamento dei beni di rilievo costituzionale¹¹³, operazione, questa, di cui la scienza non si occupa secondo proprio statuto e metodo.

¹¹⁰ Da ultimo sottolineata con decisione da A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, cit., spec. 21 ss.

¹¹¹ Precisazioni in G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius*, cit., 13.

¹¹² Corte cost., sent. n. [282/2002](#), punto 4 *cons. in dir.*

¹¹³ Che sempre deve essere sindacato dalla Corte per non incorrere nel rischio di “decidere di non decidere” attraverso una pronuncia di inammissibilità, si v. Corte cost., sent. n. [84/2016](#) e quindi *retro* nota 42.

Carla Di Martino*

**Leggi retroattive di contenimento della spesa pubblica e giusto processo
(a margine della [sentenza della Corte costituzionale n. 12 del 2018](#))**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. – Il caso e l’ordinanza di rimessione. – 3. La pronuncia della Corte costituzionale. – 4. La giurisprudenza della Corte EDU: le ragioni finanziarie dello Stato possono costituire motivi imperativi di interesse generale? – 5. Le pronunce della Corte EDU che riguardano l’Italia. – 6. La giurisprudenza costituzionale in materia. – 7. La giurisprudenza costituzionale in materia. – 8. Quando la Corte costituzionale dichiara espressamente che i motivi finanziari prevalgono sugli interessi individuali. – 9. Conclusioni.

Abstract: The essay is about limits imposed to the legislature to enact retroactive statute law in “civil matters”. It tackles the dichotomy existing between the European Court of Human Rights’ and the Italian Constitutional Court’s jurisprudence on the theme.

The first one has repeatedly ruled that the legislature is not prevented from regulating, through new retrospective provisions, rights derived from the laws in force. Nevertheless, the principle of the rule of law and the notion of a fair trial enshrined in Article 6 of the European Convention of Human Rights preclude, except for compelling public-interest reasons, interference by the legislature with the administration of justice designed to influence the judicial determination of a dispute. Statutory pension regulations are liable to change and a judicial decision cannot be relied on as a guarantee against such changes in the future, even if such changes are to the disadvantage of certain welfare recipients. However, the State cannot interfere with the process of adjudication in an arbitrary manner.

Differently, the Italian Constitutional Court tends to recognize the possibility for the legislature to enact retroactive statute law, if it is sufficiently justified under the reasonableness standard.

1. Introduzione

Non è un mistero come in tempi recenti – e, in special modo, nell’ultimo decennio – la retroattività legislativa sia stata utilizzata dal legislatore come “strumento per fronteggiare la crisi economica”. Si è assistito, invero, ad una proliferazione di norme retroattive – *rectius* di norme interpretative – deputate a risanare il bilancio statale; specie di quelle intervenienti nelle materie pensionistica e tributaria¹. Ciò a discapito della garanzia del principio della certezza e della sicurezza dei rapporti preteriti; e con la lesione di diritti e aspettative degli individui – frustrati dall’inaspettata applicazione delle nuove regole di diritto a fattispecie che avevano posto in essere durante la vigenza di un diverso assetto regolatorio.

È accaduto, dunque, sempre più spesso che, sotto l’egida del principio di corrispondenza tra risorse disponibili e prestazioni erogate dallo Stato, il legislatore adottasse norme retroattive ai soli fini di procurare alle casse erariali (o di altri enti pubblici) un aumento delle entrate di bilancio ovvero una diminuzione delle spese.

* Dottoranda di ricerca in Pluralismi giuridici: prospettive antiche ed attuali presso l’Università degli Studi di Palermo.

¹ Sulla retroattività legislativa in materia tributaria, cfr. F. AMATUCCI, *L’efficacia nel tempo della norma tributaria*, Milano, 2005. F. AMATUCCI, *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, 2013. F. AMATUCCI, *Retroattività della norma tributaria in ambito comunitario e tutela del contribuente*, in *Rass. trib.*, 2010, 326 ss. G. AZZARITI, *Il principio dell’irretroattività della legge e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 622 ss. F. BATISTONI FERRARA, *Tutela dell’affidamento e indisponibilità dell’obbligazione tributaria*, in *Corr. trib.*, 2007, 3341 ss. V. CAIANIELLO, *La retroattività della norma tributaria*, Napoli, 1981. E. DELLA VALLE, *L’affidamento nella certezza del diritto tributario*, Roma, 1996. V. MASTROIACOVO, *I limiti alla retroattività nel diritto tributario*, Milano, 2006. V. MASTROIACOVO, *L’efficacia della norma tributaria nel tempo*, in *Statuto dei diritti del contribuente* (a cura di A. FANTOZZI – A. FEDELE), Milano, 2005, 93 ss. A. PREDIERI, *Interpretazione autentica e collisioni con i diritti costituzionali alla difesa e al giudice naturale e precostituito nelle leggi sulle concentrazioni editoriali*, in *Quaderni Nomos*, 1, 1989. A. VICINI RONCHETTI, *Legge interpretativa e legge retroattiva: note minime alle modifiche recate al decreto Irap dalla legge di stabilità per il 2014*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 465 ss. G. ZIZZO, *Riflessioni in tema di tecnica legislativa e norma tributaria*, in *Rass. Trib.*, 1988, I, 185 ss.

In alcune occasioni, poi, il beneficio economico ottenuto a mezzo della approvazione della norma retroattiva derivava dalla definizione del contenzioso giudiziario instauratosi tra lo Stato (ovvero un altro ente pubblico) e un privato cittadino – ed in cui quest’ultimo rivendicava il proprio diritto a prestazioni che la parte pubblica avrebbe dovuto erogare. Sfruttando la idoneità delle norme retroattive a mutare le regole applicabili a procedimenti giurisdizionali in corso, il legislatore assicurava al soggetto pubblico l’esito vittorioso della lite, evitandogli le spese della soccombenza, ma conseguentemente irrimediabilmente compromettendo la posizione del privato nel procedimento giurisdizionale. In tal modo, i singoli non solo venivano lesi nella loro sfera giuridico-patrimoniale, ma risultavano altresì spogliati del diritto di difendere i propri interessi nei giudizi dei quali erano parte.

La sfida che la Corte costituzionale, allora, si è trovata a dover fronteggiare è quella di contemperare – e trovare un punto di equilibrio tra – gli interessi individuali lesi dalle normative retroattive e le esigenze economiche sottese all’approvazione delle stesse. Evidentemente, un problema di non semplice soluzione.

Se si guarda alla giurisprudenza della Corte costituzionale sul tema – escludendo, momentaneamente, la pronuncia che in questo contributo si è inteso annotare – sembra emergere un indirizzo teso a privilegiare l’“utilità concreta delle norme retroattive”, che non vengono dichiarate costituzionalmente illegittime quando, pur ledendo diritti individuali, producono effetti positivi sulla finanza nazionale. Un bilanciamento, allora, teso più alla protezione delle istanze statali che di quelle individuali.

Tale risultato pare essere stato ottenuto in due modi. Per un verso, attraverso la giustificazione dell’adozione della norma interpretativa con il solo riferimento alla sua funzione tipica – quella di chiarire il senso di altre disposizioni. In altri termini, in molte pronunce, la Corte costituzionale ha considerato la “natura effettivamente esegetica” della norma quale unica sufficiente condizione di legittimazione della sua adozione, ma anche della sua interferenza con lo svolgimento dei giudizi in corso. Volendo massimamente sintetizzare il ragionamento della Corte: data l’esistenza di un dubbio interpretativo (attuale o potenziale) e posta l’interpretatività della norma, è ritenuto ragionevole che questa trovi applicazione alle liti pendenti, indipendentemente dalla frustrazione dei diritti dei singoli².

D’altro canto, in assenza di un contrasto giurisprudenziale, ha considerato la norma interpretativa ugualmente costituzionalmente legittima, perché idonea a soddisfare interessi prevalenti (quelli di natura finanziaria) rispetto alle istanze (individuali) lese³. In queste ultime occasioni, dunque, l’assenza di un dubbio interpretativo non inficia la legittimità costituzionale della norma; e le esigenze pubbliche di finanza statale sono ritenute prevalenti rispetto agli interessi dei privati.

Mantenendo questa linea di pensiero, la Consulta è arrivata a scontrarsi con la Corte europea dei diritti umani, chiamata a pronunciarsi sul tema della retroattività legislativa “convenzionalmente ammissibile”, da individui che, sentitisi lesi dall’adozione di una norma retroattiva, ritenevano di non aver trovato adeguata tutela dinanzi le autorità giurisdizionali interne.

I giudici di Strasburgo, com’è noto, hanno costantemente escluso che l’assenza di un generale divieto di retroattività legislativa nel testo convenzionale possa interpretarsi nel senso di consentire ai legislatori nazionali l’adozione di norme retroattive senza limiti. Ed a tal proposito hanno sempre ribadito che *solo in linea di principio* nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile con nuove disposizioni dalla portata retroattiva diritti risultanti da leggi in vigore⁴.

Invero, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall’art. 6 ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all’ingerenza del potere legislativo

² Cfr. ad esempio, le [sentt. nn. 132 del 2016](#); [127 del 2015](#); [227 del 2014](#); [15 del 2012](#); [257 del 2011](#); e l’[ord. n. 321 del 2008](#).

³ Cfr. ad esempio, le [sentt. nn. 166 del 2017](#); [264 del 2012](#); [1 del 2011](#); [311 del 2009](#); [234 del 2007](#); [172 del 2008](#).

⁴ Sentt. 11 dicembre 2012, 11 febbraio 2010, *Javauge c. Francia*; *Tarbuk c. Croazia*; 11 dicembre 2012, *De Rosa c. Italia*; 14 febbraio 2012, *Arras c. Italia*; 25 novembre 2010, *Lilly France c. Francia*; 21 giugno 2007, *SCM Scanner de l’Ouest Lyonnais c. Francia*.

nell'amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia. L'esigenza della parità delle armi, infatti – garantita implicitamente dall'art. 6 della Convenzione, nella misura in cui questo tutela l'equità nell'esame di ogni causa pendente dinanzi un'autorità giurisdizionale (c.d. *fair hearing*) – implica l'obbligo di offrire a ciascuna parte una ragionevole possibilità di presentare la propria causa senza trovarsi in una situazione di netto svantaggio rispetto alla controparte. E tale istanza non può che rimanere frustrata nell'ipotesi in cui a decidere soccombenza e vittoria della lite sia una norma retroattiva, la cui applicazione ai fatti di causa risultava imprevedibile per le parti processuali, all'atto del promovimento della controversia⁵.

Con specifico riguardo alla valutazione degli interessi di natura finanziaria posti a giustificazione dell'adozione delle norme retroattive, la Corte EDU si è mostrata restia a considerarli sufficienti per legittimare la lesione della previsione convenzionale di cui all'art. 6 della Cedu. Più esattamente, ha riconosciuto che ragioni di natura economica non possano tendenzialmente integrare motivi imperativi di interesse pubblico, a meno che non abbiano rilievo tale da garantire l'equilibrio dell'intero sistema finanziario.

Dunque, una divergenza di orientamenti massimamente avvertita, quella tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo, in tema di rilevanza degli interessi finanziari dello Stato ai fini della giustificazione dell'adozione di norme retroattive che ledono diritti individuali e interferiscono con l'amministrazione della giustizia. Divergenza che ha, per altro, condotto all'adozione di pronunce di segno diametralmente opposto nei famosi casi riguardanti norme interpretative intervenute, per un verso, per definire le modalità di calcolo dell'anzianità da riconoscere al personale amministrativo, tecnico e ausiliario, transitato presso l'amministrazione scolastica statale (c.d. caso Agrati o caso personale ATA); e per altro per definire i criteri di liquidazione da parte dell'INPS delle pensioni degli italiani che avevano prestato la propria attività lavorativa in Svizzera (c.d. caso Maggio o caso pensioni svizzere)⁶. Da un lato, la Corte costituzionale ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate; dall'altro, la Corte EDU ha accolto i ricorsi presentati e condannato lo Stato italiano⁷.

In questo contesto, emerge la [sentenza della Corte costituzionale n. 12 del 2018](#) – pronuncia che in questo contributo si è inteso annotare.

Con tale decisione, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 18, c. 10, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, nella l. 15 luglio 2011, n. 111 – norma interpretativa in materia di calcolo della quota di trattamento previdenziale dei dipendenti degli ex enti pubblici creditizi, in servizio e già collocati in quiescenza, a carico della gestione separata INPS, qualora i lavoratori si siano avvalsi della facoltà di capitalizzare parte del trattamento pensionistico.

⁵ Sentt. 25 marzo 2014, Biasucci c. Italia; 12 giugno 2007, Ducret c. Francia; 16 aprile 2007, Chiesi c. Francia; 9 aprile 2007, Arnolin c. Francia; 18 aprile 2006, Vezon c. Francia; 11 aprile 2006, Cabourdin c. Francia; 10 ottobre 2000, Anagnostopoulos c. Grecia; 28 ottobre 1999, Grande Camera, Zielinsky, Pradal e Gonzales c. Francia; 22 ottobre 1997, Papageorgiou c. Grecia.

⁶ Rispettivamente l'art. 1, c. 777, della l. 27 dicembre 2006, n. 296 e l'art. 1, c. 218, della l. 23 dicembre 2005, n. 266.

⁷ Cfr. G. AMOROSO, *Sui controlimiti alle norme della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità (a prima lettura di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Foro it.*, 2013, 30; M. BIGNAMI, *La Corte EDU e le leggi retroattive*, in *Questione Giustizia*, 13 settembre 2017; F. BILANCIA, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giur. cost.*, 2012, 4235; S. FOÀ, *Un conflitto d'interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e motivi imperativi di interesse generale*, in [Federalismi.it](#), n. 15/2011; M. MASSA, *Agrati, Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 14 giugno 2011; G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2012, 1072, R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014, 68 ss; R. ROMBOLI *Nota a Corte cost.*, sent. n. 264/2012, in *Foro it.*, 2013, 22. A. RUGGERI, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 14 giugno 2011; A. VALENTINO, *Ancora sulle leggi di interpretazione autentica: il contrasto tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale sulle cc.dd. "pensioni svizzere"*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 2013, 5 ss.

Nel caso, i giudici delle leggi hanno rilevato che l'unico intento del legislatore – sotteso all'adozione della norma di interpretazione autentica – fosse quello di decidere l'esito della specifica controversia nell'ambito della quale era stata sollevata questione di legittimità costituzionale; ed evitare allo Stato le spese della soccombenza. Dette ragioni – di natura puramente economica – però, ad avviso della Consulta, non potevano considerarsi *di rilievo tale* da costituire motivi imperativi di interesse generale. Pertanto, non potevano dirsi sufficienti a legittimare la lesione dei principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale, nonché delle disposizioni che assicurano a tutti l'effettiva tutela giurisdizionale dei propri diritti.

A ben vedere, e per quanto in questa sede rileva, sottesa alla decisione della Corte costituzionale è la convinzione che non ogni ragione di finanza pubblica statale è idonea ad integrare motivi imperativi di interesse generale; ma solo quelle “di non scarsa entità”.

Tale conclusione, a primo impatto, sembrerebbe mostrare un avvicinamento dell'indirizzo costituzionale rispetto a quello europeo; ed infatti, la Corte costituzionale non fa che dichiarare l'incostituzionalità di una norma interpretativa intervenuta per decidere l'esito di giudizi pendenti e giustificata da un interesse finanziario statale, giudicato insufficiente.

La tesi che però si intende sostenere in questo contributo è che, in realtà, il procedimento logico-argomentativo seguito dalla Consulta per giungere a tale decisione ed esplicitato in motivazione non faccia che rimarcare l'opposto angolo visuale delle due Corti. Invero, i giudici costituzionali affermano la necessità che i motivi di natura finanziaria non abbiano scarsa entità affinché siano idonei a legittimare l'intervento del legislatore nell'amministrazione della giustizia; quando invece, secondo costante giurisprudenza europea, può dirsi sorretta da motivi imperativi di interesse generale l'adozione di norme retroattive che “*impattano in modo rilevante*” con l'economia del Paese. I giudici di Strasburgo, dunque, richiedono non la semplice “non scarsa entità” della ragione economica, ma al contrario, per così dire, la “massima rilevanza” dell'interesse finanziario.

Appare dunque confermata e non smentita l'idea secondo la quale se per la Corte costituzionale le leggi retroattive di contenimento della spesa pubblica sono tendenzialmente costituzionalmente ammissibili; per la Corte di Strasburgo, esse sono in linea generale convenzionalmente inammissibili.

La sentenza oggetto del presente contributo, intesa nel senso che si è appena detto, allora, non fa che rimarcare la scelta delle Corti di procedere con quel “doppio monologo tra soggetti che parlano lingue diverse”⁸; e di non intraprendere, invece, la (preferibile) strada del dialogo.

2. Il caso e l'ordinanza di rimessione

L'ordinanza di rimessione è emessa dalla Corte di Cassazione, sezione lavoro, nel procedimento civile promosso da I.N.P.S. – Istituto nazionale della previdenza sociale contro il Fondo pensioni per il personale ex Cassa di risparmio di Torino.

L'Istituto aveva presentato ricorso avverso la sentenza del 1° febbraio 2010 della Corte d'appello di Torino che confermava la condanna, resa dal giudice di primo grado, alla rifusione in favore del Fondo della quota di pensione da questo erogata in forma capitalizzata all'atto del pensionamento dei soggetti interessati.

Il caso, più esattamente, verteva sul calcolo della quota di pensione di pertinenza della gestione speciale INPS per il personale in quiescenza degli enti creditizi privatizzati; e, segnatamente, su come andavano applicate le aliquote di cui alla tabella allegata al D.lgs. 357 del 1990, nelle ipotesi in cui i dipendenti si fossero avvalsi della facoltà di capitalizzare parte della pensione all'atto del collocamento a riposo; se sull'importo effettivamente erogato ovvero su quello “ideale” che sarebbe stato corrisposto se il soggetto non avesse chiesto ed ottenuto la capitalizzazione.

⁸ M. MASSA, *Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, cit.; A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale*, in [Diritti Comparati](#), 14 dicembre 2012.

La Corte territoriale aveva applicato il disposto di cui all'art. 3, c. 2, del decreto legislativo 20 novembre 1990 n. 357, a norma del quale *“la gestione speciale assume a proprio carico, per ciascun titolare di trattamento pensionistico in essere all'entrata in vigore della legge 30 luglio 1990 n. 218, la quota del trattamento stesso determinata secondo le misure percentuali indicate nella tabella allegata al presente decreto”*. Ed aveva ritenuto di dover dare continuità alla pronuncia dei giudici di legittimità n. 1093 del 20 gennaio 2006, secondo cui la gestione speciale era tenuta ad assumere a proprio carico la percentuale di cui alla tabella allegata al decreto legislativo n. 357 del 1990, riferita al *“trattamento pensionistico complessivo”*, goduto dai pensionati con decorrenza anteriore all'entrata in vigore della l. n. 218 del 1990, compresa nel medesimo la quota di pensione già eventualmente erogata in forma capitale ai pensionati che l'avessero richiesta, secondo la facoltà statutariamente prevista.

L'INPS aveva considerato errata detta interpretazione ed aveva presentato ricorso dinanzi i giudici di legittimità. Sulla base del disposto secondo cui in funzione della prevista trasformazione del Fondo in questione da sostitutivo in integrativo, lo stesso istituto avrebbe dovuto assumere a suo carico per ciascun titolare una quota del trattamento pensionistico *“in essere”* all'entrata in vigore della l. n. 218/1990. Pertanto, l'INPS aveva evidenziato che il calcolo della quota da porre a carico della gestione speciale avrebbe dovuto essere effettuato con riguardo all'importo della pensione corrente, ossia concretamente erogata in rendita, non comprensiva della quota capitalizzate.

Nelle more dei termini per il ricorso in Cassazione, veniva approvata la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 18, c. 10, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, nella l. 15 luglio 2011, n. 111, recante interventi in materia previdenziale. Questa disponeva che *“l'art. 3, c. 2, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 357, si interpreta nel senso che la quota a carico della gestione speciale del trattamento pensionistici in essere alla data di entrata in vigore della legge 30 luglio 1990, n. 218, va determinata con esclusivo riferimento all'importo del trattamento pensionistico effettivamente corrisposto dal fondo di provenienza alla predetta data, con esclusione della quota eventualmente erogata ai pensionati in forma capitale”*. Confortava quindi l'interpretazione data dall'Istituto; e la sua applicazione nel giudizio in corso avrebbe comportato la definitiva soccombenza del Fondo Pensioni.

La Corte di Cassazione, dunque, decideva di sollevare ex officio questione di legittimità costituzionale. Nell'ordinanza di rimessione, rilevava, anzitutto, il difetto di una situazione di oggettiva incertezza nell'interpretazione ed applicazione della regola di diritto di cui alla disposizione interpretata autenticamente. Ed infatti, a detta dei giudici di ultima istanza, esisteva una prassi applicativa relativa alla norma interpretata, nel senso di considerare l'intero trattamento pensionistico, a prescindere dalla richiesta capitalizzazione. Sicché avrebbe potuto ritenersi esistente un *“diritto vivente”* di segno contrario al contenuto normativo della disposizione interpretativa. Da ciò, la conseguente denuncia del superamento dei limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi individuati dalla Corte costituzionale e da questa ritenuti a presidio di fondamentali valori di civiltà giuridica. Principi posti – a detta della Cassazione – a loro volta a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali: il principio generale di ragionevolezza –ridondante nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nel soggetto quale principio connaturato allo stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate ai poteri giudiziario.

In aggiunta, a detta della Corte di Cassazione, avrebbe dovuto considerarsi che l'ambito di efficacia soggettivo della norma risultasse di fatto limitato al solo Fondo resistente. Difettando la norma di portata generale ed essendo, quindi, mirata ad intervenire in senso modificativo sulla condizione giuridica dell'unico soggetto destinatario, per di più in concomitanza del contenzioso con l'I.N.P.S., sarebbe risultata evidente l'interferenza con le funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario. Da tali premesse, nell'ordinanza di rimessione veniva denunciata la violazione dei parametri costituzionali di cui agli articoli 24, c. 1, 102 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 della CEDU.

3. La pronuncia della Corte costituzionale

Come si anticipava nell'introduzione la Corte costituzionale ha accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata. Il ragionamento della Consulta si snoda in tre passaggi.

Anzitutto, i giudici delle leggi, ricostruendo il quadro normativo nell'ambito del quale veniva ad inserirsi la disposizione di interpretazione autentica, hanno chiarito che questa interveniva in assenza di un contrasto interpretativo avente ad oggetto la disposizione interpretata. Ed infatti, in una prima fase immediatamente successiva all'adozione dell'art. 3, c. 2, del d.lgs. n. 357 del 1990, era effettivamente emerso un problema interpretativo riguardante i casi in cui i titolari di trattamento pensionistico in essere all'entrata in vigore della l. n. 218 del 1990 si fossero avvalsi della facoltà – prevista da alcuni dei soppressi regimi esclusivi o esonerativi – di capitalizzare parte della pensione all'atto del collocamento a riposo. In particolare, sorse il dubbio se, in tali casi, la quota posta a carico della gestione speciale dovesse essere determinata applicando le percentuali indicate nella tabella allegata al d.lgs. n. 357 del 1990 all'importo del trattamento pensionistico effettivamente erogato dal regime esclusivo o esonerativo di provenienza al momento dell'entrata in vigore della l. n. 218 del 1990 (senza considerare, quindi, quanto già capitalizzato), oppure all'importo, "ideale" o "teorico", che sarebbe stato corrisposto dallo stesso regime se l'interessato non avesse, a suo tempo, chiesto e ottenuto la capitalizzazione. Ma tale questione era stata risolta con un indirizzo della giurisprudenza di legittimità, espresso dapprima con la sentenza 20 gennaio 2006, n. 1093, quindi consolidatosi nella giurisprudenza successiva. Sulla scorta di una lettura ritenuta conforme alla l. di delegazione n. 218 del 1990 – in particolare, al criterio direttivo per cui la quota di pensione di pertinenza della gestione speciale dell'INPS andava determinata con riferimento al trattamento complessivamente erogato (art. 3, c. 3, lett. a) – la Corte di Cassazione aveva tratto dall'art. 3, c. 2, del d.lgs. n. 357 del 1990 la regola secondo la quale la gestione speciale fosse tenuta ad assumere a proprio carico, nella prevista misura percentuale, anche la parte dei trattamenti pensionistici eventualmente già liquidata in forma capitale (in quanto compresa nel trattamento complessivamente erogato).

In secondo luogo, guardando l'ambito soggettivo di applicazione della norma interpretativa, i giudici costituzionali hanno notato che "l'intervento legislativo operato dal Governo con l'art. 18, c. 10, del d.l. n. 98 del 2011, ancorché attuato mediante una regola formalmente astratta, risulta chiaramente diretto a determinare l'esito della controversia in corso tra il Fondo pensioni per il personale della ex Cassa di risparmio di Torino - Banca CRT spa e l'INPS, in senso favorevole a tale ente pubblico previdenziale".

La preordinazione alla risoluzione della controversia in corso sarebbe emersa non solo – a detta della Consulta – dalla tempistica dell'intervento legislativo di dichiarata interpretazione autentica (la norma interpretativa entrava in vigore a distanza di venti anni dall'adozione della norma interpretata e quindi dal sorgere del dubbio esegetico); ma anche dalla relazione tecnica allegata al d.d.l. di conversione in legge del d.l. n. 98 del 2011 (S. 2814, nella quale si sarebbe affermato espressamente come la disposizione interpretativa fosse finalizzata a confermare l'interpretazione adottata dalla prassi amministrativa dell'INPS).

Infine, la Corte costituzionale ha rilevato l'insussistenza di alcun motivo imperativo di interesse generale idoneo a legittimare l'intervento retroattivo del legislatore. Sul punto, si legge in sentenza che la norma interpretativa sarebbe stata finalizzata all'ottenimento di un risparmio di spesa per le casse erariali; ma i costi del contenzioso con il Fondo pensioni per il personale della ex Cassa di risparmio di Torino - Banca CRT spa – sia di quello in atto, relativo al periodo dal 1° gennaio 1991 al 31 dicembre 2007 (pari a circa 45 milioni di euro, come si evince dalla sentenza della Corte d'appello di Torino), sia di quello che potrebbe essere instaurato dal Fondo per il periodo successivo – non avrebbero potuto ritenersi tali da incidere in modo significativo sulla sostenibilità del sistema previdenziale e sugli equilibri della finanza pubblica.

La Corte costituzionale ha aggiunto: “la Corte EDU ha escluso che una misura di carattere finanziario possa integrare un motivo imperativo di interesse generale quando il suo impatto sia di scarsa entità”. Ed il richiamo è alla sentenza Cabourdin (della quale si parlerà *infra* – par. 3). Dunque, essendo di scarsa entità le ragioni economiche poste a fondamento della norma esegetica, la Consulta ha accertato la lesione del parametro costituzionale di cui all’art. 117, in riferimento a quello convenzionale interposto di cui all’art. 6 CEDU, ed ha accertato la violazione dei principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale, nonché delle disposizioni che assicurano a tutti l’effettiva tutela giurisdizionale dei propri diritti.

4. La giurisprudenza della Corte EDU: le ragioni finanziarie dello Stato possono costituire motivi imperativi di interesse generale?

L’argomentazione della Corte – ed il rilievo della necessaria “non scarsa entità” delle ragioni di interesse economico statale addotte a giustificazione della adozione di norme retroattive, lesive del principio del giusto processo – come si diceva, dimostra ancora una volta la lontananza dell’indirizzo costituzionale sul tema, rispetto a quello elaborato dalla Corte EDU ed il diverso angolo visuale dal quale i giudici delle leggi italiani guardano al “fenomeno” delle leggi retroattive di contenimento della spesa pubblica.

Com’è noto, è nella sentenza resa per il caso *Dombo Beheer*⁹, che la Corte di Strasburgo introduce per la prima volta l’idea che un processo si può svolgere equamente solo se il legislatore non interviene per mutare le regole di diritto applicabili e squilibrare la posizione delle parti processuali. Si legge in pronuncia: *the requirements inherent in the concept of "fair hearing" are not necessarily the same in cases concerning the determination of civil rights and obligations as they are in cases concerning the determination of a criminal charge. This is borne out by the absence of detailed provisions such as paragraphs 2 and 3 of Article 6 (art. 6-2, art. 6-3) applying to cases of the former category. Thus, although these provisions have a certain relevance outside the strict confines of criminal law, the Contracting States have greater latitude when dealing with civil cases concerning civil rights and obligations than they have when dealing with criminal cases. Nevertheless, certain principles concerning the notion of a "fair hearing" in cases concerning civil rights and obligations emerge from the Court's case-law. Most significantly, for the present case, it is clear that the requirement of "equality of arms", in the sense of a "fair balance" between the parties, applies in principle to such cases as well as to criminal cases. The Court agrees with the Commission that as regards litigation involving opposing private interests, "equality of arms" implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case - including his evidence - under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent. It is left to the national authorities to ensure in each individual case that the requirements of a "fair hearing" are met.*

In quella occasione, i giudici di Strasburgo dovevano decidere del ricorso presentato da una società a responsabilità limitata che riteneva di essere stata lesa dall’applicazione di una norma retroattiva in corso di processo; norma secondo la quale non avrebbe potuto deporre testimonianza alcun soggetto che fosse da considerarsi identificabile con la persona giuridica, parte in senso formale o sostanziale di un procedimento giurisdizionale. La società, infatti, avrebbe dovuto dimostrare l’esistenza di un accordo non scritto concluso con la banca, negozio di cui erano a conoscenza esclusivamente due individui: i rappresentanti rispettivamente della banca e della società. I giudici europei, sostenendo che *the applicant company was thus placed at a substantial disadvantage vis-à-vis the Bank and there has accordingly been a violation of Article 6 para. 1*, procedevano a condannare l’Olanda per la lesione del diritto alla parità delle armi.

Dunque per la prima volta con tale pronuncia, la Corte di Strasburgo supera l’idea che l’assenza di un generale divieto di retroattività legislativa nel testo convenzionale possa interpretarsi nel senso

⁹ Sent. 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer c. Paesi Bassi*.

di consentire l'adozione di leggi operanti anche per il passato senza limitazioni. Ad ostare al riconoscimento di una discrezionalità del legislatore massima in materia, infatti, è proprio il giusto processo e la garanzia convenzionale del *fair hearing* che fanno divieto al legislatore di mutare le regole applicabili ad un giudizio pendente, in modo da consentire alla parte pubblica di aggiudicarsi l'esito vittorioso della lite.

Una prima evoluzione del pensiero dei giudici europei si riscontra nella sentenza pronunciata per il caso Raffinerie Greche¹⁰, in cui la Corte EDU rileva: *the principle of the rule of law and the notion of fair trial enshrined in Article 6 preclude any interference by the legislature with the administration of justice designed to influence the judicial determination of the dispute.*

Si trattava di decidere della fondatezza dell'istanza presentata dall'imprenditore Andreatis, che lamentava di essere stato citato in giudizio dallo Stato greco, che non intendeva riconoscere il suo credito, seppur accertato con lodo arbitrale; credito che trovava fonte in un contratto concluso tra le parti, per la realizzazione di una raffineria di petrolio greggio, ma mai eseguito per fatto dello Stato. Il ricorrente, segnatamente e per quanto in questa sede interessa, dichiarava che nelle more del giudizio per Cassazione, una legge interpretativa (la l. 141 del 1975) aveva stabilito che la risoluzione di un regolamento concluso con lo Stato comportasse la perdita di effetti di ogni sua clausola, anche arbitrale, in tal modo privando il collegio che aveva giudicato del suo diritto di credito di giurisdizione.

In quella circostanza, i giudici di Strasburgo chiariscono che prendendo parte al Consiglio di Europa, il 28 novembre del 1974, e ratificando la Convenzione, la Grecia ha assunto l'obbligo di rispettare il principio del *rule of law*; principio, espresso all'art. 3 dello Statuto del Consiglio di Europa, ma affermato tra l'altro anche all'art. 6 della Convenzione. Quest'ultimo impone che sia assicurato l'equo svolgimento dei procedimenti giurisprudenziali ed enuclea nel dettaglio le garanzie essenziali inerenti la nozione di "giusto processo" o "*fair trial*". Con specifico riferimento alle cause concernenti diritti ed obbligazioni di carattere civile, la disposizione da ultimo richiamata renderebbe necessario – a detta dei giudici europei – che sia assicurata la parità delle armi, da intendere nel senso di garanzia della parte dell'opportunità di presentare la propria causa in condizione di sostanziale parità rispetto alla controparte. I soggetti di un processo, dunque, devono "disporre delle stesse armi processuali" per poter difendere le proprie ragioni in giudizio. Conseguentemente, violano la Convenzione le norme retroattive che squilibrano la posizione degli individui nei cui confronti è amministrata la giustizia, perché esse ledono il principio di cui all'art. 6.

Ancora, l'indirizzo della Corte EDU viene precisato nella pronuncia resa per il caso National and Provincial Building¹¹

La ricorrente – com'è noto – si doleva dell'applicazione della *section 53* del *1991 Act* e della *section 64* del *1992 Act*, che convalidavano retroattivamente il *1986 Regulations and the Treasury Orders*. Ed in sentenza, la Corte di Strasburgo rileva di essere conscia della pericolosità dell'uso della legislazione retroattiva allo scopo di influenzare l'esito giudiziario di una controversia della quale lo Stato è parte, ed in special modo delle liti in cui questo – per applicazione della disciplina vigente – non potrebbe che soccombere. Ed aggiunge: *respect for the rule of law and the notion of a fair trial require that any reasons adduced to justify such measures be treated with the greatest possible degree of circumspection*. Ciononostante, sostiene che l'art. 6 primo paragrafo non può essere interpretato in senso preclusivo rispetto ad ogni intervento del legislatore nei procedimenti pendenti dei quali sono parte autorità pubbliche. Più esattamente, i giudici europei parlano di "*more compelling public-interest*" per indicare quell'insieme di interessi di natura pubblica idonei a giustificare l'intrusione del potere legislativo nello svolgimento dei giudizi pendenti.

Inizia a radicarsi, dunque, l'idea che esista un insieme di pubblici interessi idonei a legittimare l'intervento legislativo nell'amministrazione della giustizia. E tale conclusione viene confermata nella sentenza pronunciata per il caso Zielinsky, Pradal e Gonzalez¹².

¹⁰ Sent. 9 dicembre 1994, Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia.

¹¹ Sent. 23 ottobre 1997, National & Provincial Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito.

¹² Sent. 28 ottobre 1999, Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c. Francia.

È proprio in quest'ultima occasione che la Corte EDU dimostra di aver maturato definitivamente il suo pensiero in ordine alla retroattività legislativa convenzionalmente ammissibile, sostenendo: *while in principle the legislature is not precluded in civil matters from adopting new retrospective provisions to regulate rights arising under existing laws, the principle of the rule of law and the notion of fair trial enshrined in Article 6 preclude any interference by the legislature – other than on compelling grounds of the general interest – with the administration of justice designed to influence the judicial determination of a dispute.*

Per quanto in questa sede interessa, nella decisione da ultimo richiamata, i giudici europei, per la prima volta, iniziano ad interrogarsi sulla possibilità che ragioni finanziarie dello Stato giustifichino l'adozione delle norme retroattive.

Il caso, infatti, riguardava l'applicazione ai procedimenti giurisdizionali pendenti di una disposizione che ricalcolava, in senso peggiorativo per gli aventi diritto, l'IDP (*indemnité de difficultés particulières*).

Il problema, dunque, sottoposto all'esame della Corte era il seguente: possono dirsi sufficienti ragioni di natura puramente finanziaria a giustificare l'adozione di norme retroattive in grado di ledere il principio di cui all'art. 6 della Convenzione.

Proprio in quella circostanza, la Corte EDU sostiene: *the Court considers that the financial risk adverted to by the Government (see paragraph 53 above) and expressly noted by the Constitutional Council in the reasons it gave for its decision (see paragraph 26 above) cannot in itself warrant the legislature's substituting itself both for the parties to the collective agreement and for the courts in order to settle the dispute. On that point the Court notes that the Government put forward the sum of 350,000,000 francs' loss for the social-security bodies concerned if the court actions were generally successful, without providing any other comparative data, notably as to the total cost of the nine thousand employees and the details of the health expenditure of the bodies in Alsace-Moselle.*

Nessuna notazione di principio, quindi, ma esclusivamente l'impossibilità rilevata di considerare le *specifiche* ragioni finanziarie statali dedotte in giudizio dall'Avvocatura dello Stato di rilievo tale da giustificare l'adozione della norma retroattiva.

È il 2006, quando i giudici europei affermano che tendenzialmente un motivo finanziario non può da solo giustificare l'interferenza legislativa nei processi in corso. Il riferimento è alla decisione relativa al caso Cabourdin¹³, relativo ad una legge retroattiva francese in materia di concessione di prestiti bancari, che di fatto sanava la nullità di un certo numero di prestiti concessi dalla BNC (*Banque nationale de Paris*). I giudici europei non si fermano alla sola enunciazione del principio secondo il quale l'interesse economico dello Stato non rileva ai fini della giustificazione delle normative retroattive nella materia civile. Essi continuano rilevando che *“en tout état de cause, dans les faits de l'espèce, aucun élément ne vient étayer l'argument selon lequel l'impact aurait été d'une telle importance que l'équilibre du secteur bancaire et l'activité économique en général auraient été mis en péril. Les sénateurs eux-mêmes, semble-t-il, n'ont pas reçu d'informations précises à ce sujet”*.

Ecco, quindi, uno spiraglio che si apre: qualora lo Stato fosse in grado di fornire la dimostrazione che la rimozione della norma retroattiva dall'ordinamento giuridico avrebbe un impatto fortemente negativo per la finanza pubblica, l'interesse finanziario potrebbe assurgere a motivo imperativo di interesse generale.

I giudici di Strasburgo, però, non spiegano quando e in quali circostanze una legge retroattiva possa ritenersi sorretta da un interesse economico di rilievo tale che l'espunzione della stessa causerebbe un *vulnus* “insopportabile” per la finanza statale. Né tantomeno si riscontra maggiore precisione nelle pronunce a seguire.

Così, a titolo esemplificativo, si considerino tutte le controversie riguardanti la convenzionalità della legge di validazione francese n. 96-314 del 12 aprile 1996, che interveniva in materia di mutuo ipotecario e che all'art. 87, al primo c., disponeva che con riserva della decisioni giudiziarie aventi autorità di cosa giudicata, le offerte di prestito disciplinate dall'art. 1. 312-7 del codice del consumo ed emesse prima del 31 dicembre 1994 fossero da ritenere valide e regolari in relazione alle

¹³ Sent. 11 aprile 2006, Cabourdin c. Francia.

disposizioni di cui all'art. L. 312-8 dello stesso codice, qualora le offerte indicassero il montante delle scadenze del rimborso del prestito, la loro periodicità, il nome o la durata del prestito e se del caso le modalità della loro modificazione.

Il riferimento è non solo alla famosa sentenza Vezon¹⁴, in cui la Corte di Strasburgo, dopo aver espresso il principio secondo il quale *“le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige”*, afferma: *quant à l'impérieux motif d'intérêt général, évoqué par le Gouvernement et rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 avril 1996, il résulterait de la nécessité de sauvegarder l'équilibre financier du système bancaire et de l'activité économique en général. [...] La Cour rappelle également qu'en principe un motif financier ne permet pas à lui seul de justifier une telle intervention législative. [...] dans les faits de l'espèce, aucun élément ne vient étayer l'argument selon lequel l'impact aurait été d'une telle importance que l'équilibre du secteur bancaire et l'activité économique en général auraient été mis en péril. Les sénateurs eux-mêmes, semble-t-il, n'ont pas reçu d'informations précises à ce sujet. Outre l'absence d'évaluation crédible du coût virtuel des procédures en cours et futures, lesquelles n'ont pas davantage été recensées, force est de constater que la question ne concernait que certaines banques, à savoir celles qui n'avaient pas respecté l'obligation prévue par l'article L. 312-8 du code de la consommation. Par ailleurs, lesdites banques n'étaient pas directement exposées à un paiement de dommages-intérêts ou de pénalités, mais principalement à un remboursement de sommes préalablement perçues de leurs clients. De fait, si les bénéficiaires des établissements concernés auraient pu souffrir de l'absence de la loi, il n'est pas établi que leur survie et, a fortiori, l'équilibre général de l'économie nationale, auraient été menacés.*

Ma il richiamo è anche alla decisione Saint-Adam e Millot¹⁵.

Si consideri ancora la causa Arnolin¹⁶, nella quale si discuteva del ricorso presentato dal personale di alcune strutture di cura istituite da alcune associazioni francesi e distribuite su tutto il territorio nazionale, che lamentavano l'applicazione in corso di causa della l. n. 2000-37 del 19 gennaio 2000, la quale disponeva all'art. 29 che, salve le decisioni passate in giudicato, dovevano ritenersi validi i versamenti effettuati a titolo di remunerazione dei periodi di “veglia notturna”, sul luogo di lavoro in applicazione della disposizione del contratto collettivo nazionale di lavoro, concluso in applicazione dell'art. 16 della l. n. 75-534 del 30 giugno 1975; con ciò privandoli del diritto a richiedere la maggior somma loro spettante in applicazione della *“convention collective des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées”* stipulata il 15 marzo 1966.

Nella pronuncia, i giudici europei – dopo aver rilevato come, secondo indirizzo costante, i motivi finanziari in principio sono inidonei a giustificare l'intervento retroattivo del legislatore – sostengono che, nel caso di specie, lo Stato non avesse fornito alcun elemento idoneo a dimostrare la rilevanza degli interessi economici sottesi all'adozione della norma, tale da consentire di assumere che questa fosse finalizzata alla garanzia dell'equilibrio finanziario dell'intero settore della sanità e della protezione sociale¹⁷.

¹⁴ Sent. 28 aprile 2006, Vezon c. Francia.

¹⁵ Sent. 29 novembre 2005, Saint-Adam e Millot c. Francia.

¹⁶ Sent. 9 aprile 2007, Arnolin e altri c. Francia.

¹⁷ En tout état de cause, dans les faits de l'espèce, aucun élément ne vient étayer l'argument selon lequel l'impact aurait été d'une telle importance que l'équilibre du secteur de la santé et de la protection sociale aurait été mis en péril. Le Parlement lui-même n'a pas reçu d'informations précises à ce sujet, puisqu'il ne disposait que d'une estimation, au demeurant fournie par le syndicat des associations d'employeurs, adversaires des requérants dans les procès en cours, fixée à quatre milliards de francs, soit pratiquement six cent dix millions d'euros. Or dans ses écritures, le Gouvernement, sans pour autant proposer des critères objectifs susceptibles de convaincre la Cour, avance quant à lui un montant de cent quatre-vingts millions d'euros. Outre l'absence d'évaluation crédible du coût virtuel des procédures en cours et futures, lesquelles n'ont pas davantage été recensées, force est de constater que la question ne concernait que certains établissements, à savoir ceux qui pratiquaient des heures de permanence de nuit en chambre de veille. Par ailleurs, les salariés relevaient de statuts différents et, partant, percevaient des rémunérations substantiellement différentes, ce qui était

Così ancora nelle sentenze Chiesi¹⁸, Ducret¹⁹, Scm Scanner De L'ouest Lyonnais²⁰, Javaugue²¹, Lilly France²².

Dunque, a ben vedere, la Corte EDU – ancorché sembri lasciare un certo margine di discrezionalità al legislatore che intenda far fronte ad esigenze di carattere finanziario attraverso lo strumento della retroattività legislativa – per un verso, non giunge mai ad una pronuncia con la quale venga dichiarata la legittimità dell'intervento legislativo retroattivo nello svolgimento del procedimento giurisdizionale giustificato da ragioni di natura puramente economica; per altro, pare non specificare mai le condizioni affinché lo Stato possa ottenere una pronuncia a sé favorevole.

5. Le pronunce della Corte EDU che riguardano l'Italia

Il discorso non cambia quando si analizza quella quota di giurisprudenza europea in tema di retroattività legislativa che ha riguardato espressamente l'Italia. Il riferimento è alla causa Gigli costruzioni s.r.l., in cui si discuteva del ricorso presentato da una società con sede a Jesi (Ancona), proprietaria dapprima di un terreno edificabile, successivamente espropriato per pubblica utilità. L'ente lamentava che l'adozione e l'applicazione dell'art. 5-bis della l. n. 359 del 1992 alla sua procedura costituissero un'ingerenza legislativa contraria al suo diritto ad un processo equo come garantito dall'art. 6.

In quella sede, la Corte EDU rileva che prima dell'entrata in vigore della richiamata norma retroattiva, tenuto conto delle sentenze emesse dalla Corte costituzionale italiana il 25 gennaio 1980 ed il 15 luglio 1983, la legge applicabile al caso di specie era la l. n. 2359 del 1865, il cui art. 39 prevedeva il diritto di essere indennizzato in misura pari al pieno valore di mercato del bene. Come conseguenza della disposizione contestata, allora, secondo i giudici europei, la ricorrente si era trovata a subire una sostanziale diminuzione della misura dell'indennizzo a lei spettante in considerazione dell'avvenuta espropriazione del terreno. Il tutto, in corso di processo. Sicché, l'intervento legislativo aveva avuto come effetto quello di squilibrare la posizione delle parti processuali durante lo svolgimento del procedimento giurisdizionale.

Aggiunge la Corte che senza dubbio l'applicabilità alle indennità in corso ed alle procedure pendenti non potrebbe, in sé, costituire un problema sotto il profilo della Convenzione, in quanto in linea di principio non è impedito al legislatore di intervenire in materia civile per modificare lo stato del diritto con una legge immediatamente applicabile. Tuttavia, nella fattispecie, l'art. 5-bis avrebbe semplicemente soppresso retroattivamente una parte essenziale dei crediti indennitari, di elevato ammontare, che i proprietari dei terreni espropriati, così come la ricorrente, avrebbero potuto reclamare dagli esproprianti. A tale riguardo, la Corte ricorda che l'indennità accordata ai ricorrenti non era adeguata, visto il suo modesto ammontare e la mancanza di ragioni di pubblica utilità che possono giustificare un indennizzo inferiore al valore commerciale del bene.

Per la Corte, infine, il Governo non ha dimostrato che le considerazioni da lui invocate - ossia considerazioni finanziarie e la volontà del legislatore di attuare un programma politico - permettessero di far emergere l'interesse generale evidente ed imperativo richiesto per giustificare l'effetto retroattivo.

Ancora, nella sentenza M.C. e altri, la Corte EDU si è trovata a dover decidere dell'istanza di centosessantadue cittadini italiani contagiati dal virus dell'immunodeficienza umana (HIV), dell'epatite B o dell'epatite C a seguito di trasfusioni o di somministrazione di emoderivati. Questi si

assurément de nature à influencer le résultat d'une estimation précise. De fait, si les budgets des établissements concernés auraient pu souffrir de l'absence de la loi, il n'est pas établi que leur survie et, a fortiori, l'équilibre général du service public de la santé et de la protection sociale, auraient été menacés.

¹⁸ Sent. del 16 aprile 2007, Chiesi c. Francia.

¹⁹ Sent. 12 giugno 2007, Ducret c. Francia.

²⁰ Sent. 21 giugno 2007, Scm Scanner De L'ouest Lyonnais c. Francia.

²¹ Sent. 11 febbraio 2010, Javaugue c. Francia.

²² Sent. 25 novembre 2010, Lilly France c. Francia.

dolevano dell'applicazione del d.l. n. 78/2010, entrato in vigore il 31 maggio 2010, intervenuto sulla questione della rivalutazione dell'indennità integrativa speciale loro spettante, indicando che l'art. 2 della l. n. 210/1992 doveva essere interpretato nel senso che la somma corrispondente all'importo dell'IIS non è rivalutata secondo il tasso di inflazione (art. 11, c. 13, del decreto).

In quella occasione, la Corte EDU, pur considerando che la legge di interpretazione autentica in questione fosse intervenuta in una materia oggetto di un contenzioso su vasta scala, constata che la stessa aveva l'effetto di stabilire criteri che determinavano l'esito dei procedimenti pendenti ovvero privavano di effetto le decisioni favorevoli ad alcuni ricorrenti o ancora comportavano l'interruzione dell'esecuzione delle decisioni che erano per loro favorevoli e privavano di efficacia gli eventuali ricorsi proposti avverso le decisioni che rigettavano le domande di rivalutazione dell'IIS. A detta dei giudici europei, gli elementi del fascicolo non permettevano di far emergere che lo Stato, adottando questo decreto legge, perseguisse uno scopo diverso dalla preservazione dei suoi interessi economici. E, rileva la Corte, "questo scopo non può corrispondere a un imperioso motivo di interesse generale, che peraltro il governo convenuto non invoca".

Il riferimento è poi alle decisioni emesse in relazione alla questione relativa al personale amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA) transitato presso l'amministrazione scolastica statale, per il quale una legge interpretativa aveva disposto il calcolo dell'anzianità fittizia, in luogo dell'anzianità effettivamente maturata. I casi richiamati sono Agrati e altri e De Rosa e altri. In entrambi, i giudici di Strasburgo, dopo aver richiamato il principio generale secondo il quale se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di disciplinare, in materia civile, diritti derivanti da leggi in vigore mediante nuove norme dalla portata retroattiva, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall'art. 6 ostano, fatti salvi motivi imperativi di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare l'esito giudiziario di una controversia; accertano la violazione del principio di cui all'art. 6.

In questo senso evidenziano che lo scopo invocato dal Governo, a giustificazione dell'adozione della normativa interpretativa, vale a dire la necessità di colmare un vuoto giuridico ed eliminare le disparità di trattamento tra gli impiegati, in realtà fosse unicamente quello di difendere l'interesse finanziario dello Stato, riducendo il numero di procedimenti pendenti dinanzi agli organi giudiziari. E che pertanto l'intervento legislativo in questione non fosse giustificato da alcun motivo imperativo di interesse generale.

In ultimo, il riferimento è alle sentenze emesse in relazione alla questione sulle c.d. pensioni svizzere (Maggio e altri, Stefanetti e altri), in cui i ricorsi originavano in ragione dell'adozione e dell'applicazione, in corso di processo, dell'art. 1, c. 777, della l. 296/2006, entrata in vigore il 1° gennaio 2007, il quale prevedeva che: "l'articolo 5, secondo c., del Decreto del Presidente della Repubblica del 27 aprile 1968, n. 488, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che, in caso di trasferimento presso l'assicurazione generale obbligatoria italiana dei contributi versati ad enti previdenziali di Paesi esteri in conseguenza di convenzioni e accordi internazionali di sicurezza sociale, la retribuzione pensionabile relativa ai periodi di lavoro svolto nei Paesi esteri è determinata moltiplicando l'aliquota contributiva per invalidità, vecchiaia e superstiti in vigore nel periodo cui i contributi si riferiscono. Sono fatti salvi i trattamenti pensionistici più favorevoli già liquidati alla data di entrata in vigore della presente legge".

Nelle decisioni da ultimo richiamate, i giudici di Strasburgo sostengono che la legge interpretativa non aveva che l'effetto di confermare l'interpretazione fornita, dopo il 1982, dall'INPS – in contrasto con la giurisprudenza prevalente. In questo senso, aggiungono di non riuscire ad immaginare in quale modo il fine di rafforzare un'interpretazione soggettiva e parziale, favorevole a un ente dello Stato, parte nel procedimento, possa costituire una giustificazione dell'ingerenza legislativa mentre il procedimento era pendente, in particolare quando tale interpretazione era stata ritenuta erronea nella maggioranza dei casi dai tribunali nazionali, compresa la Corte di Cassazione. In più, quanto alla tesi del Governo secondo cui la legge era stata necessaria per ristabilire un equilibrio nel sistema pensionistico eliminando qualsiasi vantaggio goduto dalle persone che avevano lavorato in Svizzera e versato contributi inferiori, la Corte, pur accettando che ciò costituisse un motivo di interesse

generale, si è detta non convinta che esso fosse sufficientemente impellente da prevalere sui pericoli inerenti all'utilizzo di una normativa retroattiva, che ha l'effetto di influenzare la definizione giudiziaria di una controversia pendente in cui lo Stato sia parte.

6. *La giurisprudenza costituzionale in materia*

Se guarda all'indirizzo della Corte costituzionale in materia di leggi retroattive in grado di violare il principio del giusto processo, invece, sembra evidenziarsi come la Consulta sia ben lontana dalle conclusioni cui sono giunti i giudici europei, e si sia mostrata invece dell'avviso di dover far salve le norme retroattive – nella maggior parte dei casi, aventi natura interpretativa – seppur implicanti una interferenza con lo svolgersi di giudizi pendenti, anche qualora fossero sorrette da ragioni di carattere puramente economico.

Com'è noto, la Corte costituzionale muove dalla premessa che, in linea generale, il divieto di retroattività della legge, pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica, non è stato elevato a dignità costituzionale, salva, per la materia penale, la previsione dell'art. 25 Cost.. Pertanto, nel rispetto di tale statuizione, il legislatore può emanare sia disposizioni di interpretazione autentica, che determinano la portata precettiva della norma interpretata, fissandola in un contenuto plausibilmente già espresso dalla stessa, sia norme innovative con efficacia retroattiva.

A detta dei giudici delle leggi, però, l'osservanza del principio di irretroattività è rimessa alla *prudente* valutazione del legislatore, il quale peraltro, salva estrema necessità, dovrebbe a esso attenersi, essendo, sia nel diritto pubblico che nel diritto privato la certezza dei rapporti preteriti (anche se non definiti in via di giudicato, transazione etc...) uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile²³.

Proprio allo scopo di garantire la certezza del diritto e la sicurezza dei rapporti sociali, la retroattività legislativa deve, secondo costante giurisprudenza costituzionale, trovare adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrastare con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, ed in primo luogo con il principio del legittimo affidamento dei consociati. Quest'ultimo postula che sia protetto l'affidamento che gli individui ripongono nella permanenza di un determinato assetto regolatorio; e se, tendenzialmente, osta a che siano adottate leggi retroattive idonee a regolamentare fattispecie coperte da giudicato, non è idoneo ad impedire – a detta della Corte costituzionale – al legislatore di regolamentare con nuove disposizioni retroattive i rapporti di durata.

Con specifico riferimento alle fattispecie destinate a non esaurirsi immediatamente, la Corte costituzionale sostiene che il legislatore dispone di ampia discrezionalità e può anche modificare anche in senso sfavorevole la loro disciplina, ancorché l'oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, salvo, in caso di norme retroattive, l'art. 25, secondo c., Cost., e comunque a condizione che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza²⁴.

Dunque, di fatto, unico vero limite imposto alla discrezionalità del legislatore nell'adozione delle leggi retroattive è proprio il rispetto del principio di ragionevolezza e la necessità che le previsioni che operano anche per il passato non trasmodino in un regolamento irrazionale. Sotto l'aspetto del controllo di ragionevolezza, a detta della Corte costituzionale, rilevano tanto la funzione di "interpretazione autentica", che una disposizione sia in ipotesi chiamata a svolgere, ovvero l'idoneità di una disposizione innovativa a disciplinare con efficacia retroattiva anche situazioni pregresse in deroga al principio per cui la legge dispone soltanto per l'avvenire. In particolare, la norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica non può dirsi irragionevole qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario²⁵.

²³ [Sent. n. 118 del 1957.](#)

²⁴ [Sent. n. 236 del 2009.](#)

²⁵ *Ex plurimis*: [sentt. n. 162](#) e [n. 74 del 2008.](#)

Con specifico riguardo alla eventualità che il legislatore leda il principio della certezza del diritto a mezzo di una legge retroattiva, la Corte costituzionale ha sostenuto di non poter prescindere dall'interpretazione che la Corte di Strasburgo ha dato della previsione di cui all'art. 6 della CEDU – e quindi di non poter trascurare la giurisprudenza dei giudici europei in merito alla possibilità che il principio del giusto processo ed il diritto alla parità delle armi operino da limite per il legislatore nell'adozione di norme retroattive. Ciononostante, si è riservata il potere di interpretare a sua volta la disposizione convenzionale *de qua*, nel rispetto sostanziale della giurisprudenza europea formatasi al riguardo, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi.²⁶

Così, la Corte costituzionale ha spesso richiamato l'indirizzo europeo secondo il quale se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall'art. 6 ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia. Ed ha aggiunto che l'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo evidenzia che il veto al legislatore d'interferire nell'amministrazione della giustizia è inteso ad evitare ogni influenza sulla soluzione giudiziaria di una controversia (o di un gruppo di controversie) di cui sia parte lo Stato, salvo che per imperative ragioni d'interesse generale²⁷. Ma nella definizione degli interessi pubblici idonei ad assurgere a motivi imperativi di interesse generale, ha rilevato che spetta ai singoli Stati contraenti il compito e l'onere di identificarli. Ciò in quanto essi si trovano nella posizione migliore per enucleare gli interessi che stanno alla base dell'esercizio del potere legislativo.

Si conferma, così, l'avviso che le decisioni in questo campo implicano una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento, nel caso di elaborazione di politiche in materia fiscale, salva la ragionevolezza delle soluzioni normative adottate.

Ecco quindi, le basi sulle quali la Corte costituzionale fonda lo scostamento dall'orientamento europeo in tema di retroattività legislativa: l'esistenza di un margine di apprezzamento asseritamente riconosciuto dalla Corte EDU agli Stati contraenti in ordine alla individuazione delle ragioni imperative, unitamente alla necessità di una valutazione sistemica e non frazionata di tutti gli interessi che rilevano quando è sollevata questione di legittimità costituzionale in relazione a disposizioni retroattive contrastanti con il principio del giusto processo.

Tali due fattori consentono, alla Corte costituzionale, di salvare dalla dichiarazione di incostituzionalità norme interpretative incidenti sull'ordinario svolgimento di procedimenti pendenti, ma non sorrette da motivi imperativi di interesse generale, se interpretati in senso decisamente restrittivo secondo l'indirizzo giurisprudenziale europeo. E segnatamente, permettono alla Consulta di far rilevare l'interpretatività delle norme quale unico fattore idoneo a giustificare l'adozione di norme retroattive di contenimento della spesa pubblica in grado di squilibrare la posizione delle parti processuali; e, d'altro canto, di ritenere che i motivi di natura economica possano da soli legittimare l'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia.

Tra le decisioni del primo tipo, rileva l'[ordinanza n. 321 del 2008](#), in cui si discuteva della legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 55, della l. 23 agosto 2004, n. 243 (Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria). Tale disposizione sancisce: “al fine di estinguere il contenzioso giudiziario relativo ai trattamenti corrisposti a talune categorie di pensionati già iscritti a regimi previdenziali sostitutivi, attraverso il pieno riconoscimento di un equo e omogeneo trattamento a tutti i pensionati iscritti ai vigenti regimi integrativi, l'art. 3, c. 1, lett. p), della l. 23 ottobre 1992, n. 421, e l'art. 9, c.

²⁶ [Sent. n. 311 del 2009](#).

²⁷ [Sent. n. 303 del 2011](#).

2, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, devono intendersi nel senso che la perequazione automatica delle pensioni prevista dall'art. 11 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, si applica al complessivo trattamento percepito dai pensionati di cui all'art. 3 del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 357. All'assicurazione generale obbligatoria fa esclusivamente carico la perequazione sul trattamento pensionistico di propria pertinenza". La stessa dunque chiaramente evidenzia l'intento del legislatore di decidere definitivamente l'esito delle controversie pendenti, per ragioni economiche statali.

In quella occasione, la Corte costituzionale rileva che la natura interpretativa risultava chiara dal fatto che il legislatore si era limitato ad assegnare alle disposizioni interpretate un significato rientrante tra le possibili letture del testo originario – e ciò nonostante fossero intervenute sul tema le Sezioni Unite della Cassazione. E immediatamente dopo afferma la legittimità delle norme di interpretazione autentica che – al pari di quella oggetto di censura – attribuiscono alla disposizione interpretata uno dei significati ricompresi nell'area semantica della disposizione stessa.

Nella stessa direzione si muove la Corte, nella [sentenza n. 15 del 2012](#), resa nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 12, c. 11, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica) – che dispone che le attività autonome, per le quali opera il principio di assoggettamento all'assicurazione prevista per l'attività prevalente, sono quelle esercitate in forma d'impresa dai commercianti, dagli artigiani e dai coltivatori diretti, i quali vengono iscritti in una delle corrispondenti gestioni dell'INPS; e restano, pertanto, esclusi dall'applicazione dell'art. 1, c. 208, l. n. 662/1996 i rapporti di lavoro per i quali è obbligatoriamente prevista l'iscrizione alla gestione previdenziale di cui all'art. 2, c. 26, della l. 8 agosto 1995, n. 335. In tale pronuncia, infatti, la Consulta sottolinea che la norma censurata si era limitata ad enucleare una delle possibili opzioni ermeneutiche dell'originario testo normativo, peraltro già fatta propria da parte consistente della giurisprudenza di merito; il contrasto insorto sul tema era stato esaminato anche dalla Corte di cassazione che, secondo l'orientamento più recente (Cassazione, sezioni unite, sent. 24 maggio 2011, n. 17076), si era uniformata alla soluzione prescelta dal legislatore. Tale soluzione aveva quindi superato una situazione di oggettiva incertezza, contribuendo così a realizzare principi d'indubbio interesse generale e di rilievo costituzionale, quali sono la certezza del diritto e l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge. Aggiunge la Corte costituzionale: "che poi il perseguimento di tali risultati abbia avuto riflessi anche sul gettito contributivo dell'INPS costituisce circostanza indiretta e di mero fatto, non idonea ad incidere sulla legittimità dell'intervento legislativo".

Ed ancora, allo stesso modo, con la [sent. n. 227 del 2014](#), nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 774 e 776, della l. 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007). Con questa, il legislatore aveva disposto che "l'estensione della disciplina del trattamento pensionistico a favore dei superstiti di assicurato e pensionato vigente nell'ambito del regime dell'assicurazione generale obbligatoria a tutte le forme esclusive e sostitutive di detto regime prevista dall'art. 1, c. 42 [*recte*: 41], della l. 8 agosto 1995, n. 335, si interpreta nel senso che per le pensioni di reversibilità sorte a decorrere dall'entrata in vigore della l. 8 agosto 1995, n. 335 indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta, l'indennità integrativa speciale già in godimento da parte del dante causa, parte integrante del complessivo trattamento pensionistico percepito, sia attribuita nella misura percentuale prevista per il trattamento di reversibilità, stabilendo nel contempo che sia abrogato l'art. 15, c. 5, della l. 23 dicembre 1994, n. 724".

Nella pronuncia la Consulta enuncia il principio della tendenziale legittimità delle norme interpretative, con efficacia retroattiva, concernenti la materia previdenziale, quando il legislatore abbia scelto uno dei possibili significati della norma interpretata, seppure ascrivibile ad un orientamento giurisprudenziale minoritario. In quella occasione, la Consulta dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale, ricollegandosi al costante orientamento giurisprudenziale, in forza del quale il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica, non soltanto in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche quando

la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore.

Di nuovo, si pensi al giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 476, della l. 27 dicembre 2013, n. 147 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2014). La disposizione, operando anche per il passato e facendo salve esclusivamente le decisioni giudiziarie coperte da giudicato, prevede che la prestazione lavorativa resa nel giorno destinato al riposo settimanale o nel festivo infrasettimanale non dà diritto a retribuzione a titolo di lavoro straordinario se non per le ore eccedenti l'ordinario turno di servizio giornaliero. In quella sede, i giudici costituzionali statuiscono che la norma interpretativa opera sul piano delle fonti, senza toccare la potestà di giudicare, limitandosi a precisare la regola astratta ed il modello di decisione cui l'esercizio di tale potestà deve attenersi, definendo e delimitando la fattispecie normativa oggetto della medesima, proprio al fine di assicurare la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico. Nella specie, la corrispondenza della disposizione censurata al contenuto della disciplina originaria sarebbe giustificata – a detta della Consulta – in relazione al dato letterale e cioè al fatto che l'indennità per lavoro festivo compensa la sola ordinaria prestazione di lavoro giornaliero; la previsione risultava così coerente con l'assetto complessivo del trattamento retributivo del lavoro prestato in giornata festiva, il quale favorisce la fruizione del riposo compensativo rispetto alla monetizzazione della prestazione effettuata²⁸.

8. Quando la Corte costituzionale dichiara espressamente che i motivi finanziari prevalgono sugli interessi individuali

Da quelle appena richiamate, vanno distinte le sentenze della Corte costituzionale nelle quali è espressamente riconosciuta la prevalenza delle ragioni di natura economica, sottese all'adozione della normativa retroattiva, sugli interessi individuali dei singoli. In queste occasioni, lo si anticipava in premessa e lo si è ripetuto nel corso del contributo, la Corte riconosce che scopo della norma non è quello di chiarire il senso della disposizione precedente. Ma la sua “simulata interpretatività” – e quindi la circostanza che questa tradisca la funzione tipica delle disposizioni interpretative – non inficia la sua legittimità costituzionale. Ed anzi, la declaratoria della infondatezza della questione è fatta discendere, dalla Corte costituzionale, dal bilanciamento tra istanze lese e soddisfatte dalla normativa, e quindi tra interessi economici pubblici e diritti ed aspettative individuali; contemperamento ad esito del quale i primi sono ritenuti prevalenti sui secondi.

Così nella [sentenza n. 172 del 2008](#) viene dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 777, della l. 27 dicembre 2006 n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007). La disposizione statuiva: “l'articolo 5, secondo c., del decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1968, n. 488, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che, in caso di trasferimento presso l'assicurazione generale obbligatoria italiana dei contributi versati ad enti previdenziali di Paesi esteri in conseguenza di convenzioni ed accordi internazionali di sicurezza sociale, la retribuzione pensionabile relativa ai periodi di lavoro svolto nei Paesi esteri è determinata moltiplicando l'importo dei contributi trasferiti per cento e dividendo il risultato per l'aliquota contributiva per l'invalidità, vecchiaia e superstiti in vigore nel periodo cui i contributi si riferiscono. Sono fatti salvi i trattamenti pensionistici più favorevoli già liquidati alla data di entrata in vigore della presente legge”.

In quella sede, la Consulta osserva che caratteristica comune di tutte le norme di definizione della retribuzione pensionabile è che esse si collocano nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza fra le risorse disponibili e le prestazioni erogate. E ciò anche in ossequio al vincolo imposto dall'art. 81, c. 4, della Costituzione. Difatti, lo stesso passaggio dal criterio contributivo a quello retributivo nel calcolo delle pensioni, non è avvenuto a discapito dell'esigenza della sostenibilità finanziaria del sistema. Il principio secondo il quale la pensione deve essere calcolata

²⁸ [Sent. n. 132 del 2016](#).

applicando alla retribuzione mediamente percepita dal lavoratore in un determinato arco di tempo una certa percentuale direttamente proporzionale al numero di settimane coperte da contribuzione ha sempre avuto per presupposto la circostanza che le aliquote contributive vigenti fossero tali da garantire l'equilibrio finanziario di un tale sistema.

Appartengono a tale categoria di pronunce, poi, le sentenze rese per il caso c.d. personale ATA, in cui si discuteva della legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 218, della l. 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2006). Tale disposizione, facendo salva l'esecuzione dei giudicati formatisi alla data di entrata in vigore della legge medesima, ha stabilito, tra l'altro, che il c. 2 dell'art. 8 della l. 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico), si interpreta nel senso che il personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) statale è inquadrato, nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti ruoli statali, sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento.

Nella famosa [sent. n. 234 del 2007](#), la Corte costituzionale rileva l'operazione di trasferimento del personale ATA proveniente dagli enti locali nei ruoli del personale ATA fin dall'origine statale, fosse originariamente configurata dalla stessa l. n. 124 del 1999 sulla base del principio della invarianza della spesa; e di ciò si avrebbe avuto la conferma considerando che in detta legge non era stata prevista – a questo scopo – alcuna copertura finanziaria di maggiori oneri, come sarebbe stato doveroso, in relazione a quanto disposto dall'art. 81, c. 4, Cost., se si fosse ipotizzata la possibilità di trattamenti retributivi più favorevoli di quelli posseduti dal personale interessato alla data del trasferimento da un ruolo ad un altro. Pertanto, assumeva decisivo rilievo, a questo riguardo, la circostanza che il c. 5 del medesimo art. 8 della citata legge, in immediata prosecuzione di quanto disposto dal c. 2 (oggetto della contestata interpretazione autentica), avesse previsto che a decorrere dall'anno in cui hanno effetto le disposizioni di cui ai commi 2, 3 e 4 si procede alla progressiva riduzione dei trasferimenti statali a favore degli enti locali in misura pari alle spese comunque sostenute dagli stessi enti nell'anno finanziario precedente a quello dell'effettivo trasferimento del personale. Proprio in funzione del contenuto della riportata disposizione circa l'invarianza della spesa che si dovevano allora inquadrare tanto il contratto stipulato dall'Aran, di contenuto identico alla norma interpretativa oggetto di impugnazione, quanto le ragioni dell'adozione di quest'ultimo.

E nella successiva sentenza in materia, [la n. 311 del 2009](#), la Corte costituzionale aggiunge ancora come risultasse evidente soprattutto la conformità dell'interpretazione autentica fornita dal legislatore con la finalità di garantire una generale perequazione di tutti i lavoratori del comparto scuola, nel senso di garantire che a tutti i dipendenti di quel ruolo sia attribuita una medesima progressione retributiva, al di là delle rispettive provenienze.

Ancora, il riferimento è alla [sent. n. 1 del 2011](#), in cui la Consulta dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 774, 775 e 776, della l. 29 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), sollevata, in riferimento agli articoli 111 e 117 della Costituzione, dalla Corte dei conti – Sezione giurisdizionale centrale d'appello. “Se si tiene presente – rilevano i giudici costituzionali – che nella fattispecie vengono in evidenza rapporti di durata, non può parlarsi di un legittimo affidamento nella loro immutabilità, mentre d'altro canto si deve tenere conto del fatto che le innovazioni che sono state apportate, e che non hanno trascurato del tutto i diritti acquisiti, hanno non irragionevolmente mirato alla armonizzazione e perequazione di tutti i trattamenti pensionistici, pubblici e privati. La l. n. 335 del 1995, infatti, ha costituito il primo approdo di un progressivo riavvicinamento della pluralità dei sistemi pensionistici, con effetti strutturali sulla spesa pubblica e sugli equilibri di bilancio, anche ai fini del rispetto degli obblighi comunitari in tema di patto di stabilità economica finanziaria nelle more del passaggio alla moneta unica europea”.

Si precisa che, in quella sede, la disciplina oggetto del dubbio di costituzionalità, rilevando che l'art. 15 della l. n. 724 del 1994, al c. 3, aveva stabilito, dal 1° gennaio 1995 ed in attesa dell'armonizzazione delle basi contributive e pensionabili previste dalle diverse gestioni obbligatorie dei settori pubblico e privato, che le pensioni delle forme esclusive dell'assicurazione generale

obbligatoria venissero determinate sulla base degli elementi retributivi assoggettati a contribuzione, ivi compresa l'indennità integrativa speciale, ovvero l'indennità di contingenza, ovvero l'assegno per il costo della vita spettante, aveva aggiunto che la pensione così determinata fosse reversibile, con riferimento alle categorie di superstiti aventi diritto, in base all'aliquota in vigore nel regime dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti.

Si pensi poi alla [sent. n. 264 del 2012](#), nella quale è dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 777, della l. 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007).

La Corte costituzionale, nel percorso logico-argomentativo che segue per respingere le censure mosse alla norma impugnata, rileva che nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, rispetto alla tutela dell'interesse sotteso al parametro convenzionale di cui all'art. 6 della Convenzione prevale quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata. In relazione alla quale sussistono, quindi quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva. Ed infatti, gli effetti della disposizione oggetto di censure – a detta dei giudici costituzionali – ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'art. 81, c. 4, della Costituzione, ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso, impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali.

9. Conclusioni

Nel corso dell'intero contributo, si è cercato di mettere in luce la divergenza di orientamenti tra la Corte costituzionale e la Corte EDU in tema di rilevanza degli interessi di natura puramente economica ai fini della giustificazione di normative retroattive lesive del principio del giusto processo.

Come si è visto, la prima è ferma nel ritenere che in linea generale questi non possano assurgere a motivi imperativi di interesse generale e che l'istanza del privato a non vedersi spogliato, nel corso del processo, della possibilità di difendere le proprie ragioni dinanzi l'autorità giurisdizionale e in condizioni di parità rispetto alla controparte debba prevalere sul contrapposto interesse economico statale. I giudici europei fanno salva la possibilità che gli Stati dimostrino che la norma retroattiva sia deputata alla tenuta dell'intero sistema finanziario nazionale. Una *probatio*, per così dire, *diabolica* – che, ad oggi, pare nessuno Stato sia riuscito a fornire.

Viceversa, sotto l'egida dell'assenza di un generale divieto di retroattività legislativa nel testo costituzionale e con il rilievo che il principio di irretroattività trova esplicito richiamo in Costituzione solo con riferimento alla materia penale, la Corte costituzionale considera generalmente ammissibili le leggi retroattive di contenimento della spesa pubblica, siano esse interpretative o meno. Con il solo limite, che queste non trasmodino in regolamenti irrazionali e siano sufficientemente fondate sul piano della ragionevolezza.

Il differente approccio delle Corti trova conferma e non smentita nella decisione che in questo contributo si è deciso di annotare, la [n. 12 del 2018](#). In tale pronuncia, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma interpretativa, ritenendo che gli interessi di natura economica che giustificavano la sua adozione non avessero rilievo tale da legittimare l'intrusione del potere legislativo nella sfera di competenze costituzionali riservata al potere giudiziario. Il che, come si è già detto, farebbe propendere per ritenere che con la sentenza in esame la Consulta abbia inteso avvicinarsi alla giurisprudenza europea e non confermare il distacco.

Eppure, i giudici costituzionali arrivano a tale conclusione utilizzando un'argomentazione – ad avviso di chi scrive – affatto in linea con le decisioni rese dalla Corte di Strasburgo sul tema; e cioè

che siano idonee a sorreggere e a giustificare l'intervento retroattivo del legislatore, intrusivo nell'ordinaria amministrazione della giustizia, ragioni di natura puramente economica "di non scarsa entità".

Come si è detto, tale asserzione non riflette per nulla l'indirizzo europeo sul tema – teso, al contrario, a restringere massimamente la discrezionalità del legislatore nell'adozione di norme retroattive finalizzate esclusivamente al contenimento della spesa pubblica. Questa invece non fa che rimarcare la convinzione propria dei giudici costituzionali che le leggi retroattive "utili" non possano essere rimosse dall'ordinamento, quand'anche attentino alla garanzia della certezza del diritto, del legittimo affidamento dei consociati o violino il principio del giusto processo.

Non fa che sottolineare come in linea di principio ogni intervento retroattivo del legislatore sia, per la Corte costituzionale, ammissibile, salve rarissime eccezioni. Ed una di queste, è rappresentata proprio dalla eventualità che i privati vengano "sobbarcati" di un *excessive burden* a fronte della necessità di soddisfare esigenze economiche pubbliche, per così dire, irrisorie.

Simone Pajno

Fino a dove si estende la competenza regionale? Le controversie su fondo e sottofondo marino dinanzi alla Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. I casi problematici: *nihil sub sole novi?* – 2. Le recenti decisioni della Corte costituzionale – 3. Il percorso argomentativo della [sent. n. 21 del 1968](#) – 4. La “*Dichiarazione Truman*” e le competenze regionali – 5. La Convenzione di Ginevra, i *North Sea Continental Shelf Cases* e la Convenzione di *Montego Bay* – 6. Alcune conclusioni.

1. I casi problematici: *nihil sub sole novi?*

Come è risaputo, le attività di coltivazione di giacimenti di idrocarburi – in modo analogo a quanto accade, del resto, con la realizzazione di altre importanti politiche pubbliche in tema di approvvigionamento energetico – hanno posto problemi di non poco conto dal punto di vista del diritto costituzionale. Quelli in discussione sono infatti interventi sovente fortemente invasivi per i singoli territori interessati e le comunità ivi stanziate, in grado di conformare prepotentemente le caratteristiche del territorio e del suolo, selezionandone alcuni usi e impedendone radicalmente altri, e comportando talvolta rischi non indifferenti di lesione di beni primari come la salute e la vita.

Il problema che si è posto è dunque quello di capire innanzi tutto a chi spettasse, nell’ambito del riparto costituzionale delle competenze entrato in vigore nell’ottobre 2001, la decisione principale circa la definizione di tali politiche – se allo Stato o alle Regioni – e comunque quale ruolo dovesse essere riconosciuto a queste ultime nell’ambito delle attività del primo volte a progettarle e a portarle ad esecuzione. È altrettanto noto che tali questioni sono state decise dalla Corte, sulla base della premessa secondo la quale le attività in questione rientrano nelle materie di competenza concorrente «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia*» e «*governo del territorio*» di cui all’art. 117, comma terzo, Cost., tramite l’ormai celebre “paradigma della sussidiarietà legislativa” inaugurato dalle [sentt. nn. 303 del 2003](#) e [6 del 2004](#). In base a tale approdo lo Stato, nella «*perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi – anche solo nei limiti di quanto previsto dall’art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*»¹, può istituire, disciplinare e allocare a se stesso una funzione amministrativa in ambiti materiali *diversi* da quelli di cui all’art. 117, secondo comma Cost., solo alla condizione di prevedere, nella fase dell’attuazione amministrativa, la necessità di acquisire l’*intesa* (di tipo c.d. “*forte*”) con la Regione specificamente interessata dal singolo intervento, o, nei casi di atti statali a carattere generale, di tipo programmatico, di individuazione di criteri aventi una funzione *lato sensu* regolatoria, da raggiungere nella sede della Conferenza Stato-Regioni². Certo, con il passare del tempo la giurisprudenza costituzionale ha interpretato in modo via via sempre meno rigoroso il requisito dell’*intesa* “forte”, ritenendo costituzionalmente legittima la predisposizione di moduli procedurali in grado di far addivenire al superamento del mancato accordo, purché per tale via non si giungesse ad una «*drastica preminenza*» della volontà dello Stato³.

Il conflitto politico e istituzionale sotteso ai temi accennati si è, di recente, arricchito di un ulteriore tassello, concernente lo svolgimento delle attività sopra evocate non già nella terraferma ma nella parte di fondo e sottofondo marino rientrante entro il margine del c.d. “mare territoriale, ossia entro le 12 miglia dalla linea di costa. Particolare eco hanno avuto, nel dibattito pubblico, i casi del pozzo esplorativo di “*Ombrina Mare*”, a largo delle coste abruzzesi, e dell’impianto “*Vega*”, in prossimità

¹ Così la [sent. n. 6 del 2004](#), par. 7 del *Considerato in diritto*.

² Cfr., ad es., le [sentt. nn. 285 del 2005](#), [213 del 2006](#), [88 del 2007](#), [63 del 2008](#), [168 del 2008](#), [68 del 2009](#) e [76 del 2009](#).

³ Cfr. sul punto, ad es., le [sentt. nn. 33 del 2011](#) e [239 del 2013](#), nonché, più di recente, [nn. 7](#) e [142 del 2016](#).

di quelle siciliane⁴. Ebbene, negli ultimi tempi, in più di una circostanza, alcune Regioni hanno ritenuto che in base alla sopra richiamata disposizione contenuta nell'art. 117, terzo comma, Cost., non sia possibile distinguere lo statuto costituzionale delle attività del tipo di quelle qui in discussione a seconda che le stesse si svolgano nella terraferma ovvero nell'ambito i limiti nel mare territoriale. Sulla base di questo presupposto alcune Regioni hanno impugnato disposizioni legislative statali che istituivano e regolavano funzioni amministrative, del tipo di quella accennata, riferite ad attività destinate a svolgersi in mare, ritenendole costituzionalmente illegittime nella parte in cui non prevedevano la necessità di acquisire l'intesa della Regione interessata nell'ambito del procedimento amministrativo volto al rilascio del titolo concessorio unico per lo svolgimento delle attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi, almeno con riguardo alle attività che interessano zone rientranti nel limite delle 12 miglia⁵. La Regione Abruzzo, in modo ben più radicale, ha invece approvato la legge n. 29 del 2015, con la quale si vietava in radice lo svolgimento delle attività *de quibus* nella zona di mare entro le 12 miglia, facendosi salvi esclusivamente i titoli già rilasciati⁶.

Si noti peraltro che conflitti costituzionali del tipo di quelli di cui in queste pagine si discorre sono noti già da molto tempo ad altre esperienze. Già negli anni '70 negli Stati Uniti lo sfruttamento delle risorse petrolifere esistenti nella piattaforma continentale aveva dato luogo a dibattiti e contenziosi che – *mutatis mutandis* – ricordano non poco quelli in atto oggi in Italia, caratterizzati com'erano dall'opposizione tra l'interesse federale allo sfruttamento delle risorse marine e quello delle comunità locali e dei singoli Stati concernente l'assetto e lo sviluppo dei territori interessati dagli interventi strumentali e di supporto rispetto a tale sfruttamento nonché – soprattutto – il potenziale «*environmental nightmare*» derivante da tali attività⁷. Niente di nuovo sotto il sole, verrebbe da dire. Non siamo i primi ad affrontare conflitti territoriali di questo tipo. E del resto, come si vedrà, i

⁴ Al riguardo si vedano, rispettivamente, le schede reperibili alle pagine web <http://unmig.sviluppoeconomico.gov.it/unmig/pozzi/dettaglio.asp?cod=7005> e <http://unmig.mise.gov.it/unmig/strutturemarine/dettaglio.asp?id=279>.

⁵ Cfr. i ricorsi decisi con la [sent. n. 170 del 2017](#), che riguardavano l'art. 38, comma 6, del d.l. n. 133 del 2014, nella parte in cui, disciplinando il procedimento per il rilascio del titolo concessorio unico per le attività di ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi, prevede che l'intesa della Regione interessata sia necessario solo per le attività da svolgersi in terraferma e non anche per quelle da svolgersi in mare entro il limite delle 12 miglia dalla linea di costa. Si vedano, inoltre, i ricorsi decisi con la [sent. n. 114 del 2017](#), i quali erano volti a contestare la legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 239 e 240, lett. c), della legge n. 208 del 2015. La prima disposizione «*stabilendo che i già rilasciati titoli abilitativi all'esercizio delle attività di ricerca, prospezione e coltivazione di idrocarburi entro le dodici miglia dalle linee di costa e dal perimetro esterno delle aree marine e costiere protette sono fatti salvi per la durata di vita utile del giacimento – violerebbe gli artt. 117, terzo comma, e 118, primo comma, Cost., nonché il principio di leale collaborazione*» in quanto «*prorogherebbe automaticamente l'efficacia dei provvedimenti senza intesa con la regione interessata, nonostante tale modalità di partecipazione sia imposta dall'attrazione in sussidiarietà realizzata nella fattispecie*» (par. 1.1 del *Considerato in diritto*). La seconda, invece, consentendo che il titolo concessorio unico per le attività di ricerca e coltivazione di idrocarburi sopra menzionato possa essere rilasciato, in alternativa rispetto alla procedura di cui al citato art. 38, comma 6, del d.l. n. 138 del 2011, secondo quanto previsto dalla legge n. 9 del 1991, «*violerebbe (...) gli artt. 117, terzo comma, e 118, primo comma, Cost., nonché il principio di leale collaborazione, in quanto non prevederebbe che, con riguardo al mare, i titoli abilitativi siano adottati d'intesa con le regioni interessate*» (par. 1.3. del *Considerato in diritto*).

⁶ La legge regionale citata nel testo è stata impugnata dal Governo con il ricorso 104 del 2015, in *G.U.* 1^a Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 4 del 27 gennaio 2016. La relativa questione di costituzionalità è stata decisa dalla Corte con la [sent. n. 39 del 2017](#), di cui si dirà nel par. 2. Nell'ottica di scongiurare lo svolgimento di attività di coltivazione di giacimenti di idrocarburi a largo delle Coste abruzzesi va probabilmente letta anche la coeva legge regionale n. 38 del 2015, che istituiva il Parco Naturale Regionale Costa dei Trabocchi I cui concreta perimetrazione lo qualifica in realtà come «area marina protetta» (così la [sent. n. 36 del 2017](#), che ha dichiarato la illegittimità costituzionale della sua istituzione a causa della violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. s), Cost., poiché il settore delle aree protette deve ritenersi ricompreso nella materia «*tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*» di competenza legislativa statale, e la legge 394 del 1991 prevede che solo lo Stato possa istituire aree marine protette).

⁷ Cfr. in tema, ad es., R. BREEDEN, *Federalism and the Development of Outer Continental Shelf Mineral Resources*, in *Stanford Law Review*, Vol. 28, n. 6, (Jul. 1976), 1107 ss.; M.J. HERSHMAN, *Achieving Federal-State Coordination in Coastal Resources Management*, 16 *Wm. & Mary L. Rev.* 747 (1975). L'espressione «*environmental nightmare*» è reperibile in J.A. MAGIDA, *Environmental Report/Coastal States Seek Changes in OCS Leasing Policy*, 7, *Nat'L Rep.* 229 (1975), citato da ambedue i contributi appena richiamati.

prodromi delle vicende di cui qui si discorre sono individuabili negli analoghi problemi sollevati dalla Regione siciliana e dalla Regione Sardegna e giunti sino alla ribalta del giudizio costituzionale, anche se in quelle circostanze si dibatteva essenzialmente di chi dovesse beneficiare dello sfruttamento delle risorse sottomarine, restando in disparte la questione ambientale. Meritevole di attenzione è tuttavia il percorso con cui oggi la Corte ritiene di affrontare i temi citati, poiché quest'ultimo, nonostante il richiamo alla decisione di allora, si mostra molto meno solido di quanto non fosse in occasione dell'antico precedente, in ragione di un contesto normativo profondamente mutato. Forse, dunque, in effetti c'è qualcosa di nuovo sotto al sole di cui anche il Giudice costituzionale dovrebbe tener conto.

2. Le recenti decisioni della Corte costituzionale

I Giudici di Palazzo della Consulta hanno deciso i casi sopra richiamati con le [sentt. nn. 39, 114 e 170 del 2017](#). Le ultime due si limitano a richiamare – peraltro senza neanche ripercorrerne il percorso motivazionale – le conclusioni raggiunte nella prima, dalla quale conviene senz'altro prendere le mosse. Con la [sent. n. 39 del 2017](#) la Corte costituzionale dichiara la illegittimità costituzionale della citata legge della Regione Abruzzo n. 29 del 2015, per violazione dell'art. 117, terzo comma, e dell'art. 118 Cost., sulla base delle seguenti considerazioni.

I. L'art. 1, comma 7, della legge n. 239 del 2004 stabilisce che sono esercitati dallo Stato i compiti amministrativi consistenti nella «*identificazione delle linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale con riferimento all'articolazione territoriale delle reti infrastrutturali energetiche dichiarate di interesse nazionale ai sensi delle leggi vigenti*» (lettera g), nonché nella «*utilizzazione del pubblico demanio marittimo e di zone del mare territoriale per finalità di approvvigionamento di fonti di energia*» (lettera l).

II. Da tali disposizioni la Corte desume «*il principio che, per il rilascio dei titoli di cui è questione – e cioè quelli a mare, la competenza dello Stato è esclusiva*», a differenza da quanto accade nella terraferma, in relazione alla quale è necessario, ai sensi della lett. n) del medesimo art. 2, comma 7, più sopra citato, l'intesa della Regione interessata. Detto principio andrebbe inoltre qualificato come «*fondamentale*», e dunque in grado di vincolare la legislazione regionale nella materia concorrente *de qua* (la «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*» di cui all'art. 117, comma terzo, Cost.). Ciò in quanto quelle contenute nella legge n. 239 del 2004 sarebbero norme «*che ridefiniscono, “in modo unitario ed a livello nazionale, i procedimenti di localizzazione e realizzazione” delle opere, “in base all'evidente presupposto della necessità di riconoscere un ruolo fondamentale agli organi statali nell'esercizio delle corrispondenti funzioni amministrative, a fronte di esigenze di carattere unitario” [...], ma anche in relazione “ai criteri indicati dall'art. 118 Cost. per la allocazione e la disciplina delle funzioni amministrative, nonché al principio di leale collaborazione [...]*» ([sentenza n. 117 del 2013](#))».

III. Infine, con specifico riferimento alla «*ricerca sottomarina*», la Corte richiama un proprio lontano precedente, il quale «*sia pure in un diverso contesto normativo, ha già affermato che sul fondo e sul sottofondo marino si esplicano poteri di contenuto e di intensità uguali per tutta la fascia che va dalla linea della bassa marea fino al limite esterno della piattaforma, circostanza che non consente di riconoscere alle Regioni una competenza neppure con riguardo alle attività che possono esercitarsi sulla porzione di fondo e di sottofondo sottostante al mare territoriale* ([sentenza n. 21 del 1968](#))».

Come dimostra la evocazione dell'art. 117, comma terzo, Cost., tra i parametri ritenuti lesi dalla disposizione legislativa regionale, i Giudici costituzionali ritengono già dirimente, nella soluzione della questione di costituzionalità la considerazione richiamata *sub I*). Tale argomento, però mostra più d'una debolezza, e si rivela francamente inadeguato a sostenere il peso della motivazione della illegittimità costituzionale della norma oggetto del giudizio. È infatti già discutibile, in primo luogo, che in una materia di competenza concorrente possa costituire «*principio fondamentale*» ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost., una norma che alloca direttamente una funzione amministrativa,

avocandola per di più ad una amministrazione statale, dal momento che davvero in un caso del genere si sarebbe di fronte alla completa negazione della potestà legislativa regionale. Pur in presenza di un andamento giurisprudenziale non del tutto lineare, infatti, la Corte costituzionale tende a negare tale possibilità. Si veda, ad esempio, quanto affermato nella [sent. n. 252 del 2016](#), secondo la quale «*nelle materie di potestà legislativa concorrente, secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'allocazione delle funzioni amministrative non spetta, in linea di principio – in assenza, cioè, di specifiche ragioni che rendano evidente la necessità di considerare l'attribuzione della funzione ad un determinato ente locale come rispondente ad un principio fondamentale – allo Stato, bensì alla Regione, la quale può, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, trattenere a sé la funzione ovvero attribuirle ad un diverso livello di governo*»⁸.

Ad ogni modo, anche a voler superare il senso di straniamento che si prova vedendo qualificata quale “principio fondamentale della materia” una norma di allocazione (allo Stato) di funzioni amministrative, l'argomento della Corte si trova davanti un nuovo e ulteriore problema. Per quanto possano sussistere “esigenze unitarie” in grado di spingere in tale direzione, infatti, l'ipotesi della quale qui si discorre è in radicale contrasto con il fitto tessuto giurisprudenziale elaborato in tema di “sussidiarietà legislativa” a partire dalle note “sentenze capostipite” degli anni 2003-2004. La conformità a costituzione di norme che, in presenza di esigenze unitarie, avochino allo Stato funzioni amministrative in materie diverse da quelle di cui all'art. 117, secondo comma, Cost., è subordinata alternativamente all'essere state adottate per mezzo di procedure che assicurino una adeguata collaborazione tra Stato e Regioni, ovvero – nella «*perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi – anche solo nei limiti di quanto previsto dall'art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*»⁹ – alla circostanza secondo la quale le medesime prevedano che a funzione *de qua* sia esercitata dallo Stato d'intesa con la Regione interessata. Ebbene, non vi è chi non veda come, se vi fosse la possibilità di considerare alla stregua di un principio fondamentale in materie di competenza concorrente norma che avocano funzioni amministrative al livello statale, non vi sarebbe stato bisogno di ricorrere alla creazione pretoria dell'istituto della c.d. “sussidiarietà legislativa” per fondare la possibilità, per lo Stato, di adottare norme siffatte, almeno nell'ambito delle materie di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.¹⁰ E non è senza rilievo notare che i primi e più famosi casi nei quali tale paradigma giurisprudenziale viene adoperato concernono norme ricadenti in materie di competenza concorrente come «*porti e aeroporti civili*», «*grandi reti di trasporto e di navigazione*», «*governo del territorio*» e, appunto, «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*». Il paradigma della “sussidiarietà legislativa” nasce proprio per giustificare la adozione di norme di avocazione al centro di funzioni amministrative in materie di competenza concorrente, non ritenendosi sufficiente a questo fine lo

⁸ Così al par. 3.2. del *Considerato in diritto*. In senso analogo cfr. in anche la [sent. n. 384 del 2005](#), che è chiara e perentoria nell'escludere che la allocazione delle funzioni amministrative in materie di competenza concorrente spetti allo Stato (par. 5 del *Considerato in diritto*). Ulteriori spunti nella medesima direzione sono reperibili nella più recente [sent. n. 170 del 2017](#), che nota come la spettanza statale del potere di allocare funzioni amministrative discenda dalla collocazione del settore materiale *de quo* nell'ambito della competenza legislativa esclusiva dello Stato. Per uno sviluppo delle aperture contenute nel passaggio citato nel testo si veda invece la [sent. n. 378 del 2005](#), con specifico riferimento ai poteri di nomina (par. 5 del *Considerato in diritto*). In senso parzialmente analogo rispetto alla decisione qui presa in considerazione va inoltre richiamata la [sent. n. 105 del 2017](#), che riguarda norme allocative di funzioni amministrative in materia di energia contenute nello stesso art. 1 della legge n. 239 del 2004. In modo contraddittorio, infatti, tali norme sono state qualificate *simultaneamente* principi fondamentali e esplicazione dell'istituto della «chiamata in sussidiarietà». Come si vedrà subito appresso nel testo, peraltro, questa sovrapposizione è rivelatrice delle difficoltà insormontabili che incontra l'ipotesi di ritenere consentita allo Stato la diretta allocazione (a se stesso, per di più) di funzioni amministrative tramite lo strumento dei principi fondamentali. Una efficace critica della [sent. n. 105 del 2017](#) è reperibile in M. SALVAGO, *L'errata applicazione del paradigma “dell'intreccio” di competenze statali e regionali genera un'antinomia normativa (e uno “strano” criterio per risolverla). Riflessioni a margine della sentenza n. 105 del 2017*, in [Federalismi.it](#), n. 4/2018.

⁹ Si utilizzano in questa sede ormai ben note parole che la [sent. n. 6 del 2004](#) dedica alla inattuazione dell'art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001, al par. 7 del *Considerato in diritto*. Al riguardo si veda anche la [sent. n. 278 del 2010](#).

¹⁰ Cfr., in tema, anche M. SALVAGO, *L'errata applicazione del paradigma “dell'intreccio” di competenze statali e regionali genera un'antinomia normativa*, cit., 6.

strumento dei principi fondamentali¹¹. Sarà solo successivamente che la sua utilizzazione verrà estesa a materie affidate alla competenza residuale regionale¹².

Arriviamo così al vero nodo della questione. Ovviamente una norma che sia qualificabile “principio fondamentale” in una materia di competenza concorrente è in grado di vincolare la legislazione delle Regioni solo ove sia conforme a Costituzione, e la Corte mai potrebbe dichiarare l’incostituzionalità di una norma regionale per contrasto con la prima ove così non fosse, anche a costo di sollevare dinanzi a se stessa la relativa questione di legittimità costituzionale. E – come mostrano i rilievi appena proposti – la Corte avrebbe potuto ritenere costituzionalmente legittimo il supposto “principio fondamentale” di cui qui si tratta solo a patto di sconfessare in radice tutta la propria giurisprudenza in tema di “sussidiarietà legislativa”: la quale però non viene in alcun modo posta in discussione ed anzi viene invece confermata senza tentennamenti se non dalla medesima [sent. n. 39 del 2017](#), dalle successive [170](#) e [114 del 2017](#), con specifico riferimento alle attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi in terraferma.

Il punto cruciale, dunque, è solo ed esclusivamente quello che si è provato a mettere in luce all’inizio del presente contributo: esiste una qualche ragione giuridica dalla quale dipende una differenziazione nella distribuzione costituzionale delle competenze tra terraferma e mare continentale, o meglio, tra terraferma da un lato e fondo e sottofondo del mare continentale dall’altro? La Corte ritiene di dover rispondere affermativamente a tale interrogativo con la considerazione sopra riportata al punto III, che per vero si limita a richiamare e riproporre senza alcuna variazione l’affermazione della [sent. n. 21 del 1968](#) secondo il quale «*sul fondo e sul sottofondo marino si esplicano poteri di contenuto e di intensità uguali per tutta la fascia che va dalla linea della bassa marea fino al limite esterno della piattaforma*»: ragione questa che condurrebbe ad escludere qualunque competenza regionale anche «*con riguardo alle attività che possono esercitarsi sulla porzione di fondo e di sottofondo sottostante al mare territoriale*».

L’affermazione sopra riportata, però, lascia anch’essa insoddisfatti. Che poteri sono quelli in grado di esplicarsi sul fondo e sul sottofondo marino? Perché il loro contenuto e la loro intensità non varia a seconda che si prenda in considerazione la zona sottostante al mare territoriale o quella sottostante ai tratti di mare ulteriore, «*fino al limite esterno della piattaforma*»? E perché tali poteri escludono la competenza regionale? Se non si risponde a queste domande non è possibile valutare la correttezza della posizione assunta dalla Corte costituzionale nei casi in questa sede considerati. È dunque necessario studiare un po’ più da vicino il precedente assai risalente nel tempo cui la Corte si riferisce.

3. Il percorso argomentativo della [sent. n. 21 del 1968](#)

Con la [sent. n. 21 del 1968](#) la Corte costituzionale decide i ricorsi proposti dalla Regione siciliana e dalla Regione Sardegna nei confronti di diverse disposizioni della legge n. 613 del 1967, riguardante la ricerca e la coltivazione di giacimenti di idrocarburi liquidi e gassosi, sulla base della tesi secondo la quale le due Regioni disporrebbero nei confronti dei giacimenti esistenti nella piattaforma

¹¹ Si vedano, ad esempio, oltre ai citati casi del «governo del territorio» ([sentt. nn. 303 del 2003](#), [6 del 2003](#), [214 del 2006](#), [16 del 2010](#), [121 del 2010](#) e [7 del 2016](#)) e della «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia» ([sentt. nn. 303 del 2003](#), [6 del 2004](#), [383 del 2005](#), [168 del 2008](#), [16 del 2010](#), [278 del 2010](#), [33 del 2011](#), [165 del 2011](#), e [239 del 2013](#)), quello delle «grandi reti di trasporto e di navigazione» (cfr. ad. es. [sent. n. 303 del 2003](#), [sent. n. 16 del 2010](#) e [sent. n. 7 del 2016](#)), dei «porti e aeroporti civili» (ancora [sent. n. 303 del 2003](#) e [sent. n. 16 del 2010](#)), e dell’«ordinamento della comunicazione» ([sentt. nn. 151 del 2005](#), [168 del 2008](#) e [179 del 2012](#)).

¹² La giurisprudenza costituzionale ha utilizzato il paradigma della “sussidiarietà legislativa” nei settori del “commercio” ([sent. n. 347 del 2007](#)), della pesca ([sentt. nn. 213 del 2006](#), [63 del 2008](#)), dell’“industria” ([sent. n. 63 del 2008](#)) della “agricoltura” ([sent. n. 63 del 2008](#)), dei “servizi sociali” ([sent. n. 168 del 2009](#)), del “trasporto pubblico locale” ([sent. n. 79 del 2011](#)), del “turismo” ([sentt. nn. 88 del 2007](#), [63 del 2008](#), e [76 del 2009](#)), nonché, sia pure in base ad una identificazione tutt’altro che chiara ed esplicita, dello “sviluppo economico” ([sent. n. 242 del 2005](#)). Tutti ambiti, come è noto, ricondotti dai percorsi dei giudici di Palazzo della Consulta all’art. 117, quarto comma, Cost.

continentale sia di competenze costituzionalmente stabilite (legislative ed amministrative) che di diritti a contenuto patrimoniale.

I giudici di Palazzo della Consulta respingono tale tesi con un percorso argomentativo che conviene seguire nel dettaglio. La sentenza in questione ricorda, innanzi tutto, «*che, al tempo della promulgazione dello Statuto siciliano e di quello sardo, l'esistenza a favore dello Stato del diritto inerente a tali risorse era internazionalmente oggetto di serie discussioni*», escludendo in conseguenza che «*lo Stato abbia attribuito alle Regioni ricorrenti una potestà legislativa e amministrativa su una materia che nemmeno esso poteva ritenere certamente ed indiscutibilmente nella sua sfera, e che comunque internazionalmente, neanche entro un minimo di utilizzabilità, era geograficamente e giuridicamente definita*». Tale situazione di incertezza giuridica, del resto, continua a persistere almeno in parte nel momento in cui la Corte scrive: nella sentenza ci si cura di precisare, infatti, che «*la convenzione di Ginevra 28 aprile 1958 sulla piattaforma continentale*» – come si vedrà già in grado di modificare significativamente il contesto normativo – «*per quanto predisposta sotto l'egida dell'Organizzazione delle Nazioni Unite*» non aveva ancora «*ricevuto la ratifica di tutti gli Stati che la (avevano posta) in essere*», né, peraltro, l'Italia vi aveva «*ancora aderito*».

I ragionamenti della Corte si svolgono dunque nel quadro del diritto internazionale generale, nel cui ambito «*quello sulla piattaforma continentale è un diritto che è condizionato dall'utilizzabilità economica del suo oggetto*», e – come si nota prontamente – «*lo Stato italiano fu in grado di esercitare quel diritto soltanto in tempo recente*», tramite l'affidamento «*all'Ente nazionale idrocarburi (del) compito di eseguire ricerche su alcune zone marine dell'Adriatico, in base alla legge 10 febbraio 1953, n. 136, posteriore alla promulgazione degli Statuti delle regioni ricorrenti*». E fu «*solo dopo tale promulgazione*» che «*la piattaforma continentale assunse, nell'ordinamento interno, ma parzialmente, il carattere di bene giuridico, perché solo allora acquistò il requisito dell'appropriabilità, che è essenziale per la qualifica di una cosa come bene*». Per di più, «*al di sotto dell'isobata dei duecento metri nemmeno oggi si sa fino a qual punto il diritto statale in discorso si potrebbe esplicare con effettività*», e «*per potersi sostenere che esso sia stato trasferito alle Regioni ricorrenti, dovrebbe affermarsi che si possa ritenere passata ad esse anche la competenza a determinarne il limite, vale a dire la competenza a fissare l'ambito della sfera dello Stato con effetti nell'ordinamento internazionale, che attiene invece a quello che si suol designare potere estero, di spettanza esclusiva dello Stato*».

Questo è il punto cruciale del percorso argomentativo della [sent. n. 21 del 1968](#), e questi sono i «*poteri*» evocati anche dalla [sent. n. 39 del 2017](#), destinati ad esplicitarsi «*sul fondo e sul sottofondo marino*» con contenuto ed intensità uguale «*per tutta la fascia che va dalla linea della bassa marea fino al limite esterno della piattaforma*»: poteri che impegnano la responsabilità internazionale dello Stato, poteri di sovranità esterna, si potrebbe dire, e che segnano la differenza di trattamento giuridico del mare territoriale rispetto alla piattaforma continentale, che dal diritto internazionale si ripercuote sul diritto costituzionale interno¹³, poiché non c'è dubbio che poteri del genere sopra accennato non possono ritenersi di spettanza regionale, ora come allora. Oggi peraltro la competenza legislativa dello Stato a disciplinare profili che attengono ai «*poteri*» di cui discorre la Corte è esplicitamente riconosciuta dalla previsione dell'art. 117, comma secondo, lett. a), Cost., in tema di «*politica estera*

¹³Questo il brano più significativo della decisione: «*Non si potrebbe dividere il fondo e il sottofondo marino fra zona territoriale, zona contigua e zona d'alto mare, per riconoscere alle regioni una competenza unicamente riguardo alle attività che possono esercitarsi sulla porzione di fondo e di sottofondo sottostante al mare territoriale, perché la corrispondente differenziazione del mare si rifà ad una varia natura e ad una diversa intensità dei poteri dello Stato, che attengono alla difesa, alla polizia della navigazione, alla vigilanza doganale, e via enumerando, mentre sul fondo e sul sottofondo marino si esplicano poteri di contenuto e di intensità uguali per tutta la fascia che va dalla linea della bassa marea fino al limite esterno della piattaforma. In altre parole, la condizione giuridica differenziata del mare trova fondamento in una diversità di funzione dei suoi vari tratti, là dove una sola è la funzione del fondo e del sottofondo marino; e la distinzione del mare territoriale della zona contigua e dell'alto mare è rilevante soltanto nella misura in cui lo è secondo il diritto internazionale, il quale non fa prevedere, per la piattaforma continentale, l'instaurazione di trattamenti diversi a seconda della sua posizione geografica*».

e rapporti internazionali dello Stato». A tale disposizione, piuttosto che all'art. 117, terzo comma, Cost., la Corte avrebbe dunque potuto e dovuto fare riferimento nella [sent. n. 39](#) per accogliere la questione proposta nei confronti della legge della Regione Abruzzo¹⁴, da quest'ultima derivando la differenza del regime competenziale della terraferma rispetto a fondo e sottofondo marino.

4. La "Dichiarazione Truman" e le competenze regionali

Le conclusioni appena accennate sono valide, però, solo a patto di ritenere che oggi come allora il regime giuridico del mare territoriale sia – innanzi tutto nel diritto internazionale – significativamente diverso da quello del fondo e sottofondo marino sottostante, almeno con riferimento alla necessità di fare riferimento ai "poteri" sopra accennati per radicare i diritti dello Stato su tali spazi.

Che così ancora oggi possano stare le cose tuttavia, è quantomeno dubbio. Non va dimenticato come la stessa posizione del problema dello sfruttamento della piattaforma continentale fosse, al momento in cui la Corte scrive, ancora relativamente recente. In particolare, il problema sorse soprattutto a seguito della ben nota dichiarazione del Presidente degli Stati Uniti Harry S. Truman del 1945, con la quale si rivendicava la spettanza delle risorse naturali presenti nel fondo e nel sottofondo marino della relativa piattaforma continentale, cui fecero immediato seguito analoghe dichiarazioni di numerosi altri Stati¹⁵. Tali pratiche unilaterali, oltre a porre dubbi circa la loro compatibilità con il principio della libertà dell'alto mare, generarono un dibattito di non poco conto circa il loro fondamento nell'ambito del diritto internazionale, nel quale si confrontarono varie tesi, quali quelle che le ritenevano legittime in base alle norme che regolavano la acquisizione di *res nullius*¹⁶, giustificando così le pretese degli Stati «entro i limiti di un'occupazione effettiva»¹⁷, o quelle di chi invece ritenevano già formatasi una nuova norma di diritto internazionale generale¹⁸. In tale contesto va inoltre segnalata l'autorevole ricostruzione di Benedetto Conforti, che parte dalla constatazione secondo la quale «l'utilizzo delle risorse della piattaforma comporta l'esistenza di comunità organizzate e stabilmente stanziate nell'area da sfruttare»¹⁹. Per l'illustre studioso il problema è dunque non (solo) economico ma (soprattutto) politico: «Il controllo sullo sfruttamento della piattaforma è preteso dagli Stati costieri per escludere che, al largo delle proprie coste, altri Stati estendano la loro organizzazione con i caratteri della stabilità»²⁰. Il diritto internazionale riconoscerebbe dunque allo Stato membro potestà su «navi ed individui altrui *al solo fine* di controllare l'attività di sfruttamento della piattaforma», in considerazione dell'esigenza di «evitare che le comunità di altri Stati si impiantino al largo delle coste»²¹.

In questo quadro risulta difficilmente contestabile l'affermazione della [sent. n. 21 del 1968](#), secondo la quale perché si possa sostenere che «il diritto dello Stato» sulla piattaforma «sia stato trasferito alle Regioni (...), dovrebbe affermarsi che si possa ritenere passata ad esse anche la

¹⁴ Si noti peraltro che, per quanto non citato dalla Corte nel *Considerato in diritto*, tale parametro costituzionale sarebbe stato utilizzabile nel giudizio in questione senza alcuna violazione del principio del "chiesto e pronunciato", poiché era invocato implicitamente ma chiaramente dal ricorso statale ([n. 104 del 2015](#)) che conteneva il riferimento, recuperato acriticamente dalla Corte, agli argomenti reperibili nella [sent. n. 21 del 1968](#).

¹⁵ Per una loro analisi cfr. R. YOUNG, *Recent Developments with Respect to the Continental Shelf*, in *The American Journal of International Law*, vol. 42, No. 4. (Oct., 1948), 849 ss.

¹⁶ Cfr. C.H.M. WALDLOCK, *The Legal Basis of Claims to the Continental Shelf*, in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 36, *Problems of Public and Private International Law, Transactions for the Year 1950* (1950), 115 ss.

¹⁷ B. CONFORTI, *Il regime giuridico dei mari. Contributo alla ricostruzione dei principi generali*, Napoli, Jovene, 1957, 184 (corsivo aggiunto), il quale tuttavia offre importanti rilievi critici a tale tesi (285-286).

¹⁸ M. GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati. I. L'ambiente e l'attività degli Stati*, Padova, Cedam, 1956, 461 ss.

¹⁹ B. CONFORTI, *Il regime giuridico dei mari*, cit., 290.

²⁰ B. CONFORTI, *Il regime giuridico dei mari*, cit., 290-291.

²¹ B. CONFORTI, *Il regime giuridico dei mari*, cit., 291-292 (corsivo dell'Autore). Ciò peraltro, secondo Conforti, non in base ad una nuova norma internazionale, bensì in applicazione a casi nuovi di norme preesistenti, dal medesimo ricostruite in modo da delineare una configurazione (non spaziale, bensì) «funzionale della tutela dello Stato costiero» (293).

competenza a determinarne il limite, vale a dire la competenza a fissare l'ambito della sfera dello Stato con effetti nell'ordinamento internazionale, che attiene invece a quello che si vuol designare potere estero, di spettanza esclusiva dello Stato»: sia che si prendano le mosse dalla tesi della *res nullius*, ovvero che si sposi l'articolata tesi di Conforti, non v'è dubbio che le decisioni sulla piattaforma e sullo sfruttamento delle risorse nella medesima contenute comportano l'esercizio della sovranità internazionale dello Stato, dalla quale allora, come del resto ora, le Regione non possono che dirsi escluse.

Il ragionamento che la Corte svolge nel 1968 è dunque solido e convincente, e conduce ad escludere qualunque competenza regionale in materia. Come si accennava poc'anzi, utilizzando le categorie giuridiche di oggi si dovrebbe concludere che la disciplina dello sfruttamento della piattaforma ricade nella materia di cui all'art. 117, comma secondo, lett. a), Cost., in tema di «politica estera e rapporti internazionali dello Stato».

5. La Convenzione di Ginevra, i North Sea Continental Shelf Cases e la Convenzione di Montego Bay

Molto tempo è tuttavia passato dalla redazione della [sent. n. 21 del 1968](#), e questo tempo non è passato senza lasciar tracce sul regime giuridico del fondo e del sottofondo marino. Già la stessa Convenzione di Ginevra sulla piattaforma continentale del 1958 incideva sensibilmente sul quadro appena tracciato, solo che – come evidenzia la stessa Corte costituzionale nella decisione *de qua* – nel 1968 l'Italia non vi aveva aderito né, «per quanto predisposta sotto l'egida dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, (aveva) ricevuto la ratifica di tutti gli Stati» firmatari. Se ha dunque fondamento la strategia argomentativa della Corte di far riferimento al diritto internazionale generale piuttosto che a tale atto, è tuttavia interessante rilevare come il medesimo fosse portatore di una logica sensibilmente differente rispetto a quella illustrata nel paragrafo che precede. Per evidenziare questo punto è ancora una volta possibile riferirsi alla elaborazione di Benedetto Conforti, secondo il quale «la Convenzione, in contrasto con il diritto internazionale generale, riconosce il più ampio potere di controllo allo Stato costiero, fino a far ritenere che esso disponga di una vera e propria estensione della sovranità territoriale sulla piattaforma». Tale controllo è inoltre «attribuito indipendentemente da un atto formale o effettivo di occupazione», e «risulta qualificato solo dall'obbligo (...) del rispetto del regime di libertà delle acque sovrastanti»²². A differenza di quanto accadeva nel diritto internazionale generale, dunque: a) gli atti di rivendicazione ed effettivo sfruttamento delle risorse collocate nella piattaforma continentale non sono ascrivibili alla sovranità esterna bensì manifestazione di un potere non dissimile da quello che lo Stato ha sul proprio territorio; b) il diritto a porre in essere tali atti è fondato in astratto e sulla base di un mero presupposto spaziale, non essendo più l'atto stesso lo strumento che radica in concreto la pretesa, come nella tesi della *res nullius*: non è, per utilizzare le parole della [sentenza del 1968](#), una attività in grado di fissare «l'ambito della sfera dello Stato con effetti nell'ordinamento internazionale».

In tale quadro si inserisce peraltro la notissima decisione della Corte internazionale di giustizia concernente i *North Sea Continental Shelf Cases*, immediatamente successiva alla pronuncia della Corte costituzionale più sopra presa in considerazione²³. In quest'ultima la Corte indentifica quella che a suo avviso è «the most fundamental of all the rules of law relating to the continental shelf», in virtù della quale «the rights of the coastal State in respect of the area of continental shelf that constitutes a natural prolongation of its land territory into and under the sea exist ipso facto and ab initio, by virtue of its sovereignty over the land, and as an extension of it in an exercise of sovereign rights for the purpose of exploring the sea-bed and exploiting its natural resources». Tale norme è sì

²² B. CONFORTI, *Le Convenzioni di Ginevra sul «diritto del mare»*, in *Comunicazioni e studi*, Giuffrè, Milano, 1957, 237.

²³ Sent. 20 febbraio 1969 (Repubblica federale tedesca vs Danimarca; Repubblica federale tedesca vs Olanda): *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, 3*.

«enshrined in Article 2 of the 1958 Geneva Convention», ma se la sua esistenza è «quite independent of it»²⁴.

Risulta evidente, in questo contesto, quella che possiamo definire la “dequotazione” della politicità degli atti di sfruttamento delle risorse sottomarine (nonché delle relative eventuali dichiarazioni, le quali però acquistano senso proprio in assenza di una norma internazionale quale quella più sopra richiamata). Non valgono più, come accadeva nel contesto giuridico preso in considerazione dalla Corte, ad impegnare lo Stato nelle sue relazioni esterne, né agli stessi può essere riconosciuto quel ruolo “funzionale” individuato da Conforti. Tale logica risulta approfondita ancor di più dalla Convenzione di Montego Bay (d’ora in poi CMB), ratificata in Italia a seguito della legge n. 689 del 1994. Secondo la CMB «lo Stato costiero esercita sulla piattaforma continentale diritti sovrani allo scopo di esplorarla e sfruttarne le risorse naturali». Tali diritti «sono esclusivi nel senso che, se lo Stato costiero non esplora la piattaforma continentale o non ne sfrutta le risorse, nessun altro può intraprendere tali attività senza il suo espresso consenso». Inoltre i medesimi «non dipendono dall’occupazione effettiva o fittizia o da qualsiasi specifica proclamazione» (art. 77).

Già da questo breve riferimento emerge con chiarezza che oggi non può più essere riconosciuto agli atti di sfruttamento delle risorse quel rilievo internazionale che la Corte individua nel 1968. Per i casi da cui si sono prese le mosse, tuttavia, vi è di più. Come si ricorderà, in discussione dinanzi il Giudice costituzionale era la pretesa di parte regionale di veder riconosciute proprie competenze con riferimento ad attività destinate ad esplicarsi nel limite del mare territoriale, ossia delle 12 miglia dalla costa. Ebbene, appare significativo, al riguardo, che la CMB ricomprende nella piattaforma continentale solo «il fondo e il sottosuolo delle aree sottomarine che si estendono al di là del suo mare territoriale attraverso il prolungamento naturale del suo territorio terrestre fino all’orlo esterno del margine continentale, o fino a una distanza di 200 miglia marine dalle linee di base dalle quali si misura la larghezza del mare territoriale, nel caso che l’orlo esterno del margine continentale si trovi a una distanza inferiore» (art. 76). Quindi, per il diritto internazionale oggi vigente, la piattaforma continentale è estranea all’area sottostante al mare territoriale, ed anzi comincia quando questo finisce. Tant’è che l’art. 4 della già citata legge n. 689 del 1994 prevede che, a decorrere dalla data di entrata in vigore della stessa la definizione di piattaforma continentale di cui all’art. 1 della legge n. 613 del 1967 – secondo il quale essa includeva «il fondo ed il sottofondo marino adiacente al territorio della penisola e delle isole italiane e situati al di fuori del mare territoriale, fino al limite corrispondente alla profondità di 200 metri o, oltre tale limite, fino al punto in cui la profondità delle acque sovrastanti permette lo sfruttamento delle risorse naturali di tali zone» – venga sostituita da quella più sopra riportata.

Viceversa, la sovranità dello Stato costiero sul “mare territoriale”, per la CMB, «si estende allo spazio aereo soprastante (...) come pure al relativo fondo marino e al suo sottosuolo» (art. 2). Non si potrebbe essere più chiari. I poteri dello Stato sono i medesimi sulla terraferma sul mare territoriale e – per quel che qui più specificamente interessa – sul fondo marino e sul sottosuolo relativi a quest’ultimo. Cade quindi il cuore dell’argomento del 1968 che la Corte ha utilizzato anche negli ultimi anni per escludere le competenze regionali in tale area: non è (più) vero che i poteri dello Stato destinati ad esplicarsi «sul fondo e sul sottofondo marino» con contenuto ed intensità uguale «per tutta la fascia che va dalla linea della bassa marea fino al limite esterno della piattaforma», a differenza di quanto accade per il “mare” strettamente inteso. Non è (più) vero che, come affermava la [sent. n. 21 del 1968](#), «una sola è la funzione del fondo e del sottofondo marino», in ciò differenziandosi quest’ultimo, dalla «condizione giuridica differenziata del mare».

6. Alcune conclusioni

²⁴ Par. 19. In tema cfr. ad es. W. FRIEDMANN, *The North Sea Continental Shelf cases—a critique*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 64, n. 2, (Apr., 1970), 229 ss., che nota come «today nobody seriously denies the universal acceptance of the continental shelf as an extension of the sovereignty of the coastal state» (232).

Molto di nuovo c'è dunque sotto al sole, rispetto al 1968, e la Corte avrebbe fatto bene a tenerne conto. Provando a trarre qualche conclusione dal percorso sin qui svolto in relazione ai casi problematici più sopra individuati, è infatti possibile osservare quanto segue.

In primo luogo, risulta del tutto evidente che il regime competenziale esistente, in virtù degli artt. 117 e 118 Cost. sulla terraferma, esiste “tal quale” anche in mare, almeno entro il limite delle 12 miglia dalla linea di costa, ossia nell’ambito del mare territoriale. Da ciò la conseguenza *inescapable* secondo la quale il procedimento volto al rilascio del titolo concessorio unico per le attività di ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi deve prevedere, pena la incostituzionalità *in parte qua* delle relative disposizioni, la acquisizione dell’intesa con la singola Regione interessata così con riferimento alle attività da svolgersi nel mare territoriale così come in terraferma. Su questo specifico punto, dunque le [sentt. n. 114 e 170 del 2017](#) non possono essere ritenute soddisfacenti.

Un po’ più articolate sono invece le considerazioni che merita la [sent. n. 39 del 2017](#), relativa alla legge con la quale la Regione Abruzzo vietava qualunque attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi a largo delle proprie coste, pur nel limite delle 12 miglia. Per le ragioni sopra accennate non pare condivisibile la declaratoria della illegittimità costituzionale di tale previsione in quanto contrastante con un principio fondamentale della legge statale in una materia di competenza concorrente. Come si ricorderà, è stata infatti questa la conclusione raggiunta dalla Corte. Tuttavia l’idea di ravvisare in una norma che allocava direttamente allo Stato la funzione amministrativa *de qua* un principio fondamentale ai sensi dell’art. 117, terzo comma, Cost. contrasta senza dubbio – oltre che con quella che dovrebbe essere la funzione di tale tipo di norma nell’ambito della competenza concorrente – con la giurisprudenza costituzionale in materia di “sussidiarietà legislativa”, come si è visto senz’altro applicabile anche nell’ambito del mare territoriale.

Da quanto appena evidenziato, però non consegue senz’altro che la Regione si fosse mossa nell’ambito delle proprie competenze approvando le disposizioni legislative in esame, e ciò per più di una ragione. Innanzi tutto, seguendo il ragionamento della [sent. n. 39](#), merita di essere osservato che l’art. 1, comma 7, lett *l*), della legge n. 239 del 2004, affida allo Stato le funzioni inerenti la «*utilizzazione del pubblico demanio marittimo e di zone del mare territoriale per finalità di approvvigionamento di fonti di energia*» (lettera *l*), con una previsione che se deve certamente essere ritenuta costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede l’intesa con le Regione interessate, non può d’altra parte essere contestata da una di queste ultime se non con gli strumenti della giustizia costituzionale. La disposizione da ultimo citata, dunque, andava impugnata nell’ambito del giudizio in via principale, e non certo contrastata tramite una disciplina volta a “bloccarne” l’operatività. Tale profilo era, peraltro, espressamente evocato dal ricorso statale, che denunciava al riguardo la violazione dell’art. 5 Cost., invocando quanto affermato dalla [sent. n. 198 del 2004](#), secondo la quale «è implicitamente escluso dal sistema costituzionale che il legislatore regionale (...) utilizzi la potestà legislativa allo scopo di rendere inapplicabile, nel proprio territorio, una legge dello Stato che ritiene costituzionalmente illegittima, se non addirittura dannosa o inopportuna, anziché agire in giudizio dinanzi a questa Corte ai sensi dell’art. 127 Cost.»²⁵. La normativa regionale *de qua*, dunque, non mancava certo di destare perplessità sul piano del diritto costituzionale. La Corte ha però deciso di seguire la strada peggiore per eliminarla dall’ordinamento, stabilendo così un principio di diritto che – se nel caso della [sent. n. 39](#) non è risultato determinante sul dispositivo, il quale avrebbe comunque dovuto essere di accoglimento – nelle vicende decise con le [sentt. nn. 114 e 170 del 2017](#) è stato in grado di condurre al rigetto di questioni che, per le ragioni sopra esposte, andavano invece accolte.

²⁵ In tema cfr. R. BIN, *Sulle leggi “di reazione”*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#).

Giovanni Comazzetto*

Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco” tra *revirements* e questioni irrisolte

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Ciascuno a suo modo*: la “saga Taricco” in tre atti. – 2.1 Atto primo. La controversa decisione di condanna di un sistema irragionevole. – 2.2 Atto secondo. La Corte costituzionale interviene a difesa dell’identità costituzionale, senza rinunciare al dialogo. – 2.3 Atto terzo. L’ambigua risposta della Corte di giustizia, tra volontà di disinnescare l’arma dei controlimiti e salvaguardia della *primauté*. – 3. La base giuridica della decisione e le reticenze della Corte di giustizia. – 3.1 Il dilemma dell’identità, tra autocomprensione e controlimiti. – 3.2 L’enigma costituzionale dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. – 3.3 *Es sei denn*: le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tra osmosi interordinamentale, “funzionalizzazione” agli interessi europolitani e salvaguardia delle identità nazionali. – 4. Intersezioni e conflitti tra ordinamenti nel *pluralisme désordonné* dell’Unione europea. Meno d’una conclusione.

1. Premessa

In varietate concordia: nell’efficace e ossimorico motto dell’Unione europea è racchiusa tutta la complessità della sfida che il processo di integrazione (politica, giuridica, economica e culturale) ha rivolto agli studiosi europei negli ultimi decenni. Ci può essere armonia tra diversi su una scala così ampia, tra tante nazioni che provengono da tradizioni talvolta molto distanti? Ci può essere sovranità *condivisa*, priva di un decisore ultimo e di un punto archimedeo? È pensabile un progetto politico che unisca tante identità diverse senza annichilirne l’irripetibile unicità, ed esiste in Europa un pensiero politico davvero *plurale*? Come osserva Edgar Morin, la difficoltà di concepire l’Europa è legata «al modo classico di pensare, in cui l’idea di unità diluisce l’idea di molteplicità e di metamorfosi, in cui l’idea di diversità conduce al catalogo di elementi giustapposti»¹. L’Europa delle diversità, dell’*unitas multiplex*, impone di affrontare sotto differenti prospettive il tema dell’*identità*, della ridefinizione costante del sé a contatto con l’altro, della moltiplicazione e sovrapposizione delle obbligazioni politiche, della crescente e inarrestabile mobilità dei confini, della sussidiarietà – criterio intrinsecamente *mobile* – come principio cardine della distribuzione delle competenze tra i diversi livelli di governo.

È agevole percepire nella dottrina costituzionalistica odierna un diffuso senso di spaesamento dinanzi agli straordinari cambiamenti che hanno attraversato lo scenario giuridico tardonovecentesco: punti fermi, apparentemente inattaccabili dall’usura del tempo, legati ai protagonisti della creazione giuridica (i legislatori), alla concezione del diritto (il normativismo, *in primis*) e all’organizzazione gerarchica dello stesso (la struttura piramidale del sistema delle fonti del diritto), sembrano essere stati travolti da una «rivoluzione costituzionale»². Gli organismi giudiziari si trovano sempre più al centro dei sistemi giuridici, al punto che si parla spesso di “*governance* giudiziaria” o di “*juristocracy*”; carte dei diritti e corti preposte alla garanzia della loro applicazione si moltiplicano e sovrappongono, determinando, in una con la diffusione ed estensione dei valori del costituzionalismo, straordinari problemi di coordinamento tra diversi livelli di tutela e di complicazione della geografia giudiziaria.

In un contesto di eterna transizione nel quale si fatica ad intravedere un disegno coerente e «chiamare le cose coi loro nomi»³, perché sembrano mancare gli strumenti concettuali per cogliere un’architettura straordinariamente più complessa di quella cui ci si era abituati – anche in forza dell’illusione prospettica che viziava il riduzionismo politico-giuridico moderno⁴ –, la costellazione

* Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Padova.

¹ E. MORIN, *Pensare l’Europa*, Milano, 1988, 24.

² 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.

³ Qualità massimamente elogiata da Giacomo Leopardi, v. G. LEOPARDI, *Pensieri*, Milano, 2017⁶, 33.

⁴ Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007³, 55 ss.

di teorie elaborate per ricostruire i rapporti tra le varie componenti dell'Europa unita, in particolare Stati membri e istituzioni dell'Unione, ricomprende concezioni di matrice statocentrica o, all'opposto, eurocentrica, ma anche un coacervo di modelli ibridi e "bidirezionali", vere e proprie teorie della "complessità costituzionale" che afferiscono al *constitutional pluralism*. Teorie, queste ultime, che tuttavia, nella loro esaltazione della complessità e nel rigetto di qualsivoglia gerarchia normativa appaiono, spesso, piuttosto come descrizioni del confuso *status quo*, fotografie giuridiche del *dis-ordine*, che come convincenti ricostruzioni di un possibile ordinamento giuridico "plurale"; è stato correttamente osservato che «we have not seen any convincing proposal of how a non-hierarchical legal order would work in practice while remaining a legal order»⁵. Le più innovative concezioni dell'ordinamento eurounitario rischiano perciò di rivelarsi, così come la celebre scala wittgensteiniana, soluzioni transitorie che, se pure utili a farci raggiungere una migliore comprensione della complessità ordinamentale europea, debbono essere gettate via subito dopo l'utilizzo.

Ciò che accomuna molte di queste ricostruzioni delle relazioni interordinamentali è senza dubbio la centralità riservata al diritto giurisprudenziale: non si può non concordare con l'affermazione secondo cui il diritto costituzionale è oggi «sempre più identificabile attraverso le sequenze di una giustizia costituzionale consegnata non solo alle Corti costituzionali statali, ma anche ad un circuito giudiziario assai più ampio»⁶. Aspetto, questo, che non può certo sorprendere, essendo dotato il diritto eurounitario fin dalla nascita di «caratteri marcatamente giurisprudenziali, e [...] proprio sul terreno dei diritti fondamentali del cittadino europeo»⁷. La Corte di giustizia ha infatti, com'è noto, elaborato casisticamente un catalogo di diritti fondamentali, senza riferimenti normativi espressi nei Trattati istitutivi, sull'onda di alcune pronunce delle Corti costituzionali nazionali e avvalendosi, in quest'opera di autentica *invenzione* del diritto costituzionale europeo, dell'apporto delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Un percorso in ogni caso tutt'altro che lineare: le «magnifiche sorti e progressive» non s'accordano alla storia costituzionale dell'integrazione europea, segnata piuttosto da brusche fermate e inopinate ripartenze, dall'essere costantemente *in fieri*, esposta agli opposti rischi dell'annientamento delle differenze e della frammentazione politica, finanche la disgregazione.

In tempi costituzionalmente difficili, quando non sconcertanti, la Corte di giustizia è chiamata a svolgere un ruolo fondamentale: garantire l'uniforme interpretazione del diritto eurounitario, lasciando al contempo uno spazio adeguato al dispiegarsi delle tradizioni nazionali, dal momento che l'unità assoluta porterebbe all'annichilimento delle identità particolari, mentre l'assoluta diversità determinerebbe la dissoluzione del progetto europeo⁸. Dalla sua giurisprudenza è allora necessario che emerga la «vocazione "pluralista" dell'istituzione stessa, che vuole edificarsi e crescere nello scrupoloso rispetto dell'identità costituzionale di ciascuno degli ordinamenti nazionali da cui risulta composta»⁹, così come dalla giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali è bene che risulti quella *Europarechtsfreundlichkeit*, letteralmente "amichevolezza nei confronti del diritto UE", di cui parla nella sentenza *Mangold/Honeywell*¹⁰ la Corte costituzionale pur storicamente più "diffidente" nei confronti dell'integrazione europea, ovvero il *Bundesverfassungsgericht*.

È coerente con la succitata vocazione pluralista l'atteggiamento mantenuto dalla Corte di giustizia nella cosiddetta "saga Taricco", recentemente pervenuta ad un nuovo capitolo – certamente non

⁵ J. BAQUERO CRUZ, *Legal Pluralism and Institutional Disobedience in the European Union*, in J. KOMÁREK-M. AVBELJ (a cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford-Portland, 2012, 255.

⁶ M.R. FERRARESE, *Dal «verbo» legislativo a chi dice l'«ultima parola»*, cit., 66.

⁷ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, 99.

⁸ Cfr. K. LENAERTS, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, 25 *European Review of Private Law*, Issue 2, 2017, 298 ss.

⁹ 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, 3.

¹⁰ 2 BvR 2661/06, 6 luglio 2010.

l'ultimo¹¹? È lecito dubitarne, soprattutto leggendo i numerosi contributi della dottrina al riguardo. Il caso *Taricco* rappresenta senza ombra di dubbio uno dei non frequentissimi esempi di pronunce della Corte di giustizia che negli ultimi anni hanno suscitato un vivissimo dibattito in dottrina, emergendo dal profluvio di decisioni di “ordinaria amministrazione” giudiziaria, e da cui gli studiosi traggono (o pretendono di trarre) indicazioni preziose circa l'orientamento della massima giurisdizione europea sulle questioni centrali del processo di integrazione, finanche sulla stessa conformazione dell'ordine giuridico europeo.

Con la pronuncia in esame la Corte è andata ad incidere su un settore degli ordinamenti nazionali ritenuto (non c'è quasi bisogno di evidenziarlo) particolarmente sensibile, il diritto penale; settore nel quale massimamente si manifesta la sovranità degli Stati membri. Era forse la prima volta, per quanto riguarda il nostro ordinamento, che una decisione del giudice europeo andava a detrimento, piuttosto che a vantaggio, dei diritti dell'imputato¹². Ad un primo sguardo, erano e sono tutt'ora in gioco, in questa controversa vicenda giudiziaria, due principi altrettanto fondamentali nel patrimonio costituzionale europeo: da una parte la *primauté* del diritto eurounitario, in questo caso del diritto primario (art. 325 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea¹³, paragrafi 1 e 2); dall'altra parte i principi supremi dell'ordine costituzionale interno – con particolare riferimento al principio di legalità in materia penale –, ritenuti limite invalicabile all'ingresso del diritto eurounitario contrastante e tutelati altresì, in via di autolimitazione (ossia di “europeizzazione” dei controllimiti), dall'art. 4 par. 2 del Trattato sull'Unione Europea¹⁴.

Risulta quasi impossibile soffermarsi su tutte le questioni sollevate da questa complessa saga giudiziaria; può giovare piuttosto l'analisi di alcuni delicati, centrali profili di diritto costituzionale, che emergono dal raffronto tra l'ordinanza di rimessione della Corte costituzionale italiana e la replica

¹¹ Il 10 aprile 2018 la Corte costituzionale ha emesso un comunicato stampa nel quale anticipa i contenuti della sentenza che ha deciso sulle questioni di legittimità costituzionale della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona, nella parte in cui essa dà esecuzione all'articolo 325 del TFUE come interpretato dalla Corte di giustizia con la [sentenza Taricco I](#) (il testo del comunicato stampa è reperibile all'indirizzo telematico https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20180410195603.pdf). In attesa di leggere il testo della sentenza, giova sottolineare come l'interesse suscitato da questa decisione – che risulta attestarsi nel senso dell'infondatezza della questione sollevata, alla luce di quanto statuito dalla Corte lussemburghese nella [sentenza Taricco II](#) – risieda principalmente nel conoscere le indicazioni che darà la Corte costituzionale non tanto ai giudici rimettenti (essendo la disapplicazione delle regole prescrizionali rispetto ai giudizi a quibus esclusa *expressis verbis* dalla stessa Corte di giustizia), quanto a tutti i giudici comuni. Come preconizzato da Roberto Bin (*Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) 2 febbraio 2018), infatti, altri giudizi potrebbero instaurarsi con riguardo ai termini di prescrizione di reati per frodi IVA, commessi dopo la [sentenza Taricco I](#) e dopo l'emanazione della direttiva UE 2017/1371 che ha implicato una parziale armonizzazione dei regimi prescrizionali relativi ai reati in questione. I giudici di merito investiti di questi giudizi si troverebbero nuovamente dinanzi al problema della disapplicazione delle norme del codice penale, come richiesto dalla [Taricco II](#), sia pure subordinatamente alla verifica della sufficiente determinatezza della legge applicabile. Sarebbe dunque opportuno un intervento “a monte” della Corte costituzionale, tale da vagliare la determinatezza della “regola Taricco” – costituendo peraltro già un “precedente” piuttosto significativo quanto affermato sul punto dalla stessa Consulta nell'ordinanza 24/2017 – e inverare appieno quella funzione di *reductio ad unitatem* che il giudice costituzionale è sembrato voler rivendicare a sé con forza in alcune recenti pronunce, anche a fronte del rischio di una sua progressiva emarginazione dal circuito giudiziario europeo a vantaggio del raccordo giudici comuni-Corte di giustizia e di una silente parcellizzazione e dispersione delle garanzie costituzionali nazionali (sul punto v. *infra*, par. 4 del presente scritto). Sul fatto che la questione della “paralisi” della regola *Taricco* nell'ordinamento italiano per difetto di determinatezza non sia affatto chiusa, nonostante il parziale dietrofront della Corte lussemburghese sul punto, v. per tutti E. LUPO, *Gli scenari futuri parzialmente incerti di una sentenza difficile* (Relazione conclusiva al convegno *Primato del diritto dell'Unione e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-42/17 e gli scenari futuri*, Corte di cassazione, 1° febbraio 2018, reperibile all'indirizzo telematico http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Pres_Lupo_febbraio_2018.pdf, il quale ad esempio ritiene doveroso per il giudice nazionale un separato esame del par. 2 dell'art. 325 TFUE, il cui disposto, se è accomunato a quello del par. 1 sotto l'aspetto della irretroattività, non può essere travolto dalla valutazione di indeterminatezza data allo stesso par. 1.

¹² Cfr. M. GAMBARDELLA, *La sentenza Taricco 2: obbligo di disapplicazione in malam partem “a meno che” non comporti una violazione del principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 1/2018, 121-122.

¹³ D'ora innanzi TFUE.

¹⁴ D'ora innanzi TUE.

della Corte di giustizia, e che attengono all'interpretazione di alcune norme cardine dei rapporti tra ordinamenti nazionali e ordinamento eurounitario; l'analisi delle pronunce indicate darà altresì l'abbrivio ad alcune notazioni in merito alle recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia. A una siffatta indagine, foriera piuttosto di interrogativi che di certezze in merito all'attuale stato dello *ius commune europaeum*, e al delicatissimo equilibrio tra i due poli contenuti nel motto dell'Unione citato in esordio al presente scritto, sarà premesso un breve riassunto della vicenda giudiziaria da cui tutto è scaturito, sulla quale si è soffermata lungamente la dottrina sia costituzionalistica che penalistica.

2. Ciascuno a suo modo: la “saga Taricco” in tre atti

Si descriverà sinteticamente, per tappe, il dispiegarsi della trama della saga *Taricco*. Muovendo dal rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Cuneo, si giungerà alla disamina della sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, [causa C-105/14, Taricco \(d'ora innanzi Taricco I\)](#); di seguito, si affronteranno i temi enucleati dalla Corte costituzionale italiana, tramite domanda di pronuncia pregiudiziale, nell'[ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24](#); si analizzerà infine la replica della Corte di giustizia nella decisione del 5 dicembre 2017, [causa C-42/17, M.A.S. e M.B \(d'ora innanzi Taricco II\)](#). Tra le molteplici letture di questa saga giudiziaria, è possibile privilegiare quella che pone al centro del dialogo tra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana il tema dell'instabilità della propria visione di sé, della realtà ordinamentale cui si appartiene e delle relazioni con ciò che è *altro da sé*. Come la commedia pirandelliana *Ciascuno a suo modo* ha ad oggetto «il dramma dell'insicurezza, dell'inconsistenza, del dubbio di sé e degli altri, del continuo mutar d'opinione, in un dramma quindi che sembra anch'esso lasciato aperto, inconcluso, incompiuto»¹⁵, così la saga *Taricco* palesa in tutta la loro drammaticità l'instabilità e l'incertezza delle relazioni interordinamentali nello spazio costituzionale europeo, rispecchiate dalla difficoltà delle stesse Corti, nazionali e sovranazionali, ad interloquire e trovare punti di riferimento comuni.

2.1 Atto primo. La controversa decisione di condanna di un sistema irragionevole

La saga *Taricco* ha inizio a Cuneo. Questo il *casus belli*: il sig. Taricco e vari altri imputati si trovano dinanzi al Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Cuneo; trattasi di un procedimento penale per associazione a delinquere allo scopo di commettere vari delitti in materia di IVA (le note “frodi carosello”). Il giudice italiano, invocando l'intervento della Corte di giustizia, precisa che in ordine ai reati contestati (puniti ai sensi degli artt. 2 e 8 del d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74) il termine di prescrizione non potrà essere prorogato, nonostante l'eventuale interruzione della stessa, oltre il limite massimo di un quarto della sua durata iniziale (in applicazione del combinato disposto dell'art. 160, ultimo comma, del Codice penale e dell'art. 161 dello stesso codice). Secondo il giudice del rinvio, è dunque certo che tutti i reati, ove non ancora prescritti, lo saranno entro l'8 febbraio 2018, ossia prima che possa essere pronunciata sentenza definitiva; questo l'esito del citato meccanismo che regola l'interruzione del termine prescrizione. Da ciò consegue che gli imputati, accusati di aver commesso una frode in materia di IVA per svariati milioni di euro, potranno beneficiare di un'impunità di fatto dovuta allo scadere del termine di prescrizione. Il giudice del rinvio si trova pertanto a denunciare non una patologia relativa al singolo caso in esame, bensì un'irragionevole disciplina generale della prescrizione che è idonea a pregiudicare *in modo sistematico* la pretesa punitiva dello Stato in ordine ai reati sopraccennati, ledendo altresì – e, dal punto di vista del diritto europeo, *soprattutto* – gli interessi finanziari dell'Unione. Come evidenzierà in seguito il giudice di Lussemburgo, in questo tipo di casi l'impunità di fatto costituirebbe in Italia «non un'evenienza rara, ma la norma» (punto 24 della [sentenza Taricco I](#)).

¹⁵ U. MARIANI, *La creazione del vero: il maggior teatro di Pirandello*, Firenze, 2001, 96.

La risposta della Corte di giustizia si allinea alle conclusioni dell'Avvocato generale Kokott¹⁶, a parere della quale l'incompatibilità del regime italiano della prescrizione con la legislazione europea – rispetto non tanto alla direttiva 2006/112/UE in materia di IVA e alle altre disposizioni del TFUE invocate dal giudice del rinvio, quanto piuttosto ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 325 TFUE, invero neppure citati da quest'ultimo – ne impone in capo al giudice comune la disapplicazione, «senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale», conformemente alla consolidata giurisprudenza della Corte (punti 106-111 dell'*Opinion* e punto 49 della sentenza). L'articolo 325 TFUE obbliga gli Stati membri a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive (par. 1) e, in particolare, li obbliga ad adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari (par. 2); tali disposizioni, peraltro di diritto primario, pongono in capo agli Stati membri «un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata» (punto 51 della sentenza). Sono pertanto, a giudizio della Corte, norme dotate di *effetto diretto*, idonee a determinare la disapplicazione delle norme interne contrastanti; nel caso di specie, le norme che sanciscono che anche in caso di atti interruttivi il termine di prescrizione non possa essere aumentato più di un quarto della sua durata iniziale. Ciò, tuttavia, avrebbe la conseguenza di assoggettare gli imputati dei reati suaccennati ad un regime prescrizionale più gravoso di quello vigente al tempo della consumazione del reato; un effetto *in malam partem*, con conseguente dichiarazione di penale responsabilità e irrogazione della pena. Le criticità, già *prima facie*, non sono limitate a questo, già relevantissimo, aspetto: l'obbligo di disapplicazione è infatti condizionato dalla Corte di giustizia alla sussistenza di presupposti dalla portata difficilmente determinabile, ovvero all'accertamento, da parte del giudice interno, che la normativa nazionale impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive *in un numero considerevole di casi di frode grave* che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

Nulla quaestio per la Corte di giustizia, che sul primo dei due punti testé richiamati cita anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a suffragio di una concezione *processuale* della prescrizione, tale da consentire pacificamente la disapplicazione delle norme italiane indubiate senza violazione dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dell'art. 7 della CEDU (entrambi dedicati al principio di legalità penale). Nella dottrina e giurisprudenza italiana, per contro, le letture *drammatizzanti* della [sentenza Taricco I](#) non si fanno attendere.

Discutibile, e assai discussa in dottrina, l'attribuzione all'art. 325 TFUE dell'idoneità a determinare *effetti diretti*; il medesimo articolo, nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia, sembra contrastare altresì con il principio di legalità in materia penale ex art. 25 comma 2 Cost., in specie con il principio di riserva di legge, nella misura in cui dall'art. 325 TFUE discenderebbe il dovere, per il giudice italiano, di disapplicare disposizioni penali con effetti sfavorevoli al reo, con un effetto di espansione della sua responsabilità penale oltre i limiti previsti dalla legge nazionale; sotto un diverso ma connesso profilo, sarebbe altresì confliggente con il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole (sempre ex art. 25 comma 2 Cost.), in quanto agli imputati dei processi in corso sarebbe applicato retroattivamente e *in malam partem* un regime prescrizionale difforme rispetto a quello vigente al tempo della commissione dell'illecito; *last but not least*, la vaghezza delle clausole che dovrebbero indirizzare il giudice comune riguardo all'*an* della disapplicazione degli articoli “incriminati” del codice penale, ovvero la *gravità* delle frodi e il numero *considerevole* di casi nei quali l'irrogazione delle sanzioni è pregiudicata, sarebbe incompatibile rispetto ad un ulteriore «principio ordinamentale, ispirato alla logica della separazione dei poteri, legislativo e giudiziario»¹⁷, ovvero il principio di determinatezza della norma penale.

Come nell'Intermezzo corale che segue il primo atto della commedia pirandelliana citata in precedenza, alla decisione fa seguito, tutt'altro che imprevedibilmente, un dibattito particolarmente

¹⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, 30 aprile 2015, causa C-105/14, *Ivo Taricco et. al.*

¹⁷ F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 27 marzo 2017, 8.

acceso: si confrontano le opinioni dei critici e degli spettatori sulla rappresentazione, «qualcuno favorevole» e «molti contrari». Dubitandosi della compatibilità dei principi enunciati nella [sentenza Taricco](#) con alcuni profili *identitari* del nostro assetto costituzionale, si evoca da più parti la nota dottrina dei “controlimiti”, una creazione della stessa Corte costituzionale italiana, risalente alla storica sentenza *Frontini*¹⁸ del 1973 (presto seguita da un’analoga presa di posizione da parte del *Bundesverfassungsgericht*¹⁹) ma poi rimasta per molti decenni *in the books*, quantomeno nei rapporti con l’Unione europea (la nota [sentenza 22 ottobre 2014, n. 238](#) sui crimini di guerra nazisti concerneva infatti il diritto internazionale, consuetudinario e pattizio). Lo strumento «da minacciare sempre ma attivare mai»²⁰ acquista un’improvvisa concretezza, così come la prospettiva dello scontro tra Corti che senza dubbio ne deriverebbe. Ma la Consulta sceglie di intraprendere un sentiero diverso: né piegarsi alla volontà della Corte lussemburghese, né attivare immediatamente i controlimiti. Lo strumento del rinvio pregiudiziale, divenuto negli ultimi anni di frequente utilizzo anche da parte delle (storicamente riluttanti) Corti costituzionali nazionali, rappresenta al contempo, e forse paradossalmente, un ultimatum al giudice europeo e una dichiarazione di perdurante disponibilità al dialogo.

2.2 Atto secondo. La Corte costituzionale interviene a difesa dell’identità costituzionale, senza rinunciare al dialogo

A richiedere l’intervento del giudice delle leggi sono in particolare la Corte d’appello di Milano e la terza sezione penale della Corte di cassazione. I rimettenti dubitano che la soluzione rinvenuta dalla Corte di giustizia allo scopo di garantire, in ossequio all’art. 325 TFUE, un’adeguata tutela degli interessi finanziari dell’Unione, sia compatibile con i principi supremi dell’ordinamento costituzionale nazionale e con i diritti inalienabili della persona, con particolare riguardo al principio di legalità in materia penale. Siffatta incompatibilità, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale in tema di controlimiti, dovrebbe essere pertanto idonea a sorreggere una dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge (nazionale) che ha autorizzato la ratifica e reso esecutivi i Trattati europei, ma solo nella misura in cui essa consenta l’ingresso nel nostro ordinamento degli obblighi contrastanti con il nucleo essenziale dei supremi valori costituzionali. La Corte costituzionale, come anticipato, non applica subito la dottrina dei controlimiti accogliendo le questioni sottoposte; ma, per la terza volta nella sua storia – la seconda a partire da un giudizio incidentale –, attiva il meccanismo del rinvio pregiudiziale di interpretazione.

La decisione della Corte è, già su questo punto, particolarmente significativa: conferma il definitivo abbandono della pregressa concezione ostativa ad un confronto diretto con la Corte di giustizia, ed espressiva della convinzione che un dialogo siffatto avrebbe importato la dismissione dei panni di unico custode supremo dell’ordine giuridico-costituzionale interno, nell’orizzonte della condivisione di tale funzione con un altro giudice, finanche della subordinazione gerarchica a quest’ultimo. Ciò premesso, sarebbe invece imprudente affermare che la Corte costituzionale ha abbandonato definitivamente anche quell’attaccamento all’idea dell’“ultima parola” che è sotteso alla stessa teorizzazione dei controlimiti, e che non è invero smentito neppure dall’ordinanza qui esaminata, per quanto pervasa dall’*amichevolezza* verso il diritto eurounitario.

L’*Europarechtsfreundlichkeit* percorre infatti l’intera trama del rinvio pregiudiziale: la Corte chiarisce che il suo intervento non è diretto a mettere in dubbio il primato del diritto eurounitario (la deferenza al quale è anzi sottolineata fin dall’inizio) né a contestare l’interpretazione dell’art. 325 TFUE fornita dalla Corte di giustizia – la cui competenza *esclusiva* sul punto è ribadita ove si sottolinea che «non spetta certamente a questa Corte fornire all’art. 325 TFUE un significato differente da quello che gli conferisce la Corte di giustizia» (punto 5 dell’ordinanza). Essa perciò non contraddice la – invero discutibile – affermazione della Corte in ordine all’attitudine dell’art. 325

¹⁸ [Corte cost., sent. 18 dicembre 1973, n. 183.](#)

¹⁹ *BVerfG, BVerfGE 37, 271 (Solange I).*

²⁰ R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 4 luglio 2016, 7.

TFUE a produrre *effetti diretti*; né accoglie tutte le doglianze dei rimettenti in ordine ai profili di incompatibilità tra il *decisum* della [Taricco I](#) e il nostro ordinamento costituzionale.

Di questi, infatti, essa tocca «solo incidentalmente»²¹ il tema della retroattività *in malam partem* della disapplicazione del regime prescrizionale vigente al tempo del fatto – aspetto sul quale la Corte di giustizia si era peraltro già espressa (punti 55-57 della [sentenza Taricco I](#)), negandone l'incompatibilità con l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione –, concentrandosi piuttosto sull'asserita violazione dei principi di *prevedibilità* e *determinatezza* della disciplina penale. Quanto al primo di questi due profili, invero entrambi corollari del principio della riserva di legge, prevedibilità significa accessibilità della fattispecie e calcolabilità delle conseguenze sanzionatorie. Trattasi peraltro di principio pacificamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte EDU, il cui *focus* risiede «nell'interesse dell'individuo ad essere tutelato contro un esercizio del potere punitivo che non sia per lui prevedibile e calcolabile»²², e dunque nella garanzia soggettiva, piuttosto che nella salvaguardia del principio ordinamentale della separazione dei poteri. Una lettura della prevedibilità in chiave eminentemente soggettiva²³ sembra potersi ricavare dal testo dell'ordinanza, ove si sottolinea che «la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l'art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi» (punto 5 dell'ordinanza). Il secondo profilo del principio di legalità enucleato dalla Corte consiste invece nella determinatezza della norma penale, intesa qui non più come diritto soggettivo ma come principio ordinamentale posto a presidio della separazione dei poteri nel nostro ordinamento costituzionale. L'indeterminatezza dei requisiti per la disapplicazione del regime prescrizionale fissati dalla Corte di giustizia si desume agevolmente dal testo della [Taricco I](#): «numero considerevole di casi» e «gravità delle frodi» costituiscono espressioni inidonee a circoscrivere le normali operazioni ermeneutiche del giudice, e dunque a limitare quel «ruolo creativo» della giurisdizione che gli ordinamenti di *civil law* tentano di arginare anche in un periodo di grave crisi della legge penale. Con le parole della Corte, pertanto, «il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate» (punto 5 dell'ordinanza); non è contemplata dal nostro ordinamento la figura del «giudice penale di scopo», neppure se ad esigerlo è il diritto eurounitario.

Resta invece sullo sfondo un altro aspetto della questione indubbiamente controverso, ovvero la violazione del principio della riserva di legge in materia penale nel suo significato primigenio, in forza del quale soltanto la legge parlamentare può stabilire reati e trattamenti punitivi²⁴; alla base di questa scelta, probabilmente, la consapevolezza di come quest'ultimo principio, a differenza di quelli sopra esposti, fosse maggiormente idoneo ad innescare uno scontro con la corte europea, nonché la constatazione di come esso attraversi incontestabilmente un momento di crisi, quantomeno nella sua accezione «pura». Autentica chiave di volta dell'intero apparato argomentativo resta in ogni caso la riaffermazione della natura sostanziale della prescrizione, che non costituisce *di per sé* il controlimite opposto al diritto eurounitario²⁵; la lesione dell'identità costituzionale deriva piuttosto dalla compressione del *contenuto minimo*, indefettibile del principio di legalità rispetto all'intero suo ambito materiale di applicazione, comprensivo, nel nostro ordinamento, anche della disciplina prescrizionale.

²¹ A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 111.

²² F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 19 dicembre 2016, 12.

²³ In senso critico nei confronti di questa declinazione della *foreseeability* in chiave soggettiva, cfr. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 febbraio 2017, 7.

²⁴ Cfr. I. PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 114.

²⁵ Cfr. G. LATTANZI, *Il dialogo tra le Corti nei casi Melloni e Taricco*, in *Cass. pen.*, 6/2017, 2135.

I profili di criticità, ovvero i potenziali motivi di scontro tra Corti, non riguardano soltanto il diverso modo d'intendere la natura della prescrizione e dunque l'assoggettamento della sua disciplina a più o meno stringenti requisiti, tra cui in particolare l'irretroattività e la determinatezza; né i differenti modi d'intendere lo stesso principio di legalità; ma involge altresì la tenuta di quel nucleo intangibile di valori che secondo costante giurisprudenza costituzionale resistono a qualsivoglia ingerenza, interna per via di revisione costituzionale, esterna per via dell'ingresso di norme internazionali o eurounitarie. Si palesa così il valicamento, nell'[ordinanza n. 24 del 2017](#), dei confini dati dal caso concreto e dalle tematiche ivi sollevate, ovvero del difficile equilibrio tra una più che discutibile disciplina della prescrizione dei reati in materia di IVA, ritenuta lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, e le garanzie apprestate per gli imputati dal principio di legalità in punto di prevedibilità, irretroattività e determinatezza della disciplina; il "balzo in avanti" della Corte di giustizia suscita infatti la reazione della Corte costituzionale italiana, chiamata quasi per necessità a prendere posizione su delicatissimi profili attinenti alle relazioni interordinamentali e a fissare, nel dialogo con la controparte europea, un "equilibrio provvisorio" tra il primato del diritto eurounitario e la garanzia di aspetti essenziali dell'ordinamento costituzionale nazionale. La Corte italiana coglie pertanto il nucleo essenziale della questione: *ne va*, in questa "saga Taricco", sia della tenuta del principio di legalità a colori italiani (profilo che peraltro adombra ben più della mera contrapposizione tra due concezioni della prescrizione, involgendo un vero e proprio scontro tra paradigmi²⁶), sia del modo di intendere le relazioni tra i due ordinamenti, nazionale ed eurounitario. Non si può non condividere l'affermazione secondo cui questa ordinanza è «una di quelle pronunce destinate a segnare la storia dell'integrazione giurisdizionale (e non solo) europea»²⁷. Fino ad ora non erano certo mancate le occasioni di conflitto, ma si era trattato perlopiù di scontri "a distanza", apparentemente non forieri di conseguenze rilevanti sul piano applicativo. Si pensi, a questo riguardo, alle ben diverse ricostruzioni dei rapporti interordinamentali che sorreggevano da una parte la tradizionale autocomprensione della Corte di giustizia (in chiave, com'è noto, monistica), e dall'altra la visione dualistica proposta dalla Corte italiana nella capitale sentenza [Granital](#)²⁸ così come nelle pronunce successive. La via prescelta ora dalla Corte costituzionale, accantonata oramai ogni diffidenza nei confronti dello strumento del *preliminary ruling*, è dunque quella di non sottrarsi al confronto diretto e immediato con il giudice sovranazionale. Considerando tuttavia le diverse premesse da cui muovono le due Corti, e i ben pochi spiragli offerti dalla [Taricco I](#) ai fini di una *reintepretazione* (della precedente interpretazione) dell'art. 325 TFUE in un senso rispettoso dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano, una risoluzione del conflitto (ovvero, se così si preferisce, un esito costruttivo del dialogo) che soddisfi entrambe le parti risulta quantomeno improbabile.

Le due Corti intendono garantire, *ciascuna a suo modo*, un corretto bilanciamento tra *primauté* del diritto dell'UE e salvaguardia dei principi costituzionali nazionali; a differenza di quanto avviene nella commedia pirandelliana, la vicenda prosegue nel terzo atto; giunge la replica della Corte di giustizia.

2.3 Atto terzo. L'ambigua risposta della Corte di giustizia, tra volontà di disinnescare l'arma dei controlimiti e salvaguardia della primauté

Varie sarebbero potute essere le risposte della Corte di giustizia all'energico rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana: da una conferma dell'impianto della prima sentenza – soluzione caldeggiata dall'Avvocato generale Bot nella sua *Opinion*²⁹, non a torto definita come «probably the

²⁶ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 novembre 2016.

²⁷ G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pubbl.*, 1/2017, 229.

²⁸ [Corte cost., sent. 5 giugno 1984, n. 170](#).

²⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, 18 luglio 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*

most conservative and radical view on the supremacy of the EU legal order»³⁰ –, cui avrebbe fatto seguito quasi sicuramente l'azionamento dei “controlimiti” da parte della Corte italiana – per la prima volta rispetto al diritto eurounitario –, ad un ripensamento più o meno radicale di quell'impostazione, scelta che avrebbe forse disinnescato il conflitto con il giudice rimettente ma con un possibile impatto, nel senso della frammentazione e disomogeneità, sull'equilibrio già precario tra istanze di protezione delle identità costituzionali nazionali e garanzia della *primauté* ed effettività del diritto dell'Unione. Tra questi due poli, tra le ragioni del «dinamismo evolutivo» e quelle della «tolleranza costituzionale»,³¹ una grande varietà di possibili soluzioni e *nuances* rispetto alle fondamentali questioni affrontate. La pronuncia, per poter risultare convincente ed aspirare, più che a un'impossibile esaustività o definitività – alla luce della straordinaria complessità dei temi coinvolti –, a dare *quantomeno* una direttiva ed esprimere così un indirizzo chiaro su aspetti cruciali, avrebbe dovuto rispondere al quesito concernente in particolare il rilievo delle “identità nazionali” rispetto alle esigenze di primazia ed effettività del diritto eurounitario ovvero, *ex multis*, sull'interpretazione di una norma chiave del *multilevel constitutionalism*, quell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, inteso da una parte della dottrina come “metapincipio” della tutela più intensa nonché pietra angolare di una sorta di “intercostituzione” europea³², ha però visto ben presto sterilizzate le proprie potenzialità interpretative, a seguito della celebre [sentenza Melloni](#)³³ della Corte di Lussemburgo. Questa era del resto la sostanza della richiesta della Corte costituzionale italiana: essere autorizzata ad accantonare una decisione “imbarazzante” del giudice europeo, e avere direttive più chiare sui temi sopra esposti; come giustamente sottolineato, non c'era realmente spazio per un rinvio pregiudiziale, poiché *in claris non fit interpretatio* e la perentorietà della [Taricco I](#) non lasciava ampi margini all'interpretazione; l'esigenza del rinvio era piuttosto motivata da «scoperte esigenze politico-istituzionali»³⁴.

La scelta della Corte di giustizia è ricaduta su un sostanziale *revirement*, abilmente mascherato purtuttavia da “precisione” di un orientamento presente già *in nuce* nella pronuncia del 2015. Ma la contraddizione tra i due arresti c'è ed è difficilmente contestabile. Sul *punctum crucis* della lesione arrecata ai diritti fondamentali degli imputati, derivante dalla disapplicazione, con effetto retroattivo, del regime prescrizione ritenuto dalla Corte di giustizia incompatibile con il diritto dell'Unione (in particolare con l'art. 325 TUE, paragrafi 1 e 2), la Corte nella [Taricco I](#) solo formalmente demandava al giudice *a quo* la verifica del rispetto dei diritti fondamentali degli imputati (punto 53). Nei punti immediatamente successivi (in particolare punti 55-57), infatti, essa stessa operava tale verifica e arrivava ad escludere³⁵ l'incompatibilità con le garanzie apprestate dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (il quale sancisce il principio di legalità dei reati e delle pene): diceva la Corte che dalla disapplicazione della disciplina prescrizione «non deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale [...], né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto. Al contrario, i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste» (punto 56).

Eppure proprio il punto 53 della [Taricco I](#) (valorizzato pure dalla Corte italiana nel suo rinvio pregiudiziale) costituisce, nella [Taricco II](#), il grimaldello adoperato dalla Corte di giustizia per piegare

³⁰ M. BASSINI-O. POLLICINO, *The Opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, in [Verfassungsblog on Matter Constitutional](#), 2 agosto 2017.

³¹ J.H.H. WEILER, *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, Harvard Jean Monnet Paper No. 10/2000, in <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/00/001001.html>

³² Per il concetto di “intercostituzione” e la connessione con l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, v. A. RUGGERI, [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), in questa [Rivista, Studi](#), 2016/II, 275 ss.

³³ Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni contro Ministero Fiscal*.

³⁴ M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Giur. cost.*, 1/2017, 538.

³⁵ Lo rileva tra i molti C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in [SIDIBlog](#), 15 settembre 2015.

la pronuncia del 2015 ad una interpretazione “adeguatrice”, che, almeno apparentemente, disinnesci il conflitto con la Corte rimettente. La valorizzazione di questo inciso, unitamente alla constatazione della natura sostanziale della prescrizione nell’ordinamento italiano, si rivela fondamentale nell’iter argomentativo della Corte, che dipana con apparente linearità e scioltezza il nodo gordiano del contrasto tra il *quid pluris* di garanzie apprestato dall’ordinamento penale italiano e la lesione arrecata agli interessi finanziari dell’UE dalla “prescrizione breve”. Da tali premesse infatti la Corte desume la preminenza, in ogni caso, del principio di legalità penale, nei suoi profili di prevedibilità, determinatezza e irretroattività, sull’interesse a garantire la riscossione dei crediti in materia di IVA. E l’argomentazione scorre con agilità proprio perché non è più messa in discussione la qualificazione della disciplina della prescrizione come afferente al diritto penale sostanziale: se la Repubblica italiana era effettivamente «libera di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene» (punto 45), allora i profili di contrasto della disapplicazione del regime prescrizionale con il principio di legalità, più (quanto alla disapplicazione rispetto ai procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della [sentenza Taricco](#)) o meno (quanto al diverso profilo dell’indeterminatezza della base giuridica, la cui valutazione è rimessa ai giudici nazionali) espressamente riconosciuti dalla Corte di giustizia, sono idonei a sorreggere una reinterpretazione di quanto statuito nella [Taricco I](#). L’attribuzione all’art. 325 TFUE dell’idoneità a determinare effetti diretti non è smentita; la precisazione qui effettuata, di non poco momento, riguarda la possibilità per il giudice nazionale di non disapplicare il regime prescrizionale contrastante con gli obblighi europei ove ritenga siffatta disapplicazione a sua volta in conflitto con le garanzie apprestate dal principio di legalità.

Restano purtuttavia quantomeno due ragioni di potenziale contrasto tra le due Corti: in primo luogo, la possibilità per l’ordinamento italiano di attribuire natura sostanziale alla prescrizione è ritenuta *non insindacabile* dalla Corte di giustizia, che richiama infatti l’armonizzazione (parziale) di tale disciplina in relazione ai reati in materia di IVA, avvenuta successivamente alla [prima sentenza Taricco](#)³⁶; per contro, nell’ordinanza di rinvio si diceva che su questo aspetto, che «non riguarda direttamente né le competenze dell’Unione, né norme dell’Unione, non sussiste alcuna esigenza di uniformità nell’ambito giuridico europeo. Ciascuno Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale» (punto 4 dell’ordinanza). Come osservato da Ernesto Lupo, «si pone allora il problema se il recepimento della direttiva [...] comporterà la modifica della disciplina della prescrizione (almeno) dei reati oggetto della stessa direttiva, considerandola come un istituto processuale, sottoposto sempre ad un regime legale (art. 111, primo comma, Cost.), ma non al principio di stretta legalità imposto dall’art. 25, secondo comma, Cost.»³⁷, con tutto ciò che ne può seguire in termini di applicabilità del *quid pluris* di tutela garantito nell’ordinamento penale italiano e di disarmonia tra regimi prescrizionali in relazione ai diversi reati, a seconda del loro maggiore o minore collegamento con il diritto europeo. In secondo luogo, come vedremo *infra*, la Corte di giustizia esita ad affrontare uno dei nodi cruciali posti dal giudice costituzionale italiano, ovvero la portata della dottrina dei controlimiti nel contesto delle relazioni interordinamentali, con particolare riguardo al rispetto delle identità nazionali degli Stati membri. Su questo profilo, la reticenza della Corte è certo significativa, e se da una parte essa vale a disinnescare il potenziale conflitto con la Corte italiana, avendo la prima accuratamente evitato di pronunciarsi sui punti ove era più probabile una deviazione rispetto al sentiero tracciato dalla seconda nell’[ordinanza 24 del 2017](#), dall’altra favorisce una indesiderata e perdurante incertezza sulla ricostruzione delle relazioni tra gli ordinamenti nazionali e l’ordinamento eurolunitario.

³⁶ Ci si riferisce alla Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale.

³⁷ E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 12/2017, 119.

3. La base giuridica della decisione e le reticenze della Corte di giustizia

Interrogarsi sulla base giuridica di questa decisione induce a svolgere una riflessione più ampia in merito agli incessanti tentativi di specificazione e coordinamento delle varie clausole europee di diritto positivo volte a prevenire o risolvere i conflitti tra ordinamenti che insistano su questioni *lato sensu* classificabili come “identitarie”. Nelle prime reazioni alla sentenza sin qui esaminata i commentatori più avvertiti si sono divisi tra chi richiamava la clausola di salvaguardia delle identità nazionali ex art. 4 par. 2 del TUE, chi riteneva sottesa alla decisione la valorizzazione del canone della “tutela più intensa” del diritto fondamentale ex art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, e chi infine ha rinvenuto nell’art. 6 par. 3 del TUE, concernente le *tradizioni costituzionali comuni* ai paesi membri, il presupposto di una “interiorizzazione” a livello europeo della concezione più garantista del principio di legalità prospettata dalla Corte italiana. Una siffatta incertezza è conseguenza non soltanto della riluttanza della Corte di Lussemburgo ad affrontare i nodi cruciali esposti dal giudice costituzionale italiano, ma anche della “storica” difficoltà di dottrina e giurisprudenza europee a «proporre formule di razionalizzazione dei rapporti fra ordinamenti e rispettive fonti idonei a stabilizzare una spiegazione accettabile del complesso fenomeno»³⁸. Gioverà pertanto anteporre ad una disamina di ciascuna delle citate disposizioni, nella loro discussa relazione con la soluzione del caso di specie, un quadro sintetico della loro applicazione nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e del significato da esse progressivamente acquisito nella disciplina delle relazioni interordinamentali.

3.1 Il dilemma dell’identità, tra autocomprensione e controlimiti

Parlare di “rispetto per le identità nazionali” ai sensi dell’art. 4 par. 2 TUE richiama inevitabilmente da una parte il tema, già accennato all’esordio del presente scritto e di straordinario interesse per il diritto costituzionale odierno, dell’incessante, se non addirittura crescente negli ultimi decenni, richiesta di *riconoscimento e conservazione delle peculiarità nazionali* nell’ambito del processo di integrazione europea – istanze particolaristiche poste in ovvia antitesi rispetto alle esigenze di unificazione giuridica presidiate dalla Corte di Lussemburgo –, e dall’altra, più specificamente, la dottrina dei *controlimiti nazionali alle limitazioni di sovranità* discendenti dal diritto eurounitario. Si può quasi sostenere, non certo in solitudine, che l’identità è divenuta categoria centrale del pur fluido diritto costituzionale europeo, protagonista di una traiettoria la cui scaturigine può convenzionalmente collocarsi in alcune storiche sentenze delle Corti costituzionali italiana e tedesca, e le cui tappe hanno visto crescere senza sosta l’interesse da parte di dottrina e giurisprudenza degli ordinamenti nazionali e dell’ordinamento sovranazionale, fino ad un riconoscimento formale, tanto pregnante quanto controverso, prima nel Trattato di Maastricht e poi nel Trattato di Lisbona, passando per il fallito progetto di Trattato costituzionale. Le rivendicazioni identitarie costituiscono peraltro oggetto di sempre maggiore attenzione nelle dinamiche dialogiche che coinvolgono giudici comuni, giudici costituzionali e giudici europei, intrecciando anche in questo aspetto di progressiva attualizzazione il percorso della teoria dei controlimiti, fino a non molti anni or sono «la scure [...] agitata, ma mai calata»³⁹ del diritto costituzionale europeo, e recentemente invece assunta a strumento effettivo di tutela delle identità costituzionali nazionali, dotato di potenziali effetti disgregativi.

Il legame tra controlimiti e identità nazionali merita invero un approfondimento e alcune precisazioni. Riesce infatti difficile, se non a prezzo di notevoli e forse inaccettabili semplificazioni, considerare monoliticamente l’esistenza di *una* teoria dei controlimiti, tale da contrapporre gran parte delle Corti costituzionali degli Stati membri dell’UE, quali supreme custodi degli ordini costituzionali

³⁸ G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, 40.

³⁹ P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell’identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in Costituzionalismo.it, 3/2016, 301.

interni, alla Corte di giustizia, intenta per contro a salvaguardare l'inattaccabile primato del diritto eurounitario. La dottrina dei controlimiti rappresenta piuttosto l'*humus* che ha propiziato il ramificarsi di diverse declinazioni della volontà delle Corti costituzionali nazionali di conservare al proprio ordinamento, e di conseguenza a se stesse, uno strumento ultimativo di controllo sull'altrimenti inarrestabile espansione del diritto eurounitario; quasi una *tradizione costituzionale comune* agli Stati membri, questa dei controlimiti, ma soltanto nella sua idea fondante, nel minimo comune denominatore del riconoscimento di limiti invalicabili posti all'avanzata del diritto eurounitario, ove sia in gioco la sopravvivenza di tratti essenziali e irrinunciabili del sistema costituzionale nazionale. Se infatti si osserva con attenzione, si nota agevolmente come vi sia stata piuttosto una *narrazione polifonica dei controlimiti*: non soltanto, in questo senso, la posizione di indubbia preminenza della Corte di Karlsruhe nello scenario europeo non ha impedito l'insorgenza di declinazioni diverse, quasi *à la carte*, della medesima dottrina – si pensi alle differenti impostazioni date alla questione dalle corti italiana, francese e spagnola⁴⁰, pur muovendo dalla comune premessa del riconoscimento dell'esistenza di alcuni principi invalicabili dall'integrazione comunitaria –, ma essa stessa si è caratterizzata per il suo essere *multidimensionale*, dunque tutt'altro che monolitica e coerente nel suo sviluppo. Si è giustamente osservato che «i controlimiti di Karlsruhe sono passati da una roccaforte costruita attorno allo *standard* di tutela dei diritti fondamentali (*Solange I e II*) a un presidio sul principio di attribuzione e dunque a strumento utile contro l'autoespansione delle competenze dell'Unione europea (*Maastricht-Urteil*), fino a divenire una forma di tutela dell'identità costituzionale tedesca (*Lissabon-Urteil*)»⁴¹. Con altro spirito era stata offerta la prima teorizzazione dei controlimiti da parte della Corte costituzionale italiana nella [sentenza 18 dicembre 1973, n. 183](#) (cosiddetta sentenza *Frontini*): a dimostrazione della natura teorica del pericolo contro il quale si affilava per la prima volta quest'arma, si affermava in questa sentenza, anche alla luce della natura (all'epoca) prettamente economicistica delle competenze comunitarie, che «appare difficile configurare anche in astratto l'ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana» (punto 9 del *Considerato in diritto*), e che nell'ipotesi, definita «aberrante», di una violazione da parte degli organi della Comunità dei «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o dei diritti inalienabili della persona umana», sarebbe stato pur sempre possibile un controllo sulla perdurante compatibilità dei Trattati rispetto ai valori costituzionali. L'*Italian Style* dei controlimiti era pertanto modulato nei termini di un'astratta riserva di competenza ultimativa di controllo contro l'altrettanto astratto pericolo di una aggressione comunitaria al binomio *principi supremi-diritti fondamentali*; i profili di autoconservazione identitaria, pur leggibili tra le pieghe della decisione, non erano particolarmente valorizzati. Per contro, la di poco successiva *Solange I* vedeva i giudici di Karlsruhe fare più volte riferimento all'«identità della costituzione vigente della Repubblica federale di Germania» o alla «struttura fondamentale della costituzione, su cui si fonda la sua stessa identità», al fine di legittimare un controllo di costituzionalità latente, ma attivabile in qualsiasi momento, almeno *fintantoché* (di qui il nome con cui è conosciuta la sentenza) l'ordinamento comunitario non avesse dato vita ad un sistema di tutela dei diritti fondamentali comparabile a quello statale. Il concetto di «identità costituzionale» è allora qui servente rispetto al fine precipuo della garanzia di un adeguato *standard* di tutela dei diritti fondamentali, contro il pericolo di un livellamento verso il basso dovuto al processo di integrazione europea.

Sembra tutt'altro che inappropriato rinvenire proprio in questa decisione un momento *lato sensu* «costituente» del cammino dell'integrazione europea: la decisione del *Bundesverfassungsgericht*

⁴⁰ Per una descrizione delle *nuances* che hanno contraddistinto le diverse impostazioni date dalle suddette Corti al rapporto tra *primauté* e controlimiti, allorché si decideva in merito alla compatibilità tra il Trattato costituzionale europeo e le Costituzioni nazionali, v. M. CARTABIA, «Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3/2005, 598 ss.

⁴¹ P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, cit., 201.

ebbe un impatto enorme⁴² e contribuì in modo determinante ad innescare un mutamento di sensibilità del diritto comunitario, propiziando così il processo di *comunitarizzazione* del rispetto dei diritti fondamentali e di avvicinamento del diritto del mercato unico a logiche costituzionalistiche. Di quest'ultimo furono progressivamente “umanizzati” i tratti essenziali; iniziò un progressivo ravvicinamento dell'ordinamento comunitario agli ordinamenti nazionali sul fronte della tutela dei diritti, a sua volta tale da flessibilizzare al contempo la pretesa di *primauté* del diritto sovranazionale e la rivendicazione di supremazia degli ordinamenti nazionali⁴³. Riguardo al secondo degli aspetti testé segnalati, giova evidenziare la – quantomeno a prima vista – paradossale eterogenesi dei fini cui la teoria dei controlimiti è andata incontro, nel corso della sua “prima stagione”: più che «usbergo della statualità»⁴⁴, essa si è rivelata essere un “via libera” alla prevalenza del diritto europeo, con la riserva da parte dei giudici costituzionali di intervenire nei casi *sommamente improbabili ma pur sempre possibili* di gravi violazioni dei diritti fondamentali o di lesioni alle identità costituzionali degli Stati membri.

Solo queste ultime evenienze avrebbero legittimato l'intervento del giudice costituzionale interno; l'argine al flusso di norme comunitarie, per quanto espresso con toni altisonanti e “pericolosi” alle orecchie della suprema giurisdizione comunitaria, costituiva un filtro non particolarmente selettivo. Al contrario, come è stato acutamente osservato, «paradossalmente la difesa del nucleo dei diritti più importanti, lungi dall'essere la causa di applicazione di un controlimite, è stata usata come base di armonizzazione: [...] le Corti hanno sacrificato la propria concezione particolare in modo da tributare atto di fedeltà alla CGCE, o da offrirle supporto»⁴⁵. Questa funzione quasi pedagogica dei controlimiti ha così caratterizzato la prima stagione del concetto di cui si discute. Contrapporre alla concezione monista delle relazioni interordinamentali, propugnata dalla Corte di giustizia, visioni differenti (ma non necessariamente “sovraniste”) e tali da salvaguardare l'autonomia costituzionale degli ordinamenti nazionali; mantenere una possibilità di controllo sull'espansione delle competenze comunitarie, ancorando queste ultime al rispetto del principio di attribuzione; stimolare lo sviluppo di un sistema sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali, anche alla luce dell'inarrestabile espansione delle aree di interesse del diritto comunitario; scongiurare una competizione, sul piano interpretativo, con la Corte di giustizia, approcciandosi al dialogo secondo un criterio di *comity*: queste le ragioni alla base delle prime sentenze sui controlimiti.

Soltanto negli ultimi anni sembra aver preso l'abbrivio una valenza autenticamente *difensiva* dello strumento in questione, dotata di risvolti pratici di straordinario interesse. Si può forse parlare di una nuova stagione dei controlimiti, una stagione di conflitti costituzionali più evidenti, aperti e numerosi di quelli cui ci si era abituati⁴⁶. La “seconda vita” dei controlimiti affonda le proprie radici nelle riflessioni che precedono e seguono l'adozione del Trattato di Maastricht e che hanno originato uno straordinario dibattito sulla natura giuridica dell'ordinamento eurounitario, e trova la propria concretizzazione più rilevante ed eclatante in un trittico di sentenze del *Bundesverfassungsgericht*, ovvero *Maastricht-Lissabon-Honeywell*. Creatosi e raffinosi un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, accolte e interiorizzate a livello sovranazionale le “tradizioni costituzionali comuni” agli Stati membri, adottata anche in sede europea una Carta dei diritti fondamentali – sotto certi aspetti persino più avanzata delle carte nazionali – e affermatosi in ogni dove, ma in particolare nel Preambolo al Trattato sull'Unione Europea, che questa si ispira ai «valori universali dei diritti

⁴² P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 435.

⁴³ Cfr. sul punto F. FONTANELLI-G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2008, 367 ss.

⁴⁴ M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 1/2015, 89.

⁴⁵ F. FONTANELLI-G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello*, cit., 376.

⁴⁶ Per una condivisibile disamina delle ragioni alla base della riemersione di quest'uso antagonistico o almeno difensivo della teoria dei controlimiti e del concetto di identità costituzionale, alla luce dell'allargamento a est dell'UE e dei limiti intrinseci all'integrazione attraverso il diritto, v. A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2014, 37 ss.

inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto», è evidente che la teoria dei controlimiti sembrava aver perso la propria ragion d'essere, se non nella misura in cui fossero controverse le operazioni di bilanciamento tra diritti fondamentali, e in ogni caso nell'alveo di conflitti dovuti alla *convergenza* di più livelli di tutela, piuttosto che all'*assenza* di tutela a livello sovraordinato⁴⁷. Difficile dunque che si abbia ora l'occasione di opporre i controlimiti a fronte dell'evenienza – *sempre meno probabile* – di gravi violazioni dei diritti fondamentali caratterizzanti gli Stati costituzionali di diritto; nuova linfa alla teoria in questione può invece provenire – e così è accaduto – dalle controversie inerenti a “identità costituzionali asimmetriche” o tradizioni costituzionali peculiari, dunque non qualificabili come comuni perché proprie soltanto di alcuni ordinamenti nazionali. Si pensi alla tutela rafforzata del nascituro nel diritto costituzionale irlandese; alle intense garanzie dei diritti del contumace nel diritto penale costituzionale spagnolo; alla concezione sostanziale della prescrizione nell'ordinamento penale italiano. Ecco allora che la ratio dei controlimiti, di garanzia dei livelli essenziali di tutela dei diritti fondamentali “classici” a fronte dell'espansione di un diritto comunitario del tutto disinteressato sul punto, si è tramutata in opportunità di protezione di diritti fondamentali (o di un *quid pluris* di tutela di un diritto fondamentale) che, mentre caratterizzano l'identità costituzionale di uno Stato membro, risultano debolmente tutelati a livello sovranazionale; ovvero, come nel caso *Gauweiler*⁴⁸, in possibilità di opporsi all'ingresso nei sistemi costituzionali nazionali di atti *ultra vires*, ossia violativi del riparto di competenze fissato nei Trattati⁴⁹.

Quale dunque, alla luce di questa evoluzione della dottrina dei controlimiti, il significato dell'introduzione della clausola di salvaguardia delle identità nazionali nei Trattati? Si è verificata davvero una “europeizzazione” dei controlimiti, come immaginato da una parte dei commentatori? Quale, poi, il rapporto tra il concetto di «identità nazionale insita nella [...] struttura fondamentale, politica e costituzionale» e l'*Identitätskontrolle* creato in via pretoria dal *Bundesverfassungsgericht*?

L'introduzione, prima nel Trattato di Maastricht, poi nel Trattato di Lisbona, di una clausola di “rispetto delle identità nazionali” ha suscitato fin dall'inizio un vivace dibattito in dottrina. Se guardiamo in particolare alla clausola nella sua attuale formulazione, più completa e raffinata rispetto alle precedenti versioni – prive del riferimento alle *strutture fondamentali, politiche e costituzionali* e al *sistema delle autonomie locali e regionali* – notiamo qualcosa di più di una semplice assonanza con il concetto di identità costituzionale enucleato da alcune Corti costituzionali nazionali – Karlsruhe in testa –; né dev'essere sopravvalutata la scelta terminologica di parlare di identità *nazionali* anziché di identità *costituzionali*, potendosi le due nozioni agevolmente sovrapporre, e così è infatti avvenuto nella giurisprudenza. Per contro, giova sottolineare come l'affermazione – tutt'altro che infrequente, soprattutto nella dottrina che inizialmente commentò l'introduzione di questa clausola⁵⁰ – dell'avvenuta europeizzazione dei controlimiti ad opera dell'articolo in questione si sia scontrata fin dall'inizio con svariate obiezioni, *in primis* con la necessità di mettere in relazione il principio del rispetto delle identità nazionali con gli altri principi elencati nel Titolo I del TUE, con i quali esso si trova inevitabilmente a *fare sistema*: si pensi, *ex multis*, al principio della leale cooperazione enunciato nel paragrafo immediatamente successivo. In un senso ostativo all'affermazione dell'avvenuto accoglimento *sic et simpliciter*, da parte del Trattato UE, del principio del rispetto delle identità nazionali così come enucleato nella teoria dei controlimiti, vale inoltre considerare ulteriori aspetti, tra i quali spicca senza dubbio una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia tutt'altro

⁴⁷ Cfr. G. MARTINICO, *The “Polemical” Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal*, 2015, 1346.

⁴⁸ BVerfG, 2 BvR 2728/13.

⁴⁹ Numerose le decisioni di Corti costituzionali o supreme degli Stati membri che negli ultimi anni hanno attivato i controlimiti o comunque messo in discussione alcuni tratti fondamentali del diritto dell'Unione: si pensi alla Corte costituzionale ceca che ha dichiarato *ultra vires* una sentenza della Corte di Lussemburgo, o alle Corti tedesca, italiana, danese, slovacca e ungherese che hanno variamente interpellato la Corte UE lamentando la lesione dell'identità nazionale o il valicamento da parte del diritto eurounitario dei limiti fissati nei Trattati.

⁵⁰ V. per tutti A. VON BOGDANDY-S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, 48 *Common Market Law Review*, Issue 5, 2011, 1417-1453.

che incline a relativizzare il principio del primato del diritto eurounitario. Non si è finora osservata, in verità, un'autentica soluzione di continuità nella giurisprudenza della Corte quanto alla valorizzazione delle istanze di differenziazione e salvaguardia delle identità avanzate dalle Corti costituzionali nazionali, nonostante l'avvenuta positivizzazione del principio fin qui esaminato⁵¹. Non sono certamente mancate, nella giurisprudenza recente, le occasioni in cui l'art. 4 par. 2 TUE è stato invocato dinanzi alla Corte ovvero citato espressamente dalla stessa nella decisione. I casi più ricorrenti hanno riguardato le deroghe alla libertà di circolazione, giustificate dagli Stati membri allo scopo di tutelare l'identità nazionale, in molti casi specificamente la lingua ufficiale nazionale. Uno dei casi più discussi, la [sentenza Sayn-Wittgenstein](#)⁵², concerneva il rifiuto da parte dell'Austria di riconoscere il cognome acquisito da una cittadina austriaca a seguito di adozione in altro Stato membro, cognome di cui faceva parte un titolo nobiliare. La decisione austriaca, fondata sull'abolizione della nobiltà quale elemento dell'identità nazionale, è stata confermata dalla Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, alla luce del limite dell'ordine pubblico, che, sia pure a certe condizioni e inteso in senso restrittivo, può sorreggere deroghe alle libertà fondamentali garantite dai Trattati, nel quadro di una tipica operazione di bilanciamento. Il riferimento da parte della Corte alla necessità di salvaguardare l'identità nazionale austriaca è fatto *ad abundantiam*, essendo piuttosto le ragioni di tutela dell'identità ricomprese nell'ampia nozione comunitaria di "ordine pubblico", declinato nel caso di specie come necessità di garantire il rispetto dell'uguaglianza formale di tutti i cittadini austriaci. Non solo, dunque, l'invocazione del limite del rispetto delle identità nazionali non vale, in questo caso come in altri casi simili, a giustificare *di per sé sola* la deroga ad una libertà fondamentale; ma il nucleo dell'argomentazione della Corte risiede piuttosto in una sorta di *interiorizzazione*, a livello sovranazionale, delle ragioni nazionali nell'alveo dell'ampia nozione di ordine pubblico; e il controllo della Corte stessa sugli scopi e sulla *proporzionalità* della misura di deroga risulta in ogni caso particolarmente intenso. Da questo, così come da altri esempi di utilizzo più o meno pregnante e significativo della clausola fin qui esaminata, emerge come la Corte l'abbia finora interpretata, in relazione al principio della *primauté*, «non come limite esterno assoluto, come vorrebbe la teoria dei controlimiti, ma come limite relativo, interesse legittimo dello Stato suscettibile di bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela»⁵³; si è trattato dunque di una sorta di «funzionalizzazione eurounitaria»⁵⁴ che, come vedremo *infra*, ha caratterizzato in modo non dissimile il destino delle «tradizioni costituzionali comuni» agli Stati membri.

Tanto vale a smentire l'idea per cui i controlimiti siano stati "europeizzati" dalla clausola in oggetto. Di certo inserire il principio del necessario rispetto delle identità nazionali nei primi articoli del TUE, accanto a principi fondamentali del patrimonio costituzionale europeo quali quelli tipici dello Stato di diritto e a un principio cardine del progetto europeo quale il principio di attribuzione, al fine di orientare l'azione delle istituzioni europee e lo stesso senso del processo di integrazione verso la custodia di quel «mosaico di differenze»⁵⁵ che costituisce l'eredità più preziosa offerta dall'Europa ad un mondo sempre più omologato, è stato sul piano simbolico un passaggio rilevante. L'affermazione del rispetto delle differenze nazionali all'esordio del Trattato andrebbe infatti letta non tanto come una concessione, di valenza piuttosto politica – se non declamatoria – che autenticamente prescrittiva, agli Stati timorosi della sempre più pervasiva legislazione europea, quanto piuttosto come volontà di fissare, in tutta la sua portata significativa e problematica, il nodo gordiano tra identità e differenza che costituisce il principio fondativo del progetto di integrazione sovranazionale, e dell'idea stessa di Europa unita. Da ciò consegue che l'introduzione di questa clausola ha comportato, più che una impossibile "europeizzazione dei controlimiti", l'affiancamento

⁵¹ Cfr. J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, 12 *International Journal of Constitutional Law*, Issue 3, 2014, 535-536.

⁵² Corte giust., 22 dicembre 2010, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein contro Landeshauptmann von Wien*.

⁵³ 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 questa [Rivista, Studi, 2015/I](#), 255.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ R. ESPOSITO, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Torino, 2016, 203.

al limite *esterno* – dato appunto dalla succitata dottrina, in ogni caso tutt’ora contestata dalla Corte di Lussemburgo – al primato assoluto del diritto eurounitario un limite *interno* allo stesso diritto UE, rappresentato dai principi supremi degli ordinamenti costituzionali statali, da intendersi purtuttavia in armonia con i valori fondanti l’Unione, costituendo, questi ultimi, «la cornice entro la quale l’identità costituzionale degli Stati membri va ricostruita»⁵⁶.

Nella saga *Taricco*, se da una parte l’impostazione data dalla Corte costituzionale italiana al rinvio pregiudiziale riflette senza ombra di dubbio la concezione tradizionale dei controlimiti, da intendersi come strumento eccezionale nelle mani delle autorità nazionali per la verifica ultima circa l’osservanza da parte del diritto sovranazionale dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale interno e dunque dell’*identità nazionale*, dall’altra parte nessun cenno a quest’ultimo concetto né all’art. 4 par. 2 TUE è fatto nella replica della Corte di giustizia, incentrata piuttosto sul tentativo di inclusione del principio di legalità “a colori italiani” in una visione maggiormente sfaccettata e pluralista delle garanzie penalistiche apprestate dal diritto sovranazionale, nel combinato disposto di normativa e giurisprudenza rispettivamente del sistema CEDU e del diritto eurounitario. La decisione [Taricco II](#) risulta infatti fondata su di una nuova operazione di bilanciamento tra principio di legalità penale e tutela degli interessi finanziari dell’Unione, che ha esito differente, se non opposto, rispetto alla sentenza precedente; fondamentale a questo riguardo l’accoglimento della premessa, su cui insisteva molto il giudice rimettente, della libertà dell’ordinamento italiano di adottare una concezione sostanziale della prescrizione, *in difetto di un’armonizzazione a livello eurounitario*; da una siffatta premessa, implicante la necessità di involgere il regime prescrizione delle più forti garanzie proprie del diritto penale sostanziale, discende la sostanziale neutralizzazione, pur non priva di ombre e profili controversi, degli effetti della prima sentenza *Taricco*.

Per quanto concerne la tutela dell’identità nazionale e il paventato azionamento dei controlimiti, per contro, la Corte di giustizia evita di esprimersi sulla ricostruzione proposta dalla Corte costituzionale italiana, che imposta l’*actio finium regundorum* tra le rispettive competenze nei termini tradizionali di un “dualismo cooperativo” tra gli ordinamenti e le rispettive Corti. L’obiettivo dell’unità, dice la Corte italiana, in un ordinamento creato al fine di conseguire pace e giustizia tra le Nazioni, giustifica limitazioni di sovranità anche molto sensibili (al punto da determinare modifiche dell’assetto costituzionale), ma non può essere conseguito al prezzo di conculcare l’anima pluralista del progetto europeo; né il diritto dell’Unione né l’interpretazione che ne dà la Corte di giustizia possono pertanto costringere gli Stati membri a rinunciare ai «principi supremi del proprio ordine costituzionale». E la salvaguardia del «tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro» (punto 6 dell’[ord. n. 24 del 2017](#)) deve essere garantita dalle «autorità nazionali» (nel caso italiano, ribadisce la Corte, di tale verifica è investita in via esclusiva la medesima); nessuna “europeizzazione dei controlimiti” dunque, poiché sono pur sempre i custodi *nazionali* delle “ragioni ultime”, del nucleo duro dell’assetto costituzionale⁵⁷ (ovvero, in gran parte degli ordinamenti, i tribunali costituzionali), gli affidatari di questa autocomprendimento identitaria.

⁵⁶ M. STARITA, *L’identità costituzionale degli Stati membri dell’Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in [Diritto & questioni pubbliche](#), 1/2015, 255; nel senso che la strada del controllo di validità del diritto europeo derivato alla luce dell’art. 4 par. 2 TUE da parte della Corte di giustizia non esaurisca il problema del contrasto con le norme costituzionali interne, dal momento che «non è possibile alcuna europeizzazione dei controlimiti», O. CHESSA, Meglio tardi che mai. *La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 10 luglio 2016.

⁵⁷ Nel senso che l’*ultima parola* sia lasciata alle Costituzioni nazionali e per esse ai relativi giudici costituzionali, in una sorta di «primato invertito», e che i controlimiti non siano più da intendersi come «un rigido muro di confine fra ordinamenti, bensì come il punto di snodo, la cerniera dei rapporti tra UE e Stati membri, divenendo ormai – gli stessi – un elemento positivo e dinamico di integrazione fra gli ordinamenti», S. GAMBINO, *I diritti fondamentali in Europa*, in *Civitas Europa*, 1/2013, 62-63; posizione non dissimile, sia pure in riferimento al quadro giuridico pre-Lisbona e con la consapevolezza che «in Europa è finita l’epoca del diritto all’ultima parola o dei poteri ultimi», si legge in M. CARTABIA, *“Unità nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, cit., 598 ss.

A commento di una siffatta esposizione seguono purtuttavia due osservazioni su altrettante questioni irrisolte. La prima, inidonea nel caso di specie a determinare conseguenze pratiche rilevanti, ma foriera almeno in potenza di importanti tensioni tra le Corti nel prossimo futuro, è legata all'affermazione della Corte italiana per cui «l'impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell'Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, *in sé estranea all'ambito materiale di applicazione di quest'ultimo*, che l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost. È questa una qualificazione esterna rispetto al significato proprio dell'art. 325 del TFUE, che non dipende dal diritto europeo ma esclusivamente da quello nazionale». L'idea che l'applicazione del diritto eurounitario nel contesto nazionale rappresenti una questione in qualche modo esterna al diritto sovranazionale, vieppiù trattandosi di effetti diretti di una norma di diritto primario, contrasta senza ombra di dubbio con la più che consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia a norma della quale gli Stati membri non possono invocare norme di diritto interno, neppure di rango costituzionale, per sottrarsi agli obblighi derivanti dal diritto europeo. Da questo inciso, così come dall'intero segmento argomentativo del rinvio pregiudiziale contenente la ricostruzione dei rapporti tra i due ordinamenti, si ricava pertanto la (persistente) differenza di prospettiva delle due Corti rispetto alla “divisione dei compiti” sul punto dell'applicazione del diritto sovranazionale.

In secondo luogo, giova ribadire come nella [Taricco II](#) nessun cenno sia fatto al contrasto tra la previsione di cui all'art. 325 TFUE (*rectius*: all'art. 325 come interpretato dalla Corte di giustizia), i cui *effetti diretti* sono suscettibili di essere “sterilizzati” dai giudici italiani con l'assenso della stessa Corte di giustizia, e l'identità costituzionale della Repubblica italiana. La terza questione pregiudiziale, vertente su questo punto, nonché particolarmente delicata sul piano delle relazioni interordinamentali, è giudicata assorbita dalla risposta alle prime due, impennate piuttosto sul rapporto tra il *decisum* della [prima sentenza Taricco](#) e le garanzie insite nel principio di legalità. La reticenza della Corte – un «elegante *glissé*»⁵⁸ – ad affrontare apertamente questo profilo risulta solo parzialmente compensata dalla valorizzazione dei segmenti argomentativi meno “identitari” del complesso rinvio della Corte italiana, in particolare ove quest'ultima invoca il principio di leale cooperazione a sostegno di una concezione delle relazioni interordinamentali effettivamente “amichevole” nei confronti del diritto sovranazionale, mitigando l'asprezza della dottrina dei controlimiti “alla tedesca”, e soprattutto ove sembra argomentare affinché siano generati già all'interno del diritto dell'UE «quei dispositivi idonei a rendere l'utilizzo dei controlimiti a livello nazionale qualcosa che non incrina il paradigma dell'uniforme applicazione del diritto eurounitario, ma al contrario contribuisce a rafforzare la possibile continuità di valore, sul terreno delle garanzie del diritto penale, tra i diversi sistemi»⁵⁹. L'appello in particolare alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, categoria tutt'ora centrale del diritto costituzionale europeo ad onta del rischio di marginalizzazione che si sarebbe potuto immaginare per esse a seguito del conferimento alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati – come si vedrà *infra* dopo aver trattato sinteticamente della rilevanza dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ai fini della decisione della Corte –, sembra acquistare un rilievo preminente e di certo superiore rispetto alla nozione di identità nazionale nell'argomentazione della Corte di giustizia. Ciò che chiede la Corte italiana è appunto un approccio autenticamente *pluralista* alle tradizioni costituzionali, che mitighi una concezione assolutistica del primato del diritto eurounitario quale si legge nella già citata *Opinion* dell'Avvocato generale, e quale si legge pure “tra le righe” della [Taricco I](#). La risposta della Corte di giustizia è in questo senso ambivalente, in quanto, pur disinnescando il conflitto *nell'immediato*, è caratterizzata da “parole e silenzi” che possono senz'altro adombrare futuri conflitti costituzionali.

3.2 L'enigma costituzionale dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

⁵⁸ R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2 febbraio 2018.

⁵⁹ G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., 235.

«Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri» (art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Se l'appello della Corte costituzionale italiana al rispetto dell'identità nazionale non ha trovato un espresso riscontro nella decisione del giudice eurounitario, alla clausola del *favor* per la "tutela più intensa" del diritto fondamentale ex art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione è stato invece dedicato quantomeno un rapido passaggio, peraltro di controversa rilevanza ai fini della risposta alla questione pregiudiziale⁶⁰. Questa *horizontal clause* rappresenta senz'altro un enigma irrisolto del diritto costituzionale europeo, rinvenendosi agevolmente una notevole sproporzione tra le attese della dottrina in merito al possibile ruolo centrale della stessa quale "cerniera" tra i diversi sistemi intersecantesi nello spazio costituzionale europeo – in specie ordinamenti nazionali, ordinamento eurounitario, sistema CEDU e altre convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati sono parti contraenti – e la valenza effettivamente rivestita dall'art. 53 nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Dubbi sul destino di questa previsione potevano essere e sono stati effettivamente avanzati fin dall'adozione della Carta di Nizza, prima dunque che quest'ultima conquistasse una definitiva collocazione nel sistema delle fonti europee. La formulazione piuttosto macchinosa e involuta della clausola è dovuta in particolare alla volontà dei redattori di affidarle a un tempo il compito di salvaguardia del *quantum pluris* di tutela approntato dagli ordinamenti nazionali rispetto ai diritti fondamentali – funzione che s'attaglia piuttosto a convenzioni internazionali dirette a garantire un *minimum standard* di tutela, che a un ordinamento *sui generis* quale quello dell'Unione – e lo scongiuramento del pericolo di minare il principio del primato del diritto dell'Unione, preoccupazione cui si devono in particolare i riferimenti alle sole costituzioni degli Stati membri (e non al diritto degli Stati membri complessivamente inteso) e al «rispettivo ambito di applicazione» (nell'orizzonte di una complessa e forse impossibile delimitazione precisa del *dominium* di ciascuna Carta).

Trattasi pertanto di una tessera di difficile collocazione nel mosaico costituzionale europeo. Concepita inizialmente come norma di coordinamento tra Carta di Nizza e Convenzione EDU, essa ha poi accolto in sé, nel complesso iter di redazione del testo, il riferimento alle costituzioni nazionali, affiancato dalle cautele necessarie a non insidiare la *primauté* del diritto eurounitario. Non sorprende pertanto che i primi commentatori della Carta di Nizza si siano divisi in merito all'interpretazione dell'art. 53, leggendovi un possibile attentato alla supremazia del diritto eurounitario sui sistemi giuridici nazionali ovvero una semplice clausola di coordinamento, dotata di valenza piuttosto politica o esplicativa che autenticamente normativa, finalizzata a assicurare gli Stati membri circa la non necessità di modifiche costituzionali a seguito dell'adozione di una carta di diritti fondamentali a livello sovranazionale⁶¹. Quel che è certo è il limite intrinseco a clausole siffatte, che accomuna – su questo aspetto, senza ambiguità – l'art. 53 della Carta all'omologa previsione di salvaguardia della maggior tutela di cui all'art. 53 della CEDU: il livello di tutela di un diritto fondamentale, infatti, «non è espresso da ciascun ordinamento in valore assoluto ma ha una dimensione relazionale, contraddistinta normalmente dal fatto che la maggior tutela di un diritto corrisponde alla minor tutela di quello antagonista o concorrente con cui viene equamente temperato»⁶². Risulta pertanto

⁶⁰ Cfr. M. BASSINI-O. POLLICINO, *Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome*, in [Verfassungsblog on Matter Constitutional](#), 5 dicembre 2017.

⁶¹ Cfr. J.B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, 38 *Common Market Law Review*, Issue 5, 2001, 1190 ss.

⁶² A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 76; nello stesso senso T.E. EPIDENDIO, *Il caso Melloni: il nodo irrisolto del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2/2013, 453 e P. PAROLARI, *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il "dialogo" tra le corti nel disordine delle fonti*, in [Diritto & questioni pubbliche](#), 1/2017, 37 ss.; molti gli scritti di J.H.H. Weiler critici sulla possibilità di risolvere

decisamente arduo risolvere eventuali conflitti tra la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e le altre fonti nazionali, sovranazionali e internazionali sulla base di questa disposizione, essendo spesso controversa *proprio l'individuazione della fonte che predispose la maggior tutela del diritto fondamentale* di cui si denuncia la violazione. E se è senz'altro vero che «è nella natura stessa del sistema policentrico che possano convivere opinioni diverse circa la tipologia delle relazioni tra atti normativi provenienti da sottoinsiemi diversi»⁶³, lo è pure il fatto che l'art. 53, a causa dell'indeterminatezza dei suoi riferimenti intertestuali, dà – e ha dato – adito a una pluralità di soluzioni interpretative tra loro anche significativamente divergenti.

Ad onta della peculiare collocazione della disposizione in esame⁶⁴ – costituendo infatti l'Unione europea ordinamento *sui generis*, concepito in termini di autonomia rispetto agli ordinamenti nazionali, ed il cui diritto prevale su quello degli Stati membri in forza del principio del primato – la si potrebbe interpretare come una classica clausola di salvaguardia, diretta ad evitare regressioni della tutela dei diritti ove su di una fattispecie insistano più sistemi di tutela. In tal senso, la Carta costituirebbe una «*garantía de mínimos*» non diversamente dalla CEDU, e dovrebbe recedere ogniqualvolta le costituzioni nazionali prevedano una tutela più intensa del diritto fondamentale azionato. Già *prima facie* una siffatta interpretazione è suscettibile di minacciare la *primauté* del diritto dell'Unione, finora affermata dalla Corte di giustizia anche a discapito del diritto costituzionale degli Stati membri e solo in parte mitigata dall'accoglimento, in seno al diritto eurounitario, delle tradizioni costituzionali comuni agli stessi quali fonti di ispirazione per la tutela dei diritti fondamentali a livello sovranazionale.

Ben diverso il tono e le conseguenze di un'altra possibile interpretazione dell'art. 53, tale da farne piuttosto un corollario dell'art. 51 della medesima Carta – ai sensi del quale *le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione* – e dunque da attribuire ad esso, quasi tautologicamente, la funzione di ribadire come la Carta non determini un'espansione dell'ambito di applicazione del diritto eurounitario. Una siffatta opzione interpretativa adombra purtuttavia l'intento di attuare un'*actio finium regundorum* tra i sistemi di tutela citati, quasi che ad ognuno possa essere assegnato un ambito di applicazione definito e non sovrapponibile a quello degli altri. In tal senso, se la Carta non è idonea ad incidere sui livelli di tutela apprestati *nel rispettivo ambito di applicazione* da costituzioni nazionali e convenzioni internazionali di cui (tutti) gli Stati ovvero l'Unione sono parte, dev'essere vera pure l'ipotesi inversa, ossia che questi – eventualmente più elevati – livelli di tutela non rilevano *ove ci si trovi nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e pertanto della Carta dei diritti fondamentali*. Conseguenza che farebbe della disposizione in oggetto qualcosa di molto diverso rispetto alle classiche – ed espresse in termini non dissimili – clausole di salvaguardia contenute nelle convenzioni internazionali sui diritti umani.

La pletora di opzioni interpretative cui dava luogo l'art. 53⁶⁵ ha subito un improvviso, per quanto non imprevedibile, “colpo di falce” da parte della Corte di giustizia nella celebre [sentenza Melloni](#)⁶⁶, ove essa rispondeva al primo rinvio pregiudiziale effettuato dal *Tribunal Constitucional*. *Casus belli*

siffatte disarmonie tra livelli di tutela dei diritti fondamentali sulla base dell'individuazione dell'*higher standard of protection*, v. tra i molti *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, 61 *Washington Law Review*, 1986, 1127 ss; *contra* L.F.M. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, 35 *Common Market Law Review*, 1998, 638 ss.

⁶³ R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in [Rivista AIC](#), 1/2015, 4.

⁶⁴ Cfr. AA.VV., *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 1087.

⁶⁵ Per una rassegna delle principali opzioni interpretative proposte in dottrina e giurisprudenza, v. 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 *Osservatorio AIC*, 1/2013.

⁶⁶ Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni contro Ministero Fiscal*; per una narrazione esaustiva della saga *Melloni*, v. A. TORRES PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, 10, *European Constitutional Law Review*, 2014, 308-331.

era in questo caso l'interpretazione dell'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Dopo aver chiesto alla Corte di giustizia di esprimersi in merito all'interpretazione e alla validità di questa previsione, il *Tribunal* la invitava a pronunciarsi altresì sulla controversa questione se uno Stato membro potesse rifiutarsi di eseguire un mandato d'arresto europeo sulla base dell'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a motivo della “maggior tutela” disposta dalla propria Costituzione nazionale. Nel caso di specie, infatti, applicando la decisione quadro, e dando così luogo all'extradizione del Sig. Melloni, i giudici spagnoli avrebbero determinato una violazione “indiretta” del contenuto essenziale del diritto a un processo equo ex art. 24 della *Constitución española*. Concedere l'extradizione verso Stati che, in caso di reati molto gravi, considerano legittime le sentenze di condanna pronunciate *in absentia*, senza subordinare la consegna del condannato alla condizione che quest'ultimo potesse impugnare tali sentenze per tutelare i suoi diritti di difesa, sarebbe stato comportamento consentito, anzi dovuto, ai sensi della citata decisione quadro, e al contempo *contrario ad un principio supremo della Costituzione nazionale*. Delle tre diverse letture della “disposizione orizzontale” dell'art. 53 offerte dal *Tribunal* nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, in un *climax* che muoveva dall'interpretazione più eurocentrica – tale da rendere l'art. 53 un corollario quasi superfluo dell'art. 51, e da costringere il giudice spagnolo ad una rilettura “euro-orientata” delle garanzie costituzionali in materia penale – a quella più pericolosa per la Corte di giustizia – ovvero la prevalenza in ogni caso dello *standard* di tutela più elevato, anche a discapito dell'uniformità di applicazione e del primato del diritto dell'Unione – questa presceglie, non imprevedibilmente, la prima. Lo spettro di un'applicazione “a geometria variabile” del diritto dell'Unione induce la Corte ad una risposta molto decisa sul punto. Non solo, dicono infatti i giudici di Lussemburgo, nel caso di specie rimettere in discussione l'uniformità dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali definito dalla citata decisione quadro avrebbe cagionato una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per la sua effettività; ma più in generale – e su questo profilo la pronuncia travalica i confini del singolo caso aspirando a fissare un punto fermo nell'interpretazione dell'art. 53, dunque a *fare giurisprudenza* – alle autorità e ai giudici nazionali è consentito applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali in sede di attuazione del diritto dell'Unione solo nella misura in cui non ne siano pregiudicati «né il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (punto 60 della sentenza).

Le potenzialità della *horizontal clause* fin qui trattata sembrano dunque essere state «stroncate in tenera età»⁶⁷ dopo questa sentenza; le interpretazioni più ardite della stessa sembrano non avere alcuna possibilità di essere recepite nella giurisprudenza europea, prevalendo il timore di un'attuazione *à la carte* della normativa sovranazionale. L'art. 53 sembra essersi pertanto avviato verso un destino non meno incerto dell'art. 4 par. 2 TUE inerente alla tutela delle identità nazionali, al quale peraltro esso è connesso – in alcune interpretazioni – in una sorta di combinato disposto, vedendosi nel riferimento alle costituzioni nazionali una sorta di “europeizzazione dei controlimiti”. In questo senso, si potrebbe rinvenire una sovrapposizione tra le due previsioni ove la “maggior tutela” di un diritto fondamentale disposta dalle previsioni costituzionali nazionali rientri in quel nucleo essenziale e immodificabile dell'ordinamento che, ai sensi dell'art. 4 par. 2, resiste anche alle esigenze di uniformità del diritto sovranazionale.

Un precedente “ingombrante” quale la sentenza [Melloni](#) non poteva non rilevare nella saga *Taricco*, come si legge nel punto 8 dell'[ordinanza 24/2017](#) della Corte costituzionale italiana. Quest'ultima infatti, dopo aver messo a fuoco i profili di incompatibilità della “regola Taricco” con il principio di legalità penale, dopo aver magistralmente dipinto il quadro delle relazioni interordinamentali alla luce del binomio “unità-diversità” e offerto alla Corte di giustizia un appiglio che, sia pure elaborato nel quadro della teoria dei controlimiti, può essere con altri argomenti

⁶⁷ G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., 235.

valorizzato da quest'ultima (ovvero il riferimento, fatto *en passant* nella [Taricco I](#), al dovere in capo ai giudici nazionali di garantire i diritti fondamentali degli imputati nell'attuazione della sentenza europea, e inteso dalla Corte italiana come una sorta di “delega” all'azionamento dei controlimiti), accenna, in guisa di mera “integrazione” di un ragionamento già esaustivo, al fatto che attribuire alla disciplina della prescrizione natura di norma di diritto penale sostanziale costituisce anche «un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU [...] salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta». A questo proposito, ben consapevole di quanto statuito dalla Corte di giustizia nel caso [Melloni](#), il giudice costituzionale si avventura in un'ardua enucleazione delle differenze tra i due casi: mentre nel caso spagnolo la scelta di salvaguardare la “maggior tutela” avrebbe cagionato «la rottura dell'unità del diritto dell'Unione» e inciso, nel senso della frammentazione, sul «consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia*», nel caso di specie non sarebbe stata messa in pericolo l'unità e uniformità del diritto dell'Unione, né sarebbe stata contrastata l'interpretazione data dalla Corte di giustizia all'art. 325 TFUE, avendosi piuttosto «un impedimento costituzionale alla sua applicazione diretta [...] che non dipende dalla contrapposizione di una norma nazionale alle regole dell'Unione ma solo dalla circostanza, esterna all'ordinamento europeo, che la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale sostanziale». Un *distinguishing* piuttosto debole, potendosi replicare che «qui la posta in gioco dovrebbe considerarsi – nell'ottica dell'Unione – semmai ancora più alta che nel caso [Melloni](#): lì si trattava di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione; qui l'efficace lotta contro le frodi contro gli interessi economici euro unitari, cioè contro interessi che l'Unione considera da sempre fondamentali per la sua stessa sopravvivenza»⁶⁸. Riesce dunque difficile concordare con la Corte costituzionale sul punto, in quanto l'asserita impossibilità di applicare la “regola Taricco” nell'ordinamento italiano, per quanto presentata come conseguenza di principi supremi del sistema costituzionale non incidenti se non “dall'esterno” sull'applicazione del diritto dell'Unione, finisce per attentare al primato e all'unità del diritto sovranazionale in modo non dissimile rispetto alla regola che il *Tribunal constitucional* proponeva alla Corte di giustizia nel caso [Melloni](#). Una norma di diritto primario, così come interpretata dalla Corte di giustizia, non può e non deve trovare applicazione nell'ordinamento italiano: questo il senso e l'oggetto della richiesta della Corte costituzionale. E se quest'ultima sostiene che l'applicazione del diritto dell'Unione negli ordinamenti nazionali è questione in fondo esterna rispetto al diritto sovranazionale, possono essere richiamati, a contrasto, sessant'anni di giurisprudenza della Corte di giustizia⁶⁹, *in primis* la massima della [sentenza Internationale Handelsgesellschaft](#)⁷⁰ ove si legge che «il diritto nato dal Trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità» (punto 3).

La prevalente lettura “minimalista” dell'art. 53 della Carta data finora dalla Corte di giustizia, non smentita neppure nel caso di specie, impedisce pertanto di ritenere che esso costituisca la base della decisione. All'ambigua rilevanza di questa previsione ove siano in discussione appelli all'interpretazione *magis ut valeat* da parte degli Stati membri, con ovvi pericoli di compromissione degli obiettivi eurounitari, è peraltro sottesa una questione d'indole più generale, che attiene alle straordinarie difficoltà a separare con sufficiente chiarezza gli ambiti di applicazione delle Carte di diritti – *lato sensu* intese – nello scenario giuridico europeo. Se l'applicazione dell'art. 53 è

⁶⁸ R. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei controlimiti e scontro tra paradigmi*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3/2017, 206; nello stesso senso A.A. DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui “controlimiti”, ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Giur. cost.*, 1/2017, 531.

⁶⁹ G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy*, cit., 236.

⁷⁰ Corte giust., 17 dicembre 1970, causa 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr - und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

pacificamente esclusa nelle due ipotesi in cui, rispettivamente, Unione e Stati membri abbiano competenza esclusiva, i problemi di coordinamento sorgono nei sempre più numerosi ambiti ove i due ordinamenti regolano contestualmente la stessa materia. È in siffatte situazioni che la Corte di giustizia ritiene applicabili i maggiori *standard* di tutela garantiti dalle Costituzioni nazionali, a patto che non ne siano compromessi il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Il confine tra gli *standard* nazionali applicabili in quanto inidonei a pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto sovranazionale e quelli invece inammissibili risulta tuttavia molto labile, e rimesso ad un bilanciamento che la Corte di giustizia sembra voler ascrivere esclusivamente a sé stessa. In presenza di quali presupposti, inoltre, può dirsi che una determinata materia sia entrata nel cono d'ombra del diritto dell'Unione? È sufficiente in questo senso un intervento di armonizzazione da parte del legislatore europeo a rendere *ipso iure* inapplicabili gli *standard* nazionali di protezione dei diritti fondamentali, in quanto forieri almeno in potenza di un'applicazione *à la carte* del diritto sovranazionale? A questo, così come ad altri interrogativi, la [Taricco II](#) non sembra poter dare una risposta.

3.3 *Es sei denn: le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tra osmosi interordinamentale, "funzionalizzazione" agli interessi eurounitari e salvaguardia delle identità nazionali*

«L'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato» (dispositivo della [sentenza Taricco II](#)).

Es sei denn: la locuzione «a meno che», impiegata dalla Corte di giustizia nella [sentenza Taricco II](#) al fine di circoscrivere la portata della precedente pronuncia pregiudiziale, disinnescare almeno in parte il conflitto che ne è derivato e assicurare il giudice costituzionale rimettente, svolge nella "saga" fin qui raccontata una funzione che richiama, *mutatis mutandis*, quella esercitata dalla congiunzione *solange* («fintantoché») nella tormentata storia dei rapporti tra la Corte di giustizia e il *Bundesverfassungsgericht*. Una funzione di autolimitazione dunque, di *self-restraint* nell'orizzonte della *comity* giudiziale, quivi diretta ad evitare che i diritti fondamentali degli imputati siano conculcati a seguito dell'applicazione di una regola tratta in via interpretativa da una disposizione dei Trattati. E una siffatta valutazione è rimessa ai giudici nazionali, affermando la Corte di giustizia una continuità argomentativa sul punto – invero non così agevole da rintracciare – rispetto alla precedente, controversa decisione; essa consente in questo modo all'ordinamento nazionale coinvolto di dispiegare la propria *diversità* in punto di ampiezza e portata del principio di legalità penale, quantomeno *finché* – sembra affermarsi al punto 44 della decisione – non interverrà una piena armonizzazione del regime prescrizione a livello eurounitario (con le possibili ulteriori tensioni interordinamentali paventate *supra*).

Se, come già accennato, a fronte delle argomentazioni del giudice costituzionale italiano non è invece richiamato dalla Corte lussemburghese il doveroso rispetto delle identità nazionali quale base della decisione, né il riferimento – quasi *en passant* – all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea risulta dirimente ai fini della pronuncia, giova soffermarsi sul vero nucleo del percorso argomentativo della Corte di giustizia, articolato piuttosto intorno ad una concezione

maggiormente *inclusiva* e *pluralistica* della legalità penale, tale da accogliere in sé il diverso e più ampio contenuto e livello di tutela conferito alla stessa dall'ordinamento italiano. A questo proposito risulta condivisibile un approccio alla questione che non sia immemore del ruolo essenziale, per quanto tutt'altro che semplice da definire e circoscrivere, delle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» nella costruzione dell'ordinamento giuridico eurounitario. Questa nozione, autentico rompicapo per gli studiosi di diritto costituzionale europeo, nonché foriera di plurime tensioni dicotomiche⁷¹, in particolare – ai fini della nostra disamina – con la nozione di identità costituzionale, percorre l'intero processo dell'integrazione europea, e non sembra destinata a perdere di rilievo neppure nell'Unione post-Lisbona, dunque a seguito dell'acquisizione di piena efficacia giuridica da parte della Carta dei diritti fondamentali. Senza avventurarsi in imprese definitorie che esulano dall'oggetto del presente scritto, vale la pena purtuttavia soffermarsi brevemente sul significato dell'utilizzo di questo sintagma per designare, più che una fonte del diritto in senso tecnico, quel retroterra culturale e giuridico-costituzionale dal quale la Corte di giustizia ha tratto ispirazione, tramite un procedimento «*inventivo/interpretativo*»⁷², per elaborare e consolidare un breviario europeo dei diritti fondamentali, solo successivamente accolto in un testo scritto. Lo *ius commune europaeum* dei diritti fondamentali nasce infatti nel segno della giurisprudenzialità⁷³, in assenza di riferimenti normativi nei Trattati e grazie all'opera, appunto, *inventiva* della Corte di Lussemburgo, la quale si è sforzata di *reperire* i principi generali del diritto sovranazionale sulla base delle tradizioni proprie degli Stati membri, nell'orizzonte della costruzione di un «patrimonio costituzionale europeo»⁷⁴ che, nell'equilibrio sempre provvisorio e *in progress* tra unità e diversità, potesse condurre a un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa⁷⁵. La cifra dell'impresa compiuta a questo scopo dalla Corte di giustizia risulta in particolare da due note e risalenti decisioni, che illuminano non soltanto alcune caratteristiche essenziali del metodo seguito dalla medesima nel reperimento delle *common constitutional traditions*, ma anche alcuni elementi costitutivi delle stesse, tali da circoscriverne un altrimenti indeterminato e forse indeterminabile spettro di significati.

La prima delle due pronunce, invero antecedente rispetto alla “stagione” delle tradizioni costituzionali comuni, è la sentenza *Algera*, ove la Corte, trovandosi dinanzi ad una lacuna dell'ordinamento giuridico comunitario, conclude di essere «tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina e alla giurisprudenza dei Paesi membri»⁷⁶. In assenza di un riferimento normativo chiaro, la Corte è così vincolata dalla *rule of law* a “trovare” – appunto, il latino *invenire* – il diritto, avvalendosi del diritto degli Stati membri e ricorrendo alle tecniche proprie del *comparative law method*⁷⁷.

La seconda è invece la già citata [sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*](#)⁷⁸, ove la Corte mitiga la dirompente affermazione dell'indifferenza, per il diritto comunitario, delle disposizioni anche di rango costituzionale degli Stati membri («il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato»), con l'altrettanto pregnante affermazione per cui «la tutela dei diritti fondamentali costituisce [...] parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza»; la

⁷¹ Cfr. 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*, cit., 244-245.

⁷² P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 100.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ L'espressione, coniata da Alessandro Pizzorusso, dà il titolo ad una delle opere più significative sull'argomento: v. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

⁷⁵ Così l'art. 1 del Trattato UE.

⁷⁶ Corte giust., 12 luglio 1957, cause riunite C-7/56, C-3/57, C-7/57, *Dineke Algera, Giacomo Cicconardi, Simone Couturaud, Ignazio Genuardi e Félicie Steichen contro l'Assemblea Comune della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*.

⁷⁷ K. LENAERTS, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, cit., 299.

⁷⁸ Corte giust., 17 dicembre 1970, causa 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr - und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

salvaguardia dei diritti fondamentali nel diritto comunitario è «informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», ma al contempo «garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità». Sono quantomeno tre le osservazioni che si possono enucleare già a una prima lettura di queste affermazioni.

In primo luogo, la dichiarazione dell'irrelevanza del diritto – finanche di rango costituzionale – degli Stati membri rispetto all'uniforme applicazione del diritto comunitario, per quanto “scioccante” nella prospettiva degli Stati membri⁷⁹, discende quasi pianamente dall'impostazione data dalla Corte alle relazioni interordinamentali fin dalla seminale [sentenza Costa contro Enel](#)⁸⁰. La lunga sequenza di decisioni che segue questa sentenza “capostipite” è infatti coerentemente improntata all'affermazione di un «nuovo ordine giuridico», *sui generis* e affrancato rispetto agli ordini giuridici nazionali; da tale affrancazione, nonché dalle esigenze intrinseche al corretto funzionamento del mercato comune, è fatta a sua volta discendere una costellazione di principi, tra i quali emergono in particolare la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno degli Stati membri e l'efficacia diretta dello stesso. Sono dunque piuttosto le determinazioni della Corte di giustizia, che le scarse indicazioni contenute nei Trattati, ad aver plasmato un'esperienza istituzionale del tutto inedita, il cui inquadramento secondo la tradizionale prospettiva stato-centrica è risultato fin dall'inizio particolarmente arduo⁸¹.

In secondo luogo, giova evidenziare come a tale impegnativa dichiarazione di disinteresse per le rotture costituzionali eventualmente conseguenti all'espansione del diritto comunitario faccia da contrappunto il richiamo alle «tradizioni costituzionali comuni» quali fonti di ispirazione per la costruzione di un sistema di tutela dei diritti fondamentali a livello sovranazionale. Se, dice la Corte, le peculiarità dei singoli sistemi costituzionali non possono incidere sull'uniforme applicazione del diritto comunitario, esse purtuttavia rilevano nella misura in cui concorrano alla formazione dei principi generali del diritto sovranazionale nel campo della tutela dei diritti fondamentali.

La terza osservazione verte invece sul segmento finale dell'impegnativa dichiarazione della Corte, ovvero sul fatto che la tutela dei diritti fondamentali nel contesto europolitano sia in ogni caso «garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità». In questo passaggio, ripetuto poi nella [sentenza Hauer](#)⁸², la Corte sembra voler chiarire la natura di fonti di *ispirazione*, piuttosto che di autentiche fonti di produzione giuridica, propria delle *common constitutional traditions*. Il reperimento di queste ultime non è allora vincolato ad un procedimento di “stretta comparazione” tra gli ordinamenti nazionali, di valutazione “quantitativa” e confronto dei diversi *standard* di tutela, finanche di composizione e sintesi puramente giustappositiva delle prassi costituzionali seguite dagli Stati membri. Trattasi di una sintesi che si può paragonare piuttosto ad un processo osmotico, di alimentazione – reciproca – tra Unione e Stati membri delle rispettive esperienze costituzionali, in ogni caso *funzionale al perseguimento degli scopi* (della Comunità, e ora) *dell'Unione*. Nella costruzione dell'*ethos* costituzionale europeo si rinviene allora una chiara volontà, da parte del massimo organo giurisdizionale europolitano, di non abdicare al proprio ruolo di garante della realizzazione degli obiettivi propri del progetto sovranazionale; le tradizioni costituzionali comuni rappresentano il “materiale” cui attingere precipuamente nel dare forma allo *ius commune europaeum*, ma senza che ciò attenui l'autonomia e la specificità dell'ordine giuridico europeo⁸³; nel *reasoning* della Corte pertanto il *comparative law method* si intreccia indissolubilmente alla *teleological interpretation*⁸⁴. Non sorprende come, quantomeno «nel periodo glorioso della

⁷⁹ Cfr. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero la incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, cit., 248.

⁸⁰ Corte giust., 15 luglio 1964, causa 6-64, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*

⁸¹ Per uno straordinario affresco del processo di integrazione europea, con particolare attenzione alla logica integrazionista perseguita con successo dalla Corte di giustizia e all'“inevitabilità retrospettiva” con cui si guarda all'evoluzione della sua giurisprudenza, si veda NEIL MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999.

⁸² Corte giust., 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer contro Land Rheinland-Pfalz*.

⁸³ Cfr. M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 223 ss.

⁸⁴ K. LENAERTS, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, cit., 308.

giurisprudenza comunitaria», la narrazione della Corte sulle tradizioni costituzionali comuni si sia spesso risolta in un «paravento retorico ad alta matrice simbolica, in cui la Corte di giustizia cerca nel collegamento, spesso più preteso che effettivo, tra la soluzione prospettata nel caso oggetto di giudizio e quella che emerge dalla esperienza costituzionale degli Stati membri, una legittimazione argomentativa per poter continuare a fare quello che soltanto in un primo periodo la stessa corte ha potuto fare indisturbata»⁸⁵. Ne è esempio preclaro la celebre [sentenza Mangold](#)⁸⁶, ove la Corte, tramite un'interpretazione «ai confini della manipolazione»⁸⁷, ritiene sussistente un principio generale di non discriminazione sulla base dell'età, invero poggiante «su basi decisamente instabili, non essendo così facilmente desumibile [...] da “vari strumenti internazionali e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri”»⁸⁸.

L'enfasi sull'indubbia “funzionalizzazione eurounitaria” delle *common constitutional traditions* non deve tuttavia far perdere di vista l'ambivalente potenzialità delle medesime, nell'orizzonte della creazione di un patrimonio costituzionale comune che dia (e lasci) spazio alle diversità nazionali e al pluralismo. La soluzione delle numerose “questioni costituzionali” poste all'attenzione della Corte ha infatti sempre oscillato tra l'individuazione dell'opzione maggiormente condivisa dagli Stati membri, *generalizzata* dalla Corte e interiorizzata a livello sovranazionale, e l'opposta strada dell'accoglimento di opzioni minoritarie ma maggiormente funzionali al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione. Tra questi due poli, una pleora di soluzioni che hanno dimostrato maggiore o minore attenzione per l'impatto sui sistemi nazionali delle decisioni sovranazionali, e che hanno lasciato maggiore o minore spazio al dispiegamento di identità e peculiarità nazionali “minoritarie”, ma la cui conservazione non era ritenuta incompatibile con i principi del primato e dell'uniforme applicazione del diritto sovranazionale. In questo senso, la constatazione della notevole libertà con cui negli ultimi decenni la Corte di giustizia ha enucleato i principi generali del diritto eurounitario dev'essere relativizzata alla luce di una differente e parallela linea di indagine, rivolta ad associarne la rilevanza «a quell'insieme veramente esteso di riferimenti ai valori che stanno a presidio della identità culturale e giuridica dei diversi ordinamenti statali per consolidare una forte garanzia delle diversità che è stata pretesa soprattutto nel momento in cui l'estremo ampliamento delle adesioni alla Unione porta l'emergere di non facili rapporti con ordinamenti sensibilmente eterogenei rispetto al nucleo primitivo dei partecipanti alla costruzione comunitaria»⁸⁹.

Giova dunque sottolineare come le *common constitutional traditions* abbiano svolto un ruolo complesso e multidimensionale, di certo di centrale rilevanza, nella formazione del patrimonio costituzionale europeo, proteggendo le diversità nazionali ben più che le clausole di diritto positivo a ciò preposte, analizzate nei paragrafi precedenti; né un ridimensionamento della stessa rilevanza sembra essersi verificato a seguito dell'acquisizione di piena efficacia giuridica da parte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Notava ad esempio Antonio Ruggeri, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – e dunque anteriormente alla piena acquisizione di efficacia giuridica vincolante da parte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – come «diversamente da quanto ipotizzato a stare all'ordine di idee del carattere *ad tempus* delle tradizioni comuni, queste ultime proprio dalla codificazione [...] potranno ricevere una spinta ancora più vigorosa alla loro riproduzione ed al loro consolidamento, ponendosi a doppio titolo come giuridicamente significative,

⁸⁵ 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*, cit., 251.

⁸⁶ Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*.

⁸⁷ O. POLLICINO, *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)*, Torino, 2016, 98.

⁸⁸ P. FARAGUNA, *Il Mangold Urteil: controllo ultra vires ma da maneggiare «europarechtsfreundlich»*, in *Quad. cost.*, 4/2010, 864.

⁸⁹ G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 6 novembre 2014.

tanto in sede interpretativo-applicativa quanto in sede produttivo-normativa»⁹⁰. Un simile processo sembra essersi effettivamente avverato, se solo si considera, da una parte, il fondamentale ruolo rivestito dalle *common constitutional traditions* nel vivificare le previsioni della Carta dei diritti fondamentali, nell'alimentarne continuamente le potenzialità ermeneutiche, nell'impedirne una sclerotizzazione; dall'altra il contributo dato dalle stesse alla protezione delle diversità nazionali, come avvenuto specificamente nella saga *Taricco*, ove esse, unitamente ad altri fattori, consentono un sostanziale *revirement* grazie ad un ampliamento dell'orizzonte normativo e giurisprudenziale preso in considerazione. Le obiezioni mosse dalla Corte costituzionale in sede di rinvio pregiudiziale determinano infatti un significativo mutamento di prospettiva da parte del giudice eurounitario nell'analisi della questione in oggetto: nella *Taricco II* il contenuto del principio di legalità penale è definito forzando gli angusti confini dati alla questione dalla precedente sentenza, e *interiorizzando* a livello sovranazionale, in un certo qual modo, il *quantum pluris* di tutela dei diritti fondamentali dell'imputato che l'ordinamento italiano riconosce alla luce di una concezione sostanziale della prescrizione, consentita in quanto alla data dei fatti di cui al procedimento principale la materia non era stata ancora oggetto di armonizzazione a livello europeo. Cos'è, dunque, quel quadro normativo più completo nell'ambito del quale enucleare il principio di legalità, concentrandosi in particolare sui requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale, delineato dalla Corte di giustizia nel recente arresto sul caso *Taricco*, se non la ricognizione di principi già presenti e consolidati nella giurisprudenza europea, a loro volta alimentati dalle *tradizioni costituzionali comuni* agli Stati membri? L'analisi dei principi rilevanti avviene dunque oltrepassando la letteralità delle previsioni normative (in particolare dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che a differenza dell'art. 25 Cost. italiana non sembra consentire un'estensione alla disciplina prescizionale delle garanzie ivi apprestate⁹¹), per il tramite di una ricostruzione maggiormente *inclusiva e pluralistica* della legalità penale, tale da consentire alla particolare *declinazione* italiana della stessa di dispiegarsi e di prevalere, nel bilanciamento con la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, in forza non dell'opposizione di un controlimito, ma di una sorta di autolimitazione da parte dello stesso diritto eurounitario.

4. *Intersezioni e conflitti tra ordinamenti nel pluralisme désordonné dell'Unione europea. Meno d'una conclusione*

Se corrisponde al vero che «il giurista è un cercatore d'ordine, un tessitore d'ordine, perché il diritto è essenzialmente scienza ordinante»⁹², e che «egli si sforza di individuare e segnare la ragnatela dell'ordine che soggiace, invisibile ma reale, al di sotto della incomposta rissa delle cose», *ordinare* l'Europa del diritto rappresenta senza ombra di dubbio una delle principali sfide del costituzionalismo odierno. Nel diritto costituzionale, così come in molte altre discipline non solo giuridiche, è sempre concreto il rischio che la teoria non stia al passo della realtà, che l'autorevolezza – talvolta, il peso⁹³ – di certe categorie dogmatiche inibisca o rallenti lo sviluppo di diverse ipotesi ricostruttive, più acconce ai nuovi “paesaggi giuridici” che si delineano nella società. D'altra parte si corre talvolta il pericolo in un certo senso opposto, di abbandonare sbrigativamente orientamenti consolidati e convinzioni ben radicate in dottrina, ritenendo che ne sia sopraggiunta l'obsolescenza, e pretendendo di sostituire ad esse nuove categorie e soluzioni interpretative. Si pensi a quanti, nel vivace dibattito sul sempre più intricato sistema di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa,

⁹⁰ A. RUGGERI, *Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7/2003, 390.

⁹¹ In merito alla differente «portata» dell'art. 25 comma 2 Cost., rispetto all'art. 49 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'art. 7 par. 1 della CEDU v. G. LATTANZI, *Il dialogo tra le Corti nei casi Melloni e Taricco*, cit., 2134.

⁹² P. GROSSI, *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la “Carta di Nizza”, il progetto di “Costituzione europea” e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in *Jus*, 3/2003, 405.

⁹³ Degli «aspetti di vischiosità nelle ideologie giuridiche» parla *ex multis* G. ZAGREBELSKY ne *Il diritto mite*, Torino, 1992, 50.

ritengono meritevoli di una ridefinizione – tale da mutarne l'essenza –, quando non di una vera e propria *archiviazione*, i concetti di *sovranità*, *potere*, *costituzione*, *governo*. Dovremmo dunque iniziare a prender congedo da quella vicenda intellettuale, storica e istituzionale che è culminata, nel secondo dopoguerra, nella consolidazione in molti paesi europei degli “Stati costituzionali di diritto” a pieno titolo, e avventurarci in un itinerario completamente nuovo, in un diritto senza sovranità, senza confini e senza gerarchie?

Quel che è certo, è che approcci semplificanti al fenomeno dell'integrazione europea non hanno finora condotto ad esiti soddisfacenti. Né le ricostruzioni in senso monistico dell'ordine giuridico sovranazionale, dirette a subordinare gerarchicamente i sistemi giuridici dei singoli Stati membri, né tantomeno le oramai superate concezioni internazionaliste dell'integrazione spiegano adeguatamente l'intreccio di relazioni e competenze che caratterizza lo spazio costituzionale europeo. Come osserva Delmas-Marty, è allora preferibile la «pedagogia della complessità alla demagogia della semplicità»⁹⁴. Ma come si può procedere all'abbandono dei rassicuranti modelli piramidali e gerarchici senza arrendersi ad un *dis-ordine giuridico* modellato dal fluire magmatico e spesso incoerente delle decisioni dei giudici nazionali e sovranazionali? Come sfuggire all'anomia del presente, senza rinunciare ad un *pensiero complesso*? Di certo «il pensiero semplice risolve i problemi semplici senza problemi di pensiero», mentre «il pensiero complesso in sé non risolve i problemi, ma costituisce un contributo alla strategia che li può risolvere»⁹⁵. Tracce di pensiero complesso si possono rinvenire negli studi che sempre più frequentemente cercano nel principio dialogico la chiave per operare una ricostruzione delle relazioni interordinamentali nello spazio giuridico europeo. I dialoghi talvolta “conflittuali” tra le supreme giurisdizioni nazionali e sovranazionali hanno in effetti contribuito in modo determinante all'elaborazione delle più diverse teorie sulla natura dell'ordine giuridico sovranazionale e sui suoi rapporti con gli ordinamenti nazionali, cercando di sopperire alla povertà o ambiguità delle indicazioni contenute nelle previsioni normative di diritto primario. In verità, quasi tutti i principi fondamentali in materia sono stati elaborati dalle corti⁹⁶ (ad esempio il principio del primato del diritto eurounitario, la teoria dei controlimiti, la dottrina del «margine di apprezzamento»). Neppure le pronunce dei giudici si sono tuttavia sottratte alle tentazioni di una visione gerarchica delle relazioni tra fonti e tra ordinamenti: si pensi, anche da un punto di vista prettamente terminologico, ad espressioni come «primato del diritto UE» o «predominio assiologico della Costituzione»⁹⁷. La prevalente concezione ecumenica e totalizzante del “dialogo tra Corti” fa sì che non si veda, ovvero sia sovente sottovalutato, il carattere autoreferenziale della giurisprudenza delle Corti costituzionali e sovranazionali, nonché la tendenza delle medesime a non abbandonare del tutto lo strumentario concettuale proprio di una ricostruzione “verticale” dei rapporti interordinamentali. Alla difficoltà di stabilizzare e sistematizzare una gerarchia tra gli ordinamenti e tra le rispettive fonti⁹⁸, come pure di immaginare relazioni *alternative*, non gerarchiche, tra le stesse, corrisponde peraltro l'incapacità di ricostruire in maniera soddisfacente le relazioni tra le stesse corti

⁹⁴ M. DELMAS-MARTY, *Lo spazio giudiziario e giuridico europeo: verso un pluralismo ordinato*, in AA.VV., *Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini (Atti del XXVII Congresso nazionale Associazione Nazionale Magistrati)*, Milano, 2004; per un'interpretazione del processo di integrazione alla luce del concetto di “complessità”, v. G. MARTINICO, *Complexity and cultural sources of law in the EU context: from the multilevel constitutionalism to the constitutional synallagma*, in *German Law Journal*, 3/2007, 205-230 e ID., *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: On Complexity as a Constitutional Theory of the EU*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 198-226.

⁹⁵ E. MORIN, *Introduzione al pensiero complesso*, Milano, 1990, 84.

⁹⁶ Cfr. *ex multis* S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, 10 ss.

⁹⁷ Cfr. P. PAROLARI, *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo*, cit., 41; l'espressione «predominio assiologico della Costituzione», riferita al rapporto con la CEDU, è contenuta in particolare in [Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49](#).

⁹⁸ Nel senso che non siano seriamente ipotizzabili «né interventi normativi volti a sancire gerarchie, peraltro impensabili, oltre che inappropriate, né, per gli stessi motivi, la creazione di giurisdizioni terze destinate a...regolare il traffico» A. TIZZANO, *Qualche considerazione dal versante lussemburghese a proposito dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2/2017, 73.

europee, tutte inclini a considerare fondamentale la conservazione della propria funzione di interpreti qualificate e supreme custodi dell'ordine giuridico cui appartengono. Le confliggenti pretese ad avere l'*ultima parola* sui conflitti costituzionali sono conseguenza di una «sovranità non decisa»; la stessa saga *Taricco* conferma, nel “combinato disposto” dell'ordinanza della Corte costituzionale confermativa della teoria dei controlimiti e dell'eloquente silenzio sul punto nella replica della Corte di giustizia, che entrambi i giudici «rivendicano la sovranità dell'ordinamento di cui sono custodi: la prima, attraverso la tutela, anche dinanzi al diritto europeo, dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale (cui appartiene il principio di legalità penale); la seconda, attraverso una specifica distribuzione dei compiti (tra giudice nazionale e legislatore nazionale) in ossequio al prevalente interesse europeo»⁹⁹.

Osservando l'indubbio incremento dei conflitti costituzionali negli ultimi anni, anche in ragione del progressivo superamento della riluttanza di molte Corti costituzionali nazionali rispetto all'uso del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, è agevole constatare che *lo spettro dei controlimiti si aggira per l'Europa*. Il termometro dei rapporti interordinamentali registra così un innalzamento della percentuale di conflitti e, conseguentemente, dell'incertezza che circonda l'interpretazione di principi e norme nello scenario giuridico europeo. In un simile contesto le Corti costituzionali nazionali, come testimonia la recente e discussa [sentenza 14 dicembre 2017, n. 269](#) della Corte italiana, sembrano voler riaffermare il proprio ruolo a fronte di un sempre più evidente rischio di isolamento nel circuito giudiziario dell'Unione. Un inserimento più deciso delle Corti costituzionali nazionali nel dialogo che finora vedeva quali interlocutori immediati della Corte di giustizia soprattutto i giudici comuni potrebbe infatti scongiurare il rischio di una progressiva marginalizzazione dei giudici delle leggi dal sistema di protezione dei diritti fondamentali in Europa¹⁰⁰. È un motivo ricorrente, negli scritti dei costituzionalisti sull'integrazione europea, sottolineare come la sovrapposizione di ordinamenti e di livelli di governo, ciascuno dotato di un proprio sistema di protezione di diritti e libertà fondamentali, non solo ponga alle corti straordinari e inediti problemi di coordinamento, ma vada altresì a minare alcuni presupposti essenziali della giustizia costituzionale accentrata. Se è vero che «la speciale funzione della Corte costituzionale come giurisdizione costituzionale delle libertà poggia sulla premessa acquisita per il costituzionalismo moderno che la garanzia dei diritti è anzitutto nella Costituzione nazionale»¹⁰¹, allora la moltiplicazione di Carte e Corti nello spazio costituzionale europeo minaccia proprio quel ruolo privilegiato di interpreti e custodi dei principi fondamentali dell'ordinamento statale, che nel costituzionalismo del secondo dopoguerra è affidato in primo luogo alle Corti costituzionali.

La questione con cui bisogna fare i conti, è pertanto quella di una sorta di ridefinizione dei compiti attribuiti alle Corti costituzionali nel contesto europeo, alla luce della consolidazione di un sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali nel quale altre Carte e altre Corti rivendicano spazi autonomi per agire e regolare situazioni giuridiche soggettive di carattere “fondamentale”, talvolta sulla base di priorità assiologiche e criteri di bilanciamento che sottopongono a forti tensioni le “tavole di valori” contenute nelle Costituzioni nazionali¹⁰². Sembra più che mai urgente allora che i giudici delle leggi si presentino come «istanza di *reductio ad unitatem* che risponda all'esigenza,

⁹⁹ V. MARCENÒ, *La sentenza M.A.S.: conseguenze di una sovranità incerta*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 232.

¹⁰⁰ In merito alla rilevanza di alcune decisioni della Corte di giustizia nell'ambito del processo di “*displacement*” delle Corti costituzionali nazionali e alla necessità di conservare a queste ultime un ruolo di primo piano nell'orizzonte della costruzione di una autentica «democrazia costituzionale europea», v. J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, cit., 527 ss.

¹⁰¹ 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*, Milano, 2003, 204.

¹⁰² In merito al ruolo fondamentale e insostituibile dei tribunali costituzionali d'Europa, consistente nell'orientare i giudici comuni nel «labirinto rappresentato dall'intersezione fra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Convenzione», v. *ex multis* A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in [Rivista AIC](#), 4/2017, 16 ss; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 15 ss.

anche “psicologica”, di uno strumento di chiusura del sistema»¹⁰³; in ciò può consistere l’opportunità per ciascun tribunale costituzionale d’Europa di «rivendicare il proprio ruolo di custode dei diritti anche nell’era della tutela multilivello: fare uso dei poteri ermeneutici di cui dispone come interprete privilegiato della Costituzione nazionale per orientare il diritto costituzionale vivente verso la dimensione costituzionale europea, o meglio verso la costruzione di una dimensione costituzionale europea; “orientare” qui assunto nel senso di addivenire, per via interpretativa e nel dialogo con la Corte di giustizia, alla determinazione del più intenso grado di tutela quale cornice dei bilanciamenti operati in concreto dal giudice comune»¹⁰⁴. Con particolare riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, osserva recentemente la Corte italiana che «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l’ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall’art. 6 del Trattato sull’Unione europea e dall’art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito»¹⁰⁵.

Quale il possibile ruolo, in questo difficile percorso di ridefinizione della funzione e dello stesso significato della giustizia costituzionale accentrata, della dottrina dei controlimiti e dell’opposizione delle identità nazionali ai presunti “eccessi” del processo di integrazione? A questo proposito la nota affermazione di Joseph Weiler secondo cui «to protect national sovereignty is *passé*; to protect national identity by insisting on constitutional specificity is *à la mode*»¹⁰⁶ merita di essere relativizzata, operando un’interpretazione alternativa della nozione di *identità nazionale* che, pur non ponendosi in aperto conflitto con le esigenze di unità e di uniforme applicazione del diritto dell’Unione, neppure abdichi all’irrinunciabile esigenza di tutela del “nucleo duro” delle identità costituzionali particolari, la cui protezione dovrebbe costituire peraltro uno dei pilastri dello stesso progetto di Europa “unita nelle diversità”. I principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale italiano, e tra questi in particolare la sovranità popolare¹⁰⁷ (art. 1 Cost.), l’apertura all’ordinamento sovranazionale (art. 11) e la natura accentrata del controllo di legittimità costituzionale (art. 134), *fanno sistema* immettendo nel “dialogo tra Corti” i termini del patto costituzionale, da intendersi come «patto reciprocamente obbligante»¹⁰⁸, meritevole di tutela anche a fronte delle esigenze di unità e di garanzia del primato proprie del diritto sovranazionale. Trattasi dunque di una lettura alternativa dei controlimiti, da intendersi non in senso sovranista, come «usbergo della statualità», bensì come *strumenti di salvaguardia del suddetto patto*, il quale non si pone né si dovrebbe porre in radicale contrasto con il progetto di integrazione sovranazionale, rappresentandone al contrario una fonte di arricchimento nell’orizzonte della costruzione di un *ethos* costituzionale europeo che non annichisca ma salvaguardi le diversità.

Un passo in avanti in questa direzione è stato fatto dalla Corte costituzionale italiana, che agendo tramite rinvio pregiudiziale di interpretazione è sembrata voler accogliere una concezione *procedurale* dell’attivazione dei controlimiti (quasi un *audiatur et altera pars*, prima di disinnescare autonomamente gli effetti della *Taricco I*). Nel caso di specie, era in gioco un’*identità costituzionale asimmetrica* in materia di diritto penale, in particolare una determinata concezione (certo non l’unica possibile) del principio di legalità. Lo scontro tra paradigmi in questa delicata materia induce ad affermare come «il disincanto rispetto a mitologie giuridiche non tocca il dover essere incorporato (nella Costituzione italiana) nel principio di legalità: riserva di legge e soggezione del giudice alla

¹⁰³ A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., 77.

¹⁰⁴ *Ibidem*, 78.

¹⁰⁵ [Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269](#), punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁶ J.H.H. WEILER, *On the power of the Word: Europe’s constitutional iconography*, 3 *International Journal of Constitutional Law*, Issue 2-3, 2005, 184.

¹⁰⁷ Per una condivisibile lettura dei controlimiti radicata nella valorizzazione del principio democratico, v. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 6 ss.

¹⁰⁸ M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, 2015, 590.

legge»¹⁰⁹; principio irrinunciabile, cui la Corte italiana ha dato il giusto rilievo stimolando la riaffermazione, anche da parte del giudice europeo, di una visione autenticamente pluralistica e rispettosa delle identità nazionali, quale emerge tuttavia solo in parte nella [sentenza Taricco II](#).

Il dialogo tra Corti è dunque qui contraddistinto da luci e ombre, come più volte accennato: tra le prime, figura senz'altro l'invito da parte della Corte italiana alla Corte di giustizia a "prendere sul serio" le tradizioni costituzionali a fronte di un'inopinata accelerazione del travagliato percorso di unificazione dei principi generali in materia di diritto penale, tramite un'ordinanza di rinvio che, letta unitamente alla di poco successiva [sentenza 269/2017](#), denota anche una volontà di ridefinire il proprio ruolo nel circuito giudiziario della tutela multilivello; tra le seconde, spicca il silenzio della Corte di giustizia in merito a questioni centrali dell'integrazione giudiziaria (e non solo), che di certo fomenteranno nei prossimi anni ulteriori conflitti costituzionali.

¹⁰⁹ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2/2015, 48.

Celeste Chiariello

Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della [sentenza n. 269/2017](#) della Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. L'affermazione dei diritti fondamentali nel diritto europeo. – 2. L'ambito di applicazione della Carta di Nizza. – 3. Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali a seguito del Trattato di Lisbona. – 4. L'efficacia della Carta di Nizza e la teoria dei controlimiti. – 5. [La sentenza della Corte costituzionale 14 dicembre 2017, n. 269](#). – 6. Segue: la “precisazione” della Corte costituzionale: il nuovo ruolo del giudice *a quo*. – 7. Riflessioni conclusive e prospettive sullo scenario futuro.

1. *L'affermazione dei diritti fondamentali nel diritto europeo*

Come noto, il processo di integrazione europea ha avuto per lungo tempo una caratterizzazione prettamente economica, considerato che i Trattati istitutivi della Comunità europea rappresentavano atti costitutivi di un nuovo ordinamento finalizzato alla creazione di un mercato comune tra gli Stati membri.

L'originario Trattato istitutivo della Comunità economica europea infatti non conteneva alcun riferimento ai diritti fondamentali dell'uomo e le uniche libertà espressamente garantite erano strumentali all'attuazione degli scopi dei Trattati.

Invero, la giurisprudenza europea ha svolto in tale contesto un ruolo di primaria importanza: già a partire dal 1969, con la nota sentenza [Stauder c. Stadt Ulm](#), la Corte di Giustizia della Comunità europea ha affermato per la prima volta che la tutela dei diritti fondamentali era da considerarsi parte integrante dei principi generali del diritto comunitario. Era pertanto compito della Corte di Lussemburgo, adita in via pregiudiziale, assicurarne la salvaguardia e fornire al giudice nazionale tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione della conformità ad essi della normativa interna; in altri termini, era la Corte ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali¹. Iniziava così a delinearsi un autonomo sistema di diritti che, sebbene prendesse certo spunto dai Trattati internazionali, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e soprattutto dalle Costituzioni degli Stati membri, veri e propri “vivai della protezione dei diritti fondamentali”², era plasmato sulla struttura e sulle finalità dell'ordinamento comunitario³, nel rispetto degli obiettivi di interesse generale da quest'ultimo perseguiti⁴.

In altri termini, i diritti fondamentali non rappresentavano una prerogativa assoluta, in quanto potevano essere sacrificati, pur nel rispetto del principio di proporzionalità⁵, in nome dei preponderanti interessi e obiettivi economici⁶. Del resto, proprio in ragione della dimensione economica dell'ordinamento comunitario, l'individuo stesso assumeva rilievo in quanto operatore economico prima che come cittadino.

Progressivamente, con il Trattato di Maastricht prima e con il Trattato di Amsterdam poi, si è accentuata la rilevanza riconosciuta ai principi generali e alla tutela dei diritti fondamentali, pur

¹ CGCE, 12 novembre 1969, C-29/69, [Stauder c. Stadt Ulm](#).

² Così, J. H. H. WEILER, *Editorial: Does the European Union truly need a Charter of Rights?* in *European Law Journal*, 2000, 95.

³ CGCE, 17 dicembre 1970, C-11/70, [Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und](#).

⁴ CGCE, 14 maggio 1974, C-4/73, [Nold c. Commissione](#).

⁵ CGCE, 13 dicembre 1979, C-44/79, [Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz](#).

⁶ Cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 39 ss.

rimanendo ancora questi ultimi per lo più enunciazioni formali dei principi di libertà, sicurezza, giustizia, poste nelle premesse e nei preamboli dei relativi testi⁷.

Il lento percorso da un'unione prevalentemente economica verso una comunità politica, attenta anche ai diritti dei cittadini, ha subito un radicale punto di svolta quando, in virtù del mandato del Consiglio di Colonia, Parlamento europeo e Commissione europea, durante il Consiglio europeo di Nizza del 7 dicembre del 2000, hanno approvato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, successivamente incorporata nella Parte Seconda della Costituzione europea dell'ottobre del 2004 e riproclamata dalla Commissione, Parlamento e Consiglio europeo a Strasburgo, il 12 dicembre 2007, in vista della stipulazione del Trattato di Lisbona.

Nel mandato di Colonia era prevista la compilazione di una Carta che si limitasse ad aggiornare organicamente il quadro dei diritti fondamentali già riconosciuti dalle Istituzioni europee, e pertanto, nonostante avrebbe avuto una vita piuttosto travagliata, inizialmente le è stato attribuito un carattere meramente declaratorio e simbolico, privo di valore giuridico autonomo. In ogni caso, la Carta di Nizza, come solennemente e ufficialmente proclamata, ha rappresentato una sorta di Bill of Rights dell'Unione europea, idonea a soddisfare quel bisogno di certezza dei diritti, di cui i cittadini europei necessitavano per acquisire la consapevolezza della propria comune identità⁸. Infatti, ben prima che le fosse riconosciuto un valore giuridicamente vincolante, le autorità giurisdizionali europee, ma soprattutto nazionali, la avevano sostanzialmente recepita e applicata.

2. L'ambito di applicazione della Carta di Nizza

Dal punto di vista contenutistico, la Carta di Nizza ha attribuito dignità formale a quella realtà giuridica che era andata progressivamente radicandosi nei trattati, nelle convenzioni, e soprattutto grazie all'operato della Corte di Giustizia. Bisogna però evidenziare che non ci si può limitare a considerarla una mera ricognizione di diritti già in qualche modo preesistenti, in quanto le tre maggiori istituzioni politiche europee si sono adoperate per introdurre un sistema di tutela che fosse congeniale alle peculiari esigenze dell'Unione europea.

Più in particolare, la Carta si compone di 54 articoli, suddivisi in sette capi, in materia di dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia e disposizioni generali.

Come precisato nel Preambolo – che sostanzialmente riprende quanto affermato nelle dichiarazioni preliminari del Trattato di Roma e del Trattato di Maastricht – i popoli europei hanno deciso di condividere un futuro di pace, fondato su valori comuni, quali i valori indivisibili e universali della dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà. L'Unione si basa quindi sui principi della democrazia e dello stato di diritto, creando per l'individuo uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa⁹.

In particolare, la Carta non contempla soltanto i tradizionali diritti civili e politici (i c.d. “diritti di prima generazione”), ricomprendendo tra i diritti fondamentali anche i diritti economici e sociali (diritti “di seconda generazione”) e i diritti emergenti con l'evoluzione sociale e gli sviluppi scientifici

⁷ Cfr., ad es., l'art. 6, par. 1, TCE.

⁸ Cfr. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001, 193 ss.

⁹ In particolare il Preambolo insiste sul carattere ricognitivo della Carta di Nizza nella parte in cui prevede che essa “riafferma i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione europea e dai trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo”.

e tecnologici (diritti “di terza generazione”, quali la tutela ambientale, la tutela dei consumatori, l’integrità della persona, e così via)¹⁰.

L’art. 1 della Carta positivizza, in una clausola “pura”¹¹, “il più fondamentale” di tutti i diritti, ossia il diritto alla dignità umana, inviolabile, da rispettare e tutelare¹², declinandosi poi quest’ultimo in quei contenuti universali ed assoluti che rappresentano il presupposto di ogni altra categoria di diritti. In particolare, a tale formulazione di principio si aggiunge una concretizzazione del valore, realizzata mediante la tutela del diritto alla vita (art. 2), la tutela del diritto all’integrità della persona (art. 3), la proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 4), la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 5). Del resto, come espressamente affermato dal Presidium, “*La dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali (...), fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti nella Carta. Non può pertanto subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto*”. La dignità rappresenta quindi “il presupposto assiologico dei diritti fondamentali”¹³, e in quanto valore supremo, non può essere in alcun modo compresso. Infatti, il medesimo articolo 1 statuisce un obbligo positivo di rispetto e tutela in capo alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri. Tuttavia, la dignità umana, sebbene le specificazioni suggerite dalle successive disposizioni, permane un concetto giuridicamente indeterminato e relazionale, in quanto tale difficile da definire *ex ante*, richiedendosi pertanto ai giudici di interpretarlo concretamente, alla luce del contesto storico, sociale e territoriale in cui di volta in volta si inserisce¹⁴.

Per quanto invece concerne il valore delle libertà, il Capo II, si presenta sostanzialmente ricognitivo di quanto già previsto nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo e nei Protocolli addizionali. Infatti, nonostante la Carta non avesse ancora un’efficacia vincolante, come affermato dalla Corte costituzionale con [sentenza 24 aprile 2002, n. 135](#), con riferimento agli artt. 7 e 52, la Carta presenta un “*carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei*”¹⁵.

L’ambito applicativo della Carta si estende “*alle istituzioni e agli organi dell’Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l’applicazione secondo le rispettive competenze*”¹⁶. Pertanto sia le istituzioni e gli organi europei, sia gli Stati membri – a livello nazionale, regionale o locale – devono assicurare che i rispettivi atti non ledano i diritti fondamentali ivi consacrati, ma l’applicazione della Carta deve limitarsi esclusivamente a quelle fattispecie per le quali trova attuazione il diritto europeo.

Va sottolineato del resto che il secondo comma dell’art. 51 della Carta, specifica che “*La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati*”, dovendosi piuttosto rispettare il riparto di competenze

¹⁰ Per un approfondimento sulle generazioni di diritti, v. N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990.

¹¹ Per un’analisi della distinzione tra clausole “pure” e “miste”, v. M. OLIVETTI, *Art. 1*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna, 2001, 41.

¹² Art. 1: “*La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata*”.

¹³ Così, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in <http://archivio.rivistaaic.it>, 14 marzo 2008.

¹⁴ Per un approfondimento sulla natura giuridica della dignità umana, cfr. R. BIFULCO, *Dignità umana ed integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, Napoli, 2004, 91.

¹⁵ Cfr. Corte costituzionale, [sent. 24 aprile 2002, n. 135](#). La Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 189 e 266-271 del codice di procedura penale, “nella parte in cui non estendono la disciplina delle intercettazioni delle comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall’art. 614 cod. pen. alle riprese visive o videoregistrazioni effettuate nei medesimi luoghi”, in riferimento agli artt. 3 e 14 Cost. Nell’argomentazione, la Corte richiama, sia pur soltanto *ad adiuvandum*, l’art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, l’art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e, infine, gli artt. 7 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Il giudice costituzionale coglie dunque volutamente l’occasione per fare riferimento alla Carta, nonostante la sua natura non vincolante, che gli consentiva di decidere indipendentemente da qualsiasi richiamo ad essa.

¹⁶ Art. 51, comma 1, della Carta.

tra Unione e Stati membri. In altre parole, in ossequio al principio di sussidiarietà, una comunità di ordine superiore non deve interferire con il funzionamento di una comunità di ordine inferiore, salvo il caso che quest'ultima sia incapace di affrontare e assolvere autonomamente ai compiti che rientrano nel proprio ambito di azione e di competenza.

Invero, i principi affermati nella Carta coprono quasi interamente l'ambito della vita collettiva nazionale. Inoltre, la rigidità del principio delle competenze di attribuzione è stata mitigata dall'affermazione della c.d. teoria dei poteri impliciti, elaborata dalla Corte di Giustizia¹⁷, in base alla quale, secondo quanto previsto dall'art. 308 TCE (oggi art. 352 TFUE), le istituzioni comunitarie non solo dispongono dei poteri espressamente loro attribuiti, ma, pur in mancanza di una norma esplicita, possono esercitare i poteri necessari per il perseguimento degli scopi del Trattato¹⁸. Peraltro, anche in ambito europeo, esistono materie "trasversali", le quali, benché di esclusiva competenza dell'Unione, percorrono più settori, comportando di conseguenza l'incidenza degli interventi delle istituzioni sulle competenze riservate dal Trattato ai singoli Stati.

È pertanto evidente la sostanziale ampiezza della sfera di competenza dell'Unione, cui corrisponde la significativa ampiezza dell'ambito di applicazione della Carta agli Stati membri, che letteralmente si esplica "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione".

D'altronde, già negli anni Ottanta del secolo scorso, la dottrina dell'*incorporation* affermava che i giudici di Lussemburgo erano chiamati a sindacare la compatibilità degli atti nazionali con i diritti fondamentali comunitari sia quando gli Stati membri agivano per dare attuazione a normative comunitarie¹⁹, sia quando essi invocavano una causa di giustificazione prevista dai Trattati per limitare una delle libertà economiche²⁰. E infatti, nel tempo, la Corte di Giustizia si è spinta a sindacare non solo gli atti nazionali di stretta attuazione o esecuzione del diritto comunitario, bensì ogni attività nazionale che con quest'ultimo presentasse elementi di collegamento²¹. Ne consegue che, anche al livello di tutela dei diritti fondamentali, l'Unione europea è intervenuta negli ordinamenti degli Stati membri ogni volta che gli organi nazionali si muovevano nell'ambito di efficacia del diritto comunitario²².

Tale circostanza ha assunto ancora più rilevanza con la proclamazione Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in quanto, sebbene formalmente il suo ambito di applicazione sia circoscritto al quadro europeo, per sua natura coinvolge sostanzialmente tutti i settori della vita umana.

¹⁷ CGCE, 12 luglio 1973, C-8/73, [Hauptzollamt Bremerhaven c. Massey Ferguson](#), e 30 maggio 1989, C-242/87, [Comissione c. Consiglio](#).

¹⁸ Cfr. A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003; A. TIZZANO, *Competenze della Comunità*, in *Commissione delle Comunità europee* (a cura di), *Trent'anni di diritto comunitario*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 1983, 49 ss.

¹⁹ CGCE, 13 luglio 1989, [Wachauf](#), C-5/88. Poiché in talune occasioni gli Stati membri agiscono come se fossero, ed in effetti sono, il braccio esecutivo della Comunità, escludere il sindacato sulla conformità degli atti da essi posti in essere sarebbe incoerente ed arbitrario. Sul punto, J. H. H. WEILER, *Diritti fondamentali e confini fondamentali: lo spazio giuridico europeo e il conflitto tra standard e valori nella protezione dei diritti umani*, in ID. (a cura di), *La costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, 175 ss.

²⁰ CGCE, 18 giugno 1991, C-260/89, [ERT](#). Il controllo giurisdizionale è indispensabile poiché spetta alla Corte di giustizia interpretare il testo del Trattato al fine di definire sia l'eventuale violazione delle libertà essenziali del mercato, sia il connesso regime derogatorio. Cfr. J.H.H. WEILER, *Diritti fondamentali e confini fondamentali: lo spazio giuridico europeo e il conflitto tra standard e valori nella protezione dei diritti umani*, cit., 203.

²¹ Per un approfondimento sulla teoria dell'*incorporation*, v., J. TEMPLE LANG, *The Sphere in Which Member States are Obligated to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles*, in *Legal Issues of European Integration*, 1991, 23 ss.; K. LENAERTS, *Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 6, 2000, 1 ss.

²² Per tale orientamento, cfr. U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 49 ss.; M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 27.

Sul punto, è interessante ricordare il [caso Kreil](#), ove la Corte di Giustizia ha ritenuto contrastante con il principio comunitario del divieto delle discriminazioni in base al sesso l'art. 12, comma 4, della Legge fondamentale tedesca nella parte in cui escludeva le donne dagli impieghi militari comportanti l'uso di armi; tale divieto conseguentemente è stato espunto dalla Costituzione tedesca²³. In particolare, ciò che viene in rilievo è che la Corte è intervenuta in una questione che esulava completamente dalle sue competenze, in quanto le decisioni in materia di organizzazione delle forze armate spettano in via esclusiva agli Stati membri.

Stante il quadro sopradescritto, appare dunque difficile individuare i confini netti entro i quali ricondurre l'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come delineato dall'art. 51.

3. Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali a seguito del Trattato di Lisbona

Nonostante le autorità giurisdizionali abbiano dato una sostanziale applicazione alla Carta di Nizza già dalla sua prima proclamazione nel 2000, tanto da conformare l'assetto costituzionale europeo, dal punto di vista formale questa era priva di un autonomo valore giuridico vincolante.

Infatti, la "ratificazione" formale della Carta è avvenuta con la firma, in data 13 dicembre 2007, del Trattato di Lisbona, con il quale è stato modificato l'art. 6 del Trattato dell'Unione europea nei seguenti termini: "*1. 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. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati*". La Carta è pertanto entrata a far parte delle fonti del diritto europeo, assumendo lo stesso valore giuridico dei Trattati con l'entrata in vigore di questi in data 1° dicembre 2009.

La circostanza che la Carta sia rimasta un atto separato rispetto ai Trattati non sembra doversi ricondurre alla volontà di non attribuirle una veste troppo costituzionale²⁴, quanto a ragioni di opportunità politica, per le forti resistenze manifestate da alcuni Stati membri, nonché per motivi prettamente pratici, ossia per evitare che eventuali future modificazioni del testo siano soggette alla procedura di revisione dei Trattati²⁵.

In ogni caso, la Carta non ha comportato l'effetto di ampliare le competenze delle istituzioni europee e l'obbligo per gli Stati di rispettare i diritti fondamentali ivi definiti vale soltanto per l'ambito di applicazione del diritto europeo. In altri termini, i diritti fondamentali sanciti nella Carta vincolano gli Stati membri quando questi ultimi danno applicazione alle discipline europee²⁶. Ne consegue che la Carta deve trovare obbligatoriamente applicazione soltanto qualora la fattispecie concreta ricada nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione.

Ne dovrebbe pertanto conseguire che, come avviene in linea generale in caso di antinomia tra normativa nazionale e diritto europeo, il giudice dovrebbe disapplicare la norma interna eventualmente in contrasto con le disposizioni *self-executing* della Carta, ovvero, in caso di disposizione non direttamente applicabile, sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. Invero, come si approfondirà in seguito, alla luce della recente sentenza della [Corte costituzionale n. 269/2017](#), la soluzione delle incompatibilità della normativa nazionale con la Carta di Nizza segue un percorso diverso.

Inoltre, va evidenziato che la Suprema Corte di Cassazione ha chiarito che, ove la questione non rientri nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione, la Carta rileva comunque in funzione

²³ CGCE, 11 gennaio 2000, C-285/98, [Kreil](#).

²⁴ In questo senso, M. CARTABIA, *Il Trattato di Lisbona*, in *Gior. dir. amm.* 2010, 221.

²⁵ Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012.

²⁶ Spiegazioni alla Carta, pubblicate nella stessa *G.U.C.E.* della Carta.

interpretativa, in quanto “*esprime la tradizione costituzionale comune recepita nel Trattato di Lisbona*”²⁷. Infatti, se da una parte è da escludere che la Carta tuteli i diritti fondamentali oltre le competenze dell’Unione, deve rilevarsi che nella pratica, anche quando la fattispecie oggetto di cognizione non ricade nell’ambito di applicazione del diritto europeo, “*la Carta costituisce uno strumento interpretativo privilegiato per il diritto interno che si deve presumere coerente con quei valori che gli Stati membri e gli organi dell’Unione hanno comunemente accettato*”²⁸, conformando pertanto l’attività decisionale del giudice comune²⁹.

La Commissione, nella Strategia adottata con comunicazione del 19 ottobre 2010, ha poi precisato che, ove uno Stato membro non rispetti i diritti fondamentali come sanciti nell’ordinamento dell’Unione, essa dispone dei poteri necessari per porre fine all’infrazione e può eventualmente adire la Corte di Giustizia, avviando un ricorso per inadempimento, sempreché la fattispecie presenti un elemento di collegamento con il diritto dell’Unione.

In ogni caso, gli Stati membri sono vincolati al rispetto dei diritti fondamentali di cui alla Carta di Nizza anche quando agiscono entro i margini della discrezionalità riconosciuta loro dallo stesso diritto europeo, ossia quando questa è comunque riconducibile alla più ampia cornice dell’attuazione del diritto dell’Unione³⁰. Infatti il legislatore nazionale è tenuto a intervenire nell’ordinamento interno per assicurare l’esercizio dei diritti fondamentali, conformando la normativa al contenuto essenziale imposto dall’ordinamento europeo, in particolare con la Carta. Quest’ultima pertanto, nel rapporto dialettico tra il diritto dell’Unione e gli ordinamenti nazionali, costituisce la base teorica su cui si fonda, in tema di diritti fondamentali, “un onere costituzionale di intervento” da parte dello Stato, e il legislatore, nel dare loro attuazione, deve confrontarsi anche con le interpretazioni fornite dalla Corte di Giustizia³¹.

Del resto, l’attività giurisdizionale assume un ruolo centrale proprio in ragione della complessità del nuovo assetto delle fonti, essendo l’interprete ripetutamente sollecitato a interrogarsi sulla relazione tra diritto interno, diritto dell’Unione e diritto convenzionale. Nel nostro ordinamento, è ormai frequente che tra le motivazioni addotte a sostegno dell’illegittimità di un provvedimento il giudice comune richiami anche la violazione delle disposizioni della Carta di Nizza, stante il suo valore giuridico vincolante³².

4. *L’efficacia della Carta di Nizza e la teoria dei controlimiti*

Come detto, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, nonostante abbia positivizzato in un testo scritto principi e valori unanimemente condivisi dagli Stati membri, al momento della sua proclamazione era priva di un autonomo valore giuridico vincolante. La sua rilevanza pertanto era da ritenersi politica, prima che giuridica.

Tale peculiare caratteristica non è rimasta priva di interessanti risvolti pratici, soprattutto in quanto ha introdotto un elemento di novità nella tradizionale lettura della teoria dei controlimiti.

Giova preliminarmente ricordare che, in linea generale, l’efficacia delle fonti internazionali è condizionata all’adozione da parte degli Stati di atti di recepimento, dai quali discende anche la

²⁷ Corte di Cassazione civ., sentenza 13 luglio 2010, n. 16387.

²⁸ Cfr. Corte di Cassazione civ., sent. 17 maggio 2010, n. 28658.

²⁹ Sul tema, v. in generale, P. GIANNITI, *La “comunitarizzazione” della “Carta” a seguito del Trattato di Lisbona*, in *I diritti fondamentali nell’Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna/Roma, 2013, 357 e ss.

³⁰ V. in generale, K. STERN, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Riflessioni sulla forza vincolante e l’ambito di applicazione dei diritti codificati nella Carta*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 6, 2014, 184.

³¹ Cfr. M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista italiana di diritto costituzionale*, 4/2017, 184.

³² Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 5/2015; n. 1107/2014; n. 4194/2014; n. 907/2016.

posizione che esse vengono ad occupare nell'ambito dell'ordinamento nazionale. Il diritto europeo, in sé, tende al ravvicinamento e all'unificazione dei diritti nazionali, nei confronti dei quali si pone in una inderogabile posizione di supremazia. Come infatti affermato dalla Corte di Giustizia CE sin dalla [sentenza Costa/ENEL del 15 luglio 1964](#)³³, “il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità”. In altri termini, nessun tipo di atto nazionale, ancorché di rango costituzionale, può prevalere sul diritto comunitario³⁴.

Ne consegue che il legislatore nazionale non può adottare atti contrastanti con le norme europee, anche qualora queste siano ancora in fase di recepimento, al fine di evitare la futura abrogazione delle norme incompatibili³⁵.

Anche in tal caso, la giurisprudenza ha dato un contributo fondamentale all'affermazione concreta del principio³⁶. Infatti, il giudice nazionale, in forza della primazia del diritto europeo, ha l'obbligo di garantirne la piena efficacia mediante la disapplicazione, di propria iniziativa, di qualsiasi disposizione interna con esso contrastante, anche senza attenderne la rimozione in via legislativa ovvero mediante procedimento costituzionale.

In particolare, la disapplicazione costituisce l'istituto di più immediata soluzione in presenza di una norma invalida: più specificamente, il giudice è investito del potere di non applicare un atto a una singola fattispecie, pur rimanendo quest'ultimo pienamente valido ed efficace all'interno dell'ordinamento³⁷.

Va specificato che tutti gli organi dell'ordinamento sono tenuti al medesimo obbligo di disapplicazione, e pertanto anche le Autorità amministrative, qualora un proprio atto interno contrasti con una norma dell'ordinamento europeo, sono chiamate a rimuoverlo. Sarebbe infatti contraddittorio attribuire ai giudici il potere di accertare la violazione del diritto europeo da parte di un atto amministrativo e al contempo riconoscere all'Autorità pubblica la possibilità di applicarlo³⁸.

Poste tali premesse, si rivela ora necessario individuare quali atti dell'ordinamento interno debbano essere disapplicati in quanto incompatibili con il diritto europeo.

Come detto, in linea generale, qualsiasi disposizione nazionale, anche di livello costituzionale, deve conformarsi al diritto europeo, pena la disapplicazione della stessa. Più in particolare, la normativa nazionale è recessiva rispetto al diritto europeo direttamente applicabile, ossia rispetto a specifiche disposizioni dei Trattati, ai regolamenti, alle direttive *self-executing* e alle decisioni.

Tuttavia, il principio generale della supremazia del diritto europeo è stato progressivamente limitato dalla presenza, all'interno degli ordinamenti nazionali, di principi irrinunciabili, il c.d. “nucleo duro”, cui anche il primo deve sottostare. La c.d. teoria dei controlimiti si pone pertanto in contrapposizione con la supremazia incondizionata del diritto europeo, in base alla quale quest'ultimo non prevale sui diritti fondamentali e i principi supremi, fondanti l'identità nazionale di ciascuno Stato.

Tuttavia, l'approvazione della Carta di Nizza, introducendo una compagine di diritti fondamentali universalmente valida a livello europeo, ha in un certo senso portato a considerare la teoria dei

³³ Cfr. Sent. 15 luglio 1964, causa 6/64, [Costa/ENEL](#), cit.

³⁴ Invero, già con la sent. [Van Gend en Loos](#) del 1963, la Corte aveva introdotto il principio dell'effetto diretto del diritto comunitario negli Stati membri, che consente ai cittadini europei di far valere direttamente norme comunitarie dinanzi ai loro giudici nazionali, posto che “la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli stati membri ma anche i loro cittadini” (Sent. 5 febbraio 1963, causa 26/62, [Van Gend en Loos](#), par. 8).

³⁵ Cfr. CGCE, Sent. 9 marzo 1978, C-106/77, [Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA](#).

³⁶ Cfr. a titolo esemplificativo, CGCE, sent. 13 luglio 1972, C-48/71, [Commissione c. Italia](#); sent. 19 giugno 1990, C-213/89, [House of Lords c. Factortame Ltd](#).

³⁷ Tale principio è stato dapprima affermato dalla Corte con la [sent. Simmenthal](#), 9 marzo 1978, C-106/77.

³⁸ Cfr. CGCE, Sent. 22 giugno 1989, C-103/88, [Fratelli Costanzo SpA c. Comune di Milano](#), punti 30-31.

controlimiti, imposti dai singoli ordinamenti nazionali, ormai desueta; da altre parti, invece, si riteneva che quest'ultima si sarebbe rivelata ancora più funzionale per la salvaguardia degli ordini costituzionali e l'integrazione europea³⁹.

Certo è che l'emanazione, in ambito europeo, di una Carta di diritti ha consentito di fornire una lettura innovativa alla teoria dei controlimiti. Tale circostanza è divenuta ancora più significativa con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha riconosciuto alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE) e che all'art. 4, par. 2, TUE, espressamente prevede che *“L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali”*.

La stessa Carta all'art. 53 specifica che *“Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli stati membri”*. Questa previsione, nel garantire i maggiori livelli di protezione dei diritti dell'uomo sanciti (anche) dalle Costituzioni degli Stati membri, legittimerebbe infatti i giudici nazionali, ove rilevino un maggior livello di protezione nella propria Costituzione, ad applicare la normativa interna in luogo di quella europea.

In altri termini, l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali si configura come la clausola di legittimazione della dottrina dei controlimiti, visti però non più in chiave statica, ossia come momenti di estrema difesa dell'ordinamento nazionale, quanto piuttosto in chiave dinamica, come momenti di raccordo finalizzati a garantire il massimo di tutela ai diritti dell'individuo.

Al contempo, con la previsione di cui all'art. 4 TUE, l'Unione limita la primazia del diritto europeo, qualora questo interferisca con i diritti fondamentali che configurano l'identità nazionale e le strutture politiche e costituzionali degli Stati membri. Il Trattato di Lisbona, attribuendo valore vincolante alla Carta dei diritti fondamentali, assicura la maggior tutela di tali diritti, i quali possono configurarsi quali controlimiti all'applicazione del diritto europeo.

Nel tempo, si è poi progressivamente sviluppata una sorta di dialogo con la Corte di Giustizia dell'Unione europea al fine di dare una corretta interpretazione del diritto europeo, con riferimento *“ai limiti entro cui il diritto comunitario può essere preso in considerazione come elemento integrativo del parametro costituzionale evocato”*⁴⁰, volto a verificare l'eventuale compatibilità della norma interna della cui costituzionalità si dubita. Invero, il Giudice europeo può interpretare la Carta soltanto in modo estensivo rispetto alla protezione accordata ai diritti dai singoli Stati e dalle giurisdizioni nazionali, in forza del c.d. principio di massima estensione dei diritti.

Tali considerazioni devono oggi essere rilette alla luce della sentenza della [Corte costituzionale n. 269/2017](#), e dei prossimi risvolti futuri, di cui a breve si dirà. In ogni caso, dalla suesposta ricostruzione si evince che la tutela dei diritti fondamentali si articola su tre potenziali livelli: *in primis*, a livello nazionale, con le Costituzioni dei singoli Stati membri; a livello europeo, grazie soprattutto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione; a livello giurisprudenziale, con gli interventi della Corte di Giustizia, le cui sentenze hanno diretta applicabilità nel quadro giuridico europeo.

5. La [sentenza della Corte costituzionale 14 dicembre 2017, n. 269](#)

³⁹ A. RUGGERI, *Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (cur.), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, 505 ss.

⁴⁰ Cfr. Corte cost., [ord. n. 103 del 2008](#).

Una questione di legittimità costituzionale in ordine a talune disposizioni della normativa a tutela della concorrenza ha offerto alla Corte costituzionale l'occasione di chiarire il corretto ordine in cui devono essere sollevate le questioni pregiudiziali qualora la normativa interna si riveli incompatibile sia con la Costituzione nazionale sia con il diritto europeo, e segnatamente anche nella particolare ipotesi in cui essa contrasti con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ricordando brevemente i fatti da cui la sentenza della [Corte costituzionale 14 dicembre 2017, n. 269](#), ha tratto origine, la Commissione tributaria provinciale di Roma ha sollevato con due successive ordinanze – rispettivamente in data 2 maggio 2016 e 25 ottobre 2016 – questione di legittimità costituzionale relativamente all'articolo 10, commi 7 *ter* e 7 *quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”, aggiunti dall'art. 5 *bis*, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”, come convertito con modificazioni con legge 24 marzo 2012, n. 27, con riferimento agli artt. 3 e 53, commi 1 e 2, della Costituzione, nonché – soltanto con l'ordinanza del 25 ottobre 2016 – con riferimento all'art. 23 Cost. Per l'identità dell'oggetto e la parziale coincidenza dei parametri evocati e delle argomentazioni addotte, i giudizi sono stati riuniti.

In particolare, la questione è stata posta in seguito all'impugnazione di due dinieghi espressi dell'AGCM al rimborso dei contributi versati sulla base delle disposizioni oggetto dell'incidente di costituzionalità, le quali, secondo i ricorrenti, al fine di assicurare il funzionamento dell'Autorità, introdurrebbero un contributo a carico dei soli imprenditori con fatturato superiore a cinquanta milioni di euro, che non può comunque superare di cento volte la somma del contributo minimo, in violazione dei principi di uguaglianza e capacità contributiva per il seguente ordine di ragioni: escluderebbero dall'obbligo di contribuzione i consumatori, le pubbliche amministrazioni e gli operatori economici diversi dagli imprenditori; assoggetterebbe all'obbligo di contribuzione soltanto gli imprenditori con volume d'affari superiore a cinquanta milioni di euro; individuerrebbero quale base imponibile una grandezza come il fatturato, da considerarsi invece inespessiva della capacità contributiva; prevedendo un limite massimo al contributo, introdurrebbero una imposizione regressiva a beneficio delle imprese di maggiori dimensioni, in spregio al principio di progressività dell'imposizione. Inoltre, soltanto con la seconda ordinanza, si ravvisava altresì una lesione del principio della parità di trattamento a favore delle imprese non residenti in Italia, che vi operano senza stabile organizzazione, le quali sarebbero invece esentate dalla contribuzione; nonché del principio della riserva di legge, per aver la disposizione attribuito all'AGCM la facoltà di apportare variazioni alla misura e alle modalità di contribuzione, senza predeterminare i relativi criteri. Veniva pertanto invocato il rispetto del diritto di stabilimento e il diritto alla libera prestazione dei servizi, di cui rispettivamente agli artt. 49 e 56 TFUE.

Acclarata in primo luogo la giurisdizione del giudice tributario per tutte le controversie in materia di tributi, a carattere pieno ed esclusivo, il Giudice delle Leggi si è pronunciato sulle questioni sollevate.

In particolare, rilevando come la Commissione remittente, nelle due ordinanze, abbia valutato in maniera opposta l'ordine di scrutinio della conformità della normativa interna con il diritto europeo e con i principi costituzionali, con la sentenza in argomento ha inteso precisare entro quali limiti la previa delibazione del contrasto con il diritto dell'Unione europea debba imporsi al giudice *a quo* a pena di inammissibilità della questione costituzionalità, incidendo sulla sua rilevanza.

In particolare, richiamando gli ormai consolidati insegnamenti di cui alle decisioni [Simmenthal](#)⁴¹ e [Granital](#)⁴², rispettivamente della Corte di giustizia e della Corte costituzionale, qualora la disposizione interna contrasti con il diritto europeo direttamente applicabile, fallita la ricomposizione del contrasto in via interpretativa ed eventualmente esperito anche il rinvio pregiudiziale, il giudice *a quo* è tenuto ad applicare la normativa europea.

⁴¹ Cfr. Corte di Giustizia CE, C-106/77, [sentenza 9 marzo 1978](#).

⁴² Cfr. Corte cost., [sent. n. 170 del 1984](#).

Al contrario, ove la legge interna si riveli incompatibile con il diritto europeo non direttamente efficace, il giudice è tenuto preliminarmente a sollevare questione di costituzionalità, spettando alla Corte medesima deliberare in ordine all'eventuale contrasto sia con i principi costituzionali sia con i parametri europei, come veicolati dagli artt. 11 e 117 Cost.

Ma ciò che desta maggiore interesse è che il Giudice delle leggi apre una parentesi sulla vincolatività del diritto europeo, come venutosi ad affermare in seguito al Trattato di Lisbona, con particolare riferimento al valore giuridico riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sebbene non invocata dal giudice remittente. In particolare, la Carta presenta la peculiarità di avere un contenuto in larga misura coincidente con i principi delle Costituzioni nazionali degli Stati membri, con la conseguenza che la violazione di un diritto della persona ben può infrangere al contempo entrambi i sistemi di garanzia. Come chiarisce la [sentenza n. 269/2017](#), in tal caso il giudice sarà tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale e la Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed europei, secondo l'ordine di volta in volta più appropriato, *“fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE”*.

Quindi la Corte torna a focalizzarsi sul caso sottoposto al suo scrutinio, precisando che la lesione lamentata dai ricorrenti non concerne i diritti della persona tutelati dalla Carta di Nizza, bensì la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi nell'Unione europea, garantite ai sensi degli artt. 49 e 56 TFUE, direttamente applicabili nel contesto nazionale. Il giudice pertanto avrebbe dovuto verificare prioritariamente la compatibilità delle disposizioni oggetto del giudizio di costituzionalità con il diritto europeo; con la prima ordinanza, tale ordine era stato erroneamente invertito dal giudice rimettente, il quale aveva ritenuto di sollevare direttamente la questione di costituzionalità, dichiarata dunque inammissibile.

Con la seconda ordinanza invece la Commissione tributaria ha dapprima accertato la compatibilità della normativa nazionale con il Trattato, e soltanto successivamente ha sollevato questione di legittimità costituzionale della normativa a fondamento della delibera di diniego dell'AGCM. Giova evidenziare che la Corte ha considerato infondata la questione relativamente agli artt. 3 e 53 della Costituzione in quanto il nuovo sistema di finanziamento di cui all'art. 10, comma 7 *ter*, l. n. 287/1990, introduce una forma atipica di contribuzione non riconducibile alla categoria delle “tasse”, la quale peraltro non appare né arbitraria né irragionevole, per essere l'Autorità impegnata maggiormente dalle attività economiche delle medie e grandi imprese. Parimenti infondata è la lamentata lesione del principio della riserva di legge *ex art. 23 Cost*, in quanto l'art. 10, comma 7 *quater*, l. n. 287/1990 si limita a legittimare l'Amministrazione ad apportare soltanto alcune variazioni della misura e della modalità della contribuzione, nel rispetto dei criteri direttivi individuati dal legislatore.

6. *Segue. la “precisazione” della Corte costituzionale: il nuovo ruolo del giudice a quo*

Con la richiamata [sentenza n. 269/2017](#), la Corte costituzionale ha approfittato della “confusione” in cui è incorsa la Commissione Tributaria provinciale di Roma, la quale aveva inopinatamente invertito, nella prima delle due ordinanze, l'ordine delle questioni, per fornire talune delucidazioni sul comportamento che i giudici ordinari devono adottare di fronte alle antinomie tra norme nazionali e diritto dell'Unione, concentrandosi poi nella particolare ipotesi di contrasto con la Carta dei diritti fondamentali.

Invero, l'argomento sembrava ormai non destare più equivoci, soprattutto alla luce di una giurisprudenza nazionale ed europea da considerarsi granitica; eppure la Corte arbitrariamente avverte che *“una precisazione si impone alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la*

Comunità europea e alcuni atti connessi ... , che, tra l'altro, ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (..) equiparandola ai Trattati (art. 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea" (par. 5.2).

Come detto, la Corte prende spunto dalla decisione del giudice remittente di invertire l'ordine di esame delle questioni eccepite dal ricorrente, ritenendo invece *"più aderente al sistema giuridico complessivo"* scrutinare prioritariamente la conformità della disciplina oggetto del giudizio ai principi interni. Infatti, dichiarando l'inammissibilità della questione così posta, il Giudice delle leggi ha dapprima ricordato che il contrasto con il diritto dell'Unione attiene l'operatività della norma oggetto dell'incidente di costituzionalità, investendone la rilevanza; quindi, ha specificato entro quali limiti tale preventiva delibazione debba ritenersi un obbligo per il giudice *a quo*.

In particolare, prima di arrivare alla conclusione innovativa che qui interessa, la Corte apre l'argomento con un lungo monito circa la corretta operatività del controllo diffuso da parte del giudice comune, in qualità di primo giudice al quale è attribuito il compito di vigilare in prima istanza sull'applicazione e sul rispetto del diritto europeo nell'ordinamento giuridico nazionale⁴³. Infatti, primo fondamentale elaborato della giurisprudenza europea è che il giudice nazionale ha innanzitutto l'obbligo di ricorrere alla c.d. interpretazione conforme, ossia di interpretare la disposizione interna in via *"comunitariamente orientata"*, in considerazione della lettera e dello scopo della normativa europea⁴⁴.

Nel corpo della motivazione in diritto, la Corte ha inizialmente ribadito l'orientamento consolidato sin dalla sentenza [Simmenthal](#) e confermato, nel suo *"cammino comunitario"*, con la [sentenza Granital nel 1984](#), secondo il quale il giudice è tenuto alla previa delibazione della normativa italiana con il diritto europeo direttamente applicabile – incondizionato e sufficientemente preciso –, eventualmente disapplicando la norma nazionale incompatibile, fatta salva in ogni caso la possibilità di rivolgersi alla Corte di Giustizia per un chiarimento interpretativo ovvero per sollevare questione di validità della norma medesima. Qualora invece il contrasto si dovesse porre con una norma europea priva di efficacia diretta, fallito il tentativo di interpretazione conforme e richiesti chiarimenti alla Corte di Giustizia, il giudice comune dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale, chiamata dunque ad accertare l'incompatibilità della norma con i parametri europei e costituzionali stessi e, se del caso, annullarla⁴⁵. La Corte specifica che tale rinvio deve essere effettuato da parte del giudice *"senza delibare preventivamente sui profili di incompatibilità con il diritto europeo"*. Invero, una interpretazione letterale di tale assunto apparirebbe, oltre che inedita, addirittura contrastante con uno dei principi cardine dell'istituto del rinvio pregiudiziale, che consente al giudice ordinario di rivolgersi alla Corte di Giustizia, anche solo per ottenere un chiarimento interpretativo, indipendentemente dalla efficacia diretta o indiretta della norma europea⁴⁶. Ne consegue che la riportata affermazione della Corte debba leggersi soltanto come esenzione del giudice dal relativo obbligo, ben potendo comunque quest'ultimo adire la Corte di Giustizia ovvero giudicare sull'eventuale diritto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato manchevole di aver dato attuazione alla norma europea.

In altri termini, alla luce di quanto esposto, si conferma che per i contrasti tra diritto primario nazionale e diritto eurounitario deve essere prioritariamente effettuata la valutazione di compatibilità

⁴³ Cfr. Corte di Giustizia CE, [ord. 13 luglio 1999](#), C-2/88.

⁴⁴ Cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 13 novembre 1990, C-106/89, [Marleasing](#), che richiama Corte di Giustizia CE, sent. 10 aprile 1984, C-14/83, [Von Colson e Kaman](#).

⁴⁵ Cfr. Corte costituzionale, [ord. n. 287 del 2013](#), che richiama Corte Cost., [sent. n. 284 del 2007](#), [sent. n. 28](#) e [sent. 227 del 2010](#), [sent. n. 75 del 2012](#).

⁴⁶ Cfr. L.S. ROSSI, *La sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in [Federalismi.it](#), gennaio 2018. Sottolinea l'Autrice che anche stabilire quando una norma europea sia direttamente efficace non è di facile soluzione, in quanto i trattati prevedono la diretta applicabilità soltanto per i regolamenti, mentre per tutte le altre fonti del diritto dell'Unione la fonte che ne stabilisce gli effetti diretti è da cercarsi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

da parte del giudice comune; la Consulta può essere eventualmente interpellata soltanto in presenza di norme-parametro europee prive di efficacia diretta, con riferimento alle quali è impossibile ricorrere all'interpretazione conforme. In ogni caso, la Corte costituzionale è l'organo esclusivamente competente ad eliminare con efficacia *erga omnes* le norme italiane incompatibili con il diritto europeo.

Successivamente a tale digressione prevalentemente riepilogativa, probabilmente avanzata per rassicurare i giudici sul primato del diritto europeo, curiosamente la Corte si spinge ad affrontare il diverso caso in cui una norma nazionale contrasti con una qualsiasi previsione della Carta dei diritti fondamentali, nonostante quest'ultima non fosse stata invocata nel caso di specie né dai ricorrenti né dai giudici del rinvio, e in alcun modo poteva ritenersi attinente alla fattispecie in esame, relativamente alla quale infatti era stata lamentata la lesione di due disposizioni del TFUE dotate di diretta efficacia.

Ad avviso della Corte tuttavia la precisazione si rende necessaria in ragione del peculiare contenuto della Carta, in quanto parte integrante del diritto dell'Unione europea ma dotata "*di impronta tipicamente costituzionale*", i cui principi e diritti intersecano in larga misura quelli garantiti dalla Costituzione italiana e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri, di talché la violazione di un diritto della persona ben può infrangere al contempo norme contenute in entrambi i Testi. Pertanto, violazioni di tale portata necessitano di un intervento *erga omnes* della Corte, anche in virtù del principio che situa il controllo accentrato di costituzionalità a fondamento dell'architettura costituzionale *ex art. 134 Cost.* La Corte giudicherà quindi alla luce dei parametri europei e nazionali, secondo l'ordine di volta in volta appropriato, "*anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito*".

L'ordine di priorità delle trattazioni è dunque invertito, conseguendone che l'eventuale omissione della previa questione di costituzionalità si tradurrebbe in un inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge. Sul punto, è necessario rappresentare talune rilevanti osservazioni.

Innanzitutto, giova ricordare che l'ambito di applicazione della Carta di Nizza negli Stati membri è – almeno teoricamente – alquanto ristretto, posto che l'art. 51 lo circoscrive alla sfera di attuazione del diritto dell'Unione e pertanto la Corte può essere chiamata ad accertare la lesione di una disposizione della Carta soltanto se il diritto fondamentale oggetto di tutela sia stato leso in una fattispecie ove trova applicazione il diritto europeo.

La Corte non si ferma poi ad affermare il carattere prioritario dello scrutinio di costituzionalità, in quanto si affretta a specificare che viene "*fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE*". In altri termini, la Corte non intende ergersi a interprete della Carta dei diritti fondamentali, in quanto organo competente in tal senso è, e rimane, la Corte di Giustizia. Ne consegue che il diritto dell'Unione non osta al carattere prioritario del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale in caso di doppia pregiudizialità, atteso che nessuna limitazione viene imposta al giudice nazionale, che resta libero di garantire, anche provvisoriamente, la tutela del diritto europeo. Infatti, a quest'ultimo si continua a riconoscere il diritto/dovere di sottoporre alla Corte di Giustizia qualsiasi questione pregiudiziale ritenga opportuna, in ogni fase e grado del procedimento, e finanche al termine del procedimento incidentale di costituzionalità; ovvero di adottare qualsiasi misura necessaria a garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale, la disposizione legislativa nazionale che abbia superato il vaglio di costituzionalità.

In altri termini, con la [sentenza n. 269/2017](#), la Corte costituzionale, qualora una controversia possa ad un tempo dare luogo a questioni di legittimità costituzionale e di compatibilità con la Carta dei diritti fondamentali UE, esclude l'obbligo del giudice comune di valutare gli aspetti di rilevanza europea in via preventiva rispetto all'incidente di costituzionalità.

Tale conclusione non muta anche se le norme della Carta dei diritti che si assumono violate siano dotate di efficacia diretta, venendo anche in tal caso meno il potere/dovere dei giudici di ricorrere alla disapplicazione della norma incompatibile. Una considerazione che si giustifica alla luce del già ricordato contenuto “*di impronta tipicamente costituzionale*” della Carta, ma che non può evitare il porsi di taluni interrogativi. In particolare, ci si chiede se non sia da considerarsi eccessivo un limite di tale portata al potere di disapplicazione del giudice⁴⁷, ovvero se, viceversa, tale regola non debba estendersi anche ad altri casi di antinomie della normativa nazionale con il diritto primario europeo.

In ogni caso, la soluzione del sindacato accentrato appare sicuramente idonea a soddisfare quell’esigenza di certezza del diritto che la delicata materia della tutela dei diritti della persona indubbiamente richiede. D’altronde, il fine perseguito con l’adozione della Carta non è quello di introdurre uno standard uniforme di tutela dei diritti fondamentali all’interno degli Stati membri, ma di valorizzare un dialogo “multilivello” fra le Corti, per assicurare la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico⁴⁸.

Tali considerazioni sembrano richiamare quella generale teoria dei controlimiti, secondo la quale, come ribadito dai dettami della consolidata giurisprudenza sulle limitazioni di sovranità di cui agli artt. 11 e 117 Cost., i diritti fondamentali, che costituiscono il c.d. nucleo duro dell’ordinamento interno, non possono essere limitati in ragione della diretta applicazione della normativa europea⁴⁹. Il sindacato di costituzionalità, da effettuarsi di volta in volta alla luce dei parametri costituzionali ed europei, si rivela secondo la Corte la strada più idonea a garantire le libertà, da interpretarsi in armonia con le tradizioni costituzionali degli Stati membri.

7. Riflessioni conclusive e prospettive sullo scenario futuro

Con la [sentenza n. 269/2017](#), la Corte costituzionale ha indubbiamente ridefinito il ruolo dei giudici comuni nell’applicazione del diritto europeo di matrice costituzionale, sebbene direttamente applicabile, ma non ha poi compiutamente ridefinito il dialogo di questi con la Corte di Giustizia.

Infatti, il ricorso alla pregiudizialità europea rimane nella teoria intaccato, potendo il giudice continuare a disporre la disapplicazione della normativa nazionale incompatibile con il diritto europeo direttamente efficace, nonché adire la Corte di Giustizia tutte le volte, e in qualsiasi fase e grado del procedimento, ritenga di dover garantire, anche provvisoriamente, l’applicazione del diritto europeo.

Ciononostante, i risvolti pratici di tale affermazione comportano taluni interrogativi non di poco conto, dal momento che, una volta adita la Corte costituzionale in caso di antinomia tra una norma interna e una disposizione della Carta, rimane di fatto sospeso temporaneamente il diritto di rivolgersi alla Corte di Giustizia *ex art. 267 TFUE*.

Fortunatamente, i dubbi sulle conseguenze applicative della pronuncia in esame potrebbero essere di prossima soluzione, dal momento che la [Corte di Cassazione, sez. II civile, con ordinanza 16 febbraio 2018, n. 3831](#), pedissequamente seguendo le indicazioni di cui alla [sentenza n. 269/2017](#), trovandosi dinanzi a una questione di doppia pregiudizialità per una sospetta violazione da parte della normativa nazionale sia della Costituzione, sia di disposizioni della Carta dei diritti fondamentali direttamente applicabili, ha sollevato apposita questione di legittimità costituzionale⁵⁰. In particolare,

⁴⁷ Cfr. G. PISTORIO, *Conferme e precisazioni nel “cammino comunitario” della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della [sentenza n. 269/2017](#)*, in [Diritti Comparati](#), 11 gennaio 2018.

⁴⁸ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *La [sentenza n. 269/2017](#): un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2017.

⁴⁹ Corte cost., [sentenza n. 173/1983](#).

⁵⁰ La Corte di Cassazione, con ord. 16 febbraio 2018, n. 3831, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in ordine all’art. 187 *quinqüiesdecies* T.U.F., nel testo originariamente introdotto dall’articolo 9, comma 2, lett. b), della legge 18 aprile 2005, n. 62 – nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l’esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell’esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate,

la Cassazione ha demandato alla Corte costituzionale la valutazione circa l'opportunità di rivolgersi alla Corte di Giustizia, espressamente indicando i quesiti che, a suo parere, dovrebbero essere oggetto del rinvio, ritenendosi impossibilitata a interpellare in prima istanza i Giudici di Lussemburgo.

Il primo problema che emerge in tale contesto riguarda la possibilità da parte del giudice remittente di compiere proprie valutazioni di compatibilità, oppure di ricorrere comunque al rinvio pregiudiziale, qualora la Corte costituzionale dovesse dichiarare infondate le questioni sollevate; in tal caso, poi, la Corte di Giustizia potrebbe ravvisare un eventuale contrasto con la Carta dei diritti fondamentali nonostante la pronuncia contraria della Corte costituzionale in relazione alla corrispondente disposizione della Costituzione? All'opposto, qualora la Corte dovesse decidere di fare rinvio alla Corte di Giustizia, la quale poi accertasse la violazione di talune disposizioni della Carta direttamente applicabile, ne conseguirebbe la dichiarazione di illegittimità costituzionale della normativa interna incompatibile⁵¹?

In altri termini, l'*obiter dictum* della Corte si inserisce in una trama di rapporti giurisdizionali che merita ancora di essere approfondito. Ciò che tuttavia appare evidente è che con la [sentenza n. 269/2017](#) la Corte costituzionale ha inteso rivendicare il proprio "diritto alla prima parola"⁵² nelle controversie in cui vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona. Probabilmente tale atteggiamento deve ricondursi al progressivo esautoramento che la Corte stava subendo dal proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali sia per il sempre più frequente ricorso da parte del giudice comune al criterio dell'interpretazione conforme, sia in ragione dell'affermazione della tutela multilivello dei diritti, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. L'intervento della Corte sembra sostanzialmente mirare a garantire la tutela a quei diritti fondamentali radicati nel nostro ordinamento cui non si può in alcun modo abdicare. Più in particolare, come già dimostrato con la c.d. [sentenza Taricco](#), la Corte intende intervenire attivamente nel dialogo con il giudice europeo, quasi a voler essere il canale di comunicazione per ricevere e trasmettere alla Corte di Giustizia i problemi costituzionali che talune questioni pongono⁵³.

Del resto, tale conclusione è resa manifesta dal fatto che la Corte ha avocato a sé la cognizione di tutte le presunte violazioni dei diritti fondamentali, sulla base di un criterio assiologico-sostanziale, che si impone sul criterio strutturale, che fa riferimento invece all'eventuale natura autoapplicativa delle disposizioni della Carta⁵⁴. Sarà dunque suo primario compito effettuare un equo bilanciamento tra i diritti fondamentali di volta in volta in rilievo, a livello nazionale ed europeo, senza alcun precostituito ordine gerarchico, nell'ottica della garanzia della maggior tutela.

Infine, nel tentativo di prefigurare lo scenario futuro, è opportuno altresì rilevare che, paradossalmente, gli effetti della [sentenza n. 269/2017](#) potrebbero rivelarsi addirittura contrari rispetto a quelli prospettati dalla Corte. Infatti, non può escludersi a priori che i giudici nazionali, per non vedersi "strappato" il proprio sindacato diffuso di conformità della norma nazionale rispetto alle norme europee *self-executing* – quali potrebbero essere determinate disposizioni della Carta – ricorreranno sempre più frequentemente al criterio dell'interpretazione conforme, con il rischio di

in relazione agli articoli 24, 111 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'articolo 6 CEDU e con riferimento all'art. 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo in Italia con la legge 25 ottobre 1977, n. 881, nonché in relazione agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimenti all'articolo 47 CDFUE; in ordine all'articolo 187-*sexies* T.U.F., introdotto dall'articolo 9, comma 2, lett. a), della legge 18 aprile 2005 n. 62 – nella parte in cui esso assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell'illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto illecito – in relazione agli articoli 3, 42, e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'articolo 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, nonché agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimenti agli articoli 17 e 49 CDFUE.

⁵¹ Cfr. D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269/2017: prove pratiche di applicazione*, in [Questione Giustizia](#), 12 marzo 2018.

⁵² Cfr. A. GUAZZAROTTI, *op. cit.*

⁵³ Cfr. D. TEGA, *La sentenza n. 269/2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2017.

⁵⁴ Cfr. A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 5 febbraio 2018.

una imprudente manipolazione della norma-oggetto e della norma-parametro. In tale contesto, un importante ausilio a evitare pronunce eccessivamente scostanti dalle tradizioni costituzionali e dall'indirizzo dominante sarà fornito dalla giurisprudenza, con la sua incessante opera di consolidamento di diritti e principi.

Antonio Ruggeri

La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*

SOMMARIO: 1. “L'essenziale è invisibile agli occhi”: la dignità tra autodeterminazione del soggetto e oggettività costituzionale, e l'ausilio prestato al fine del suo riconoscimento da *consuetudini culturali* diffuse e radicate in seno al corpo sociale. – 2. La dignità quale “metadiritto”, stella polare che guida al riconoscimento dei nuovi diritti fondamentali, sorretta e alimentata dalla coppia dei doveri fondamentali di solidarietà e fedeltà alla Repubblica. – 3. Chi e come può far luogo al riconoscimento della dignità e, in genere, dei diritti fondamentali? (In ispecie, il ruolo di centrale rilievo esercitato dal c.d. “dialogo” tra le Corti quale strumento privilegiato della emersione delle consuetudini culturali riguardanti l'una e gli altri, della loro stabilizzazione e dell'incessante rinnovamento). – 4. I mille volti della dignità, nei più varî ambiti materiali di esperienza e con specifico riferimento alle esperienze d'inizio e fine-vita. – 5. Al tirar delle somme.

1. “L'essenziale è invisibile agli occhi”: la dignità tra autodeterminazione del soggetto e oggettività costituzionale, e l'ausilio prestato al fine del suo riconoscimento da *consuetudini culturali diffuse e radicate in seno al corpo sociale*

Forse di nessun altro concetto, come quello di dignità, si è dispiegato in seno alla scienza giuridica ed alle scienze umano-sociali in genere un ventaglio così ampio di definizioni, prospettate già in tempi molto risalenti e via via fatte oggetto di una laboriosa ed incessante opera di rifacimento teorico¹, al punto che non pochi studiosi, proprio a motivo del loro numero considerevole e crescente, sono infine approdati alla sponda opposta, concludendo nel senso che nessuna definizione potrebbe darsene che non sia fatalmente avvolta da una irrimediabile ambiguità, vacuità e persino – si è detto – stupidità²: la dignità, insomma, si porrebbe a mo' di “contenitore” al quale attingere a piacimento ciò che più aggrada, siccome dotato di pressoché inesauribili capacità generative di sensi.

In realtà, l'orientamento pessimista ad oltranza si risolve, a conti fatti, nell'altro, connotato da un ipersoggettivismo esasperato, che rimette la determinazione della nozione a ciascun soggetto che, in modo esclusivo ed insindacabile, sarebbe abilitato a stabilirla per se stesso e portarla a realizzazione

* Testo rielaborato di un intervento al Corso di alta formazione su *I nuovi diritti*, organizzato dall'ANM - sede decentrata di Bari, 4 giugno 2018, e al Corso su *70° anno della Costituzione. “La Carta dei valori”*, organizzato dall'ANM - sede di Salerno, 22 giugno 2018.

¹ Riferimenti in A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità*. Un'introduzione, Aracne, Roma 2007, 19 ss.; P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia 2009; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Passigli, Firenze 2010, 19 ss.; A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2010; R.D. GLENSY, *The right to Dignity*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2011, 65 ss.; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014, 13 ss.; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 247 ss.; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*², Giappichelli, Torino 2018, 68 ss.

² Così, secondo la pittoresca qualificazione che ne ha dato S. PINKER, *The stupidity of dignity*, in *The new Republic*, 28 maggio 2008, richiamato anche da B. SGORBATI, *La dignità umana tra diritto internazionale, fondamenti storico-filosofici e prospettive nell'ambito del biodiritto*, in *Biolaw Journal*, 2/2017, 72, in nt. 4; la “poliedricità” del concetto è, tra gli altri, rilevata, oltre che dalla stessa Sgorbati, in *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, a cura di M. Bellocci - P. Passaglia, al [sito telematico](#) della Corte costituzionale, 2007; A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, ESI, Napoli 2012 e, della stessa, *Dignità. Le contraddizioni*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, Giappichelli, Torino 2016, 1785 ss., e, pure *ivi*, G. ZAGREBELSKY, *Dignità e orrore*, 2635 ss.; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 315 ss.; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 127 ss., ma *passim*. In prospettiva giusfilosofica, v. la sintetica ma densa rappresentazione della pluralità delle accezioni via via prospettate della dignità che è in F. VIOLA, *Dignità umana*, in *Enc. fil.*, III (2006), 2863 ss.; v., inoltre, E. RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Giappichelli, Torino 2014, e, ora, G. TURCO, *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Giappichelli, Torino 2017, e AA.VV., *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, a cura di V. Marzocco, Giappichelli, Torino 2018.

senza soffrire limitazioni o condizionamenti di sorta³, specie in alcune esperienze di vita di particolare rilievo, quali quelle relative all'inizio o alla fine della vita stessa⁴; e si tratta allora di stabilire se un siffatto indirizzo, che è metodico prima ancora che teorico-ricostruttivo, risulti fondato e se dunque possa (e, se sì, fino a che punto) legittimamente aspirare ad affermarsi.

La tesi che tenterò qui di argomentare è che la dignità, per un verso, preceda e giustifichi l'autonomia del soggetto, senza nondimeno con essa confondersi, e però, per un altro verso, si ponga a limite della stessa⁵. Il che, in buona sostanza, equivale a dire che il punto di vista soggettivo riveste, innegabilmente, un cruciale rilievo nelle vicende di vita individuali e collettive ma che esso non può ambire alla propria "tirannica" affermazione, sì da potersi persino rivoltare contro se stesso, risolvendosi nella sua stessa negazione.

È assiomatica e afflitta da una contraddizione insanabile, a mio modo di vedere, l'idea secondo la quale la dignità non potrebbe essere protetta nei riguardi dello stesso soggetto che, brandendola come un'arma, la punta contro se stesso al dichiarato fine di annientarla. Una tesi, questa, che è argomentata col rilievo che, a ritenere altrimenti, verrebbe menomata l'autodeterminazione del soggetto e la dignità pertanto si commuterebbe in un disvalore giuridico⁶. Un ragionamento, questo, che però, a parer mio, si avvolge in se stesso, muovendo dall'assunto – tutto da dimostrare – secondo cui l'autodeterminazione non potrebbe andare incontro a limiti⁷ e che in essa appunto la dignità interamente si risolverebbe⁸. Un siffatto modo di vedere le cose si espone, tuttavia, ad una pronta

³ Si suole, al riguardo, fare richiamo alla densa riflessione contenuta nella *Oratio de hominis dignitate* di Pico della Mirandola (v., di recente, G. TURCO, *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, cit., 97 ss.). Si faccia caso al fatto che l'autore da cui ho preso a prestito il secondo frammento del titolo di questa mia riflessione, S. RODOTÀ, ha senza esitazione alcuna rimesso all'insindacabile autodeterminazione del soggetto la definizione di ciò che è e di ciò che non è "degnò". Questa, infatti, la lapidaria affermazione posta in coda al cap. VII del suo *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013, 210 (con richiamo ad una indicazione di Seelmann): "La vita degna di essere vissuta, allora, è quella che la persona autonomamente costruisce come tale. Non vi sono vite 'indegne' fuori da quelle che altri pretendono di costruire al nostro posto, violando così il diritto all'autorappresentazione e alla competenza a orientarsi nel mondo" [sul pensiero di Rodotà, ora, i contributi che sono in *BiolaW Journal*, 1/2018, e *ivi* part. S. ZULLO, *Il diritto di avere "nuovi" diritti nell'età della tecnica. La filosofia del diritto di Stefano Rodotà*, 189 ss., nonché i contributi al convegno su *Stefano Rodotà: la cultura del diritto*, Università "La Sapienza" di Roma, 18 maggio 2018].

⁴ Su di esse ci si soffermerà specificamente sul finire di questa riflessione. Si faccia, nondimeno, caso sin d'ora al fatto che la stessa legge sul c.d. testamento biologico, la n. 219 del 2017 (cui si farà più avanti richiamo), sembra tenere distinta – perlomeno *secundum verba* – la dignità rispetto all'autodeterminazione del soggetto, già a partire dal disposto di cui all'art. 1, c. I, tra l'altro ammettendo espressamente il caso che le disposizioni anticipate di trattamento rilasciate dal soggetto possano in talune circostanze essere disattese.

⁵ Ancora di recente, anche R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in questa *Rivista, Studi 2018/I*, spec. 224 ss. (e 228, per il riferimento testuale che subito segue), ha fatto notare che la dignità si pone, a un tempo, quale "espressione massima della libertà (*recte*, autodeterminazione) dell'individuo e limite all'autonomia del medesimo soggetto". In argomento, ora, anche D. PROVOLO, *L'identità genetica nella tutela penale della privacy e contro la discriminazione*, Padova University Press, Padova 2018, 130 ss.

L'alternativa tra la dimensione soggettiva e quella oggettiva della dignità costituisce da tempo oggetto di animate dispute tra gli studiosi (riferimenti, in V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Rivista AIC*, 2/2013, 7 giugno 2013, e, dello stesso, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, spec. 119 ss., e, ora, F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*², cit., 61 ss. e, dalla prospettiva del diritto internazionale, P. DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, in *Dir. um. dir. int.*, 3/2017, 573 ss.).

⁶ Così, tra gli altri, G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2/2008, 380 s., cui si richiama ora anche A. BONOMI, *Libertà morale e accertamenti neuroscientifici: profili costituzionali*, in *BiolaW Journal*, 3/2017, 150 e nt. 47; nella stessa *Rivista*, v., poi, M. PERIN, *Valorizzare la dignità della persona nelle «norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»*, 125 ss., spec. 127.

⁷ Così, invece, non è (e non può essere), secondo quanto ha da tempo mostrato la più sensibile dottrina (di recente, A. SPADARO, *I "due" volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, cit., 2296 ss.).

⁸ Sui nessi tra dignità e autodeterminazione, v., part., C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2012, 60 ss., e, dello stesso, con specifico riguardo alle esperienze di fine-vita, di cui si dirà, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2018, 3 ss. Non

obiezione, sol che si consideri che, se ciascuno di noi potesse sempre fare ciò che vuole⁹, non esisterebbero regole o limiti di sorta, né etici né giuridici né di altro genere, e la stessa libertà di autodeterminazione si snaturerebbe in licenza o arbitrio.

Circoscrivendo ora l'esame al solo ambito giuridico (e rimandando ad altri studi per l'approfondimento di altri punti di vista, a partire da quello etico), che la dignità abbia una sua dimensione e connotazione *anche* di tipo oggettivo è dimostrato *per tabulas* dai riferimenti ad essa fatti in Carte costituzionali e documenti normativi in genere, specie laddove attraverso di essa si mettono a fuoco relazioni interpersonali giuridicamente rilevanti. Tralasciando per il momento i richiami a Carte dei diritti diverse dalla nostra Costituzione, che nondimeno saranno ripresi a breve, basti solo considerare il riferimento fattovi nell'art. 36, I c., laddove – come si è tentato di mostrare altrove¹⁰ – è di tutta evidenza che l'apprezzamento della sufficienza (o, diciamo pure, ragionevolezza) della retribuzione del lavoratore al fine di assicurare a quest'ultimo e alla sua famiglia un'"esistenza libera e dignitosa"¹¹ non può essere rimesso in modo esclusivo e insindacabile allo stesso soggetto, richiedendo piuttosto di poggiare su dati oggettivi e, per quanto possibile, non controvertibili. Una conclusione, questa, che non può non valere per gli altri casi in cui la dignità gode di esplicito riferimento, a partire da quello contenuto nell'art. 3 della Carta costituzionale, ovvero è da questa presupposta¹².

Insomma, né il punto di vista soggettivo né quello oggettivo possono puntare, insensatamente, ad affermarsi in modo pieno l'uno sull'altro. Così reimpostata la questione, rimane tuttavia insoluto il cuore della stessa, trattandosi quindi di stabilire, con sufficiente approssimazione al vero, dove si situi il punto di equilibrio, di "bilanciamento", tra la componente soggettiva e quella oggettiva della dignità. La qual cosa, soprattutto in alcune spinose vicende di vita, si presenta di assai ardua e non poco impegnativa e sofferta determinazione.

È dunque innegabile che la strada che porta alla meta di una definizione (o, meglio, come subito si dirà, percezione) della dignità complessivamente appagante, rispettosa – perlomeno fino a un certo punto – del volere del soggetto e però pure in linea col riconoscimento normativo della stessa quale bene oggettivamente apprezzabile, appare essere assai erta, specie ove dovesse darsi credito alla riserva teorica di una sensibile dottrina, a cui opinione della dignità risultano "indeterminati il perimetro, i margini, la definizione"¹³. Ciò non toglie che il tentativo di metterne a fuoco il *Begriffskern* debba essere posto in essere, specie ove si tenga ferma l'avvertenza dianzi fatta, secondo cui il pessimismo ad oltranza, che poi si converte nei fatti in un vero e proprio nichilismo, si presta ad essere strumentalmente piegato all'obiettivo di non porre intralcio alcuno all'autodeterminazione del soggetto; ed è chiaro che la dignità, con la carica etica (e, per ciò stesso, come si dirà a momenti, deontica) che la anima e pervade, può dare fastidio a quanti invece si mostrano insofferenti nei ri-

si trascuri tuttavia l'avvertenza di un'accreditata dottrina secondo cui l'autodeterminazione può, specie in talune sofferte vicende della vita, tradursi in comportamenti lesivi della dignità [ancora di recente, G.M. FLICK, *Considerazioni sulla dignità*, Intervista rilasciata ad A. D'Aloia per conto di *Biolaw Journal*, 2/2017, 8, che riprende e precisa ulteriormente alcune indicazioni date nel suo *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015; v., inoltre, M. REICHLIN, *La discussione sulla dignità umana nella bioetica contemporanea*, in *Biolaw Journal*, 2/2017, 93 ss.].

⁹ ... e prescindendo ora dalla peculiare condizione dei soggetti che non sono in grado di autodeterminarsi e che perciò – a stare alla tesi qui non accolta – godrebbero di una dignità loro comunque... *imposta*.

¹⁰ ... nel mio *Dignità versus vita?*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 29 marzo 2011, spec. al § 4.

¹¹ Sulle discordanti letture di cui la formula costituzionale è stata fatta oggetto indicazioni possono aversi da C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, Torino 2013. In argomento, ora, G. BARCELLONA, *Della forma dell'acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 30 marzo 2018, spec. al § 3.

¹² La qual cosa, dunque, rimanda all'analisi dei singoli disposti costituzionali e ai peculiari significati di ciascuno di essi al fine della complessiva messa a punto del concetto e del rilievo che il singolo ordinamento positivo gli riconosce (sul punto, v., part., V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, cit.). È pur vero, tuttavia, che – come lo stesso B. chiaramente afferma – la dignità, più di qualunque diritto costituzionale, esibisce una naturale, irriducibile "eccedenza assiologica", tale da non consentirne l'ingabbiamento entro schemi teorici frutto di pur raffinate operazioni interpretative che però fatalmente ne soffocherebbero la irrefrenabile vocazione a portarsi oltre i meri dati testuali.

¹³ R. BIN, *Dignità umana e biodiritto*, in *Biolaw Journal*, 2/2017, 3.

guardi dei lacci e condizionamenti in genere discendenti dal dettato costituzionale, nella sua più elevata e densa espressione.

Il vero è che “l’essenziale è invisibile agli occhi” – secondo la mirabile e lapidaria affermazione contenuta ne *Il piccolo principe* – e, però, ugualmente... c’è, dovendosi pertanto produrre ogni sforzo possibile al fine di coglierlo ed apprezzarlo: un “essenziale” che *si intuisce*¹⁴, anche se non *si definisce*, non si può spiegare e descrivere in tutta la sua abbagliante bellezza.

A quanti hanno opposto il rilievo che, con la definizione, possa smarrirsi “qualcosa della sua ricchezza” si può (e deve) replicare, con la più avvertita dottrina, che “se dovessimo espungere tutti i concetti ambigui o polisemici o vaghi o comunque non suscettibili di definizione univoca, ci resterebbe ben poco di cui (e con cui) parlare”¹⁵. La messa a fuoco del concetto, nelle sue plurime e varie applicazioni a casi della vita parimenti diversi tra di loro, nondimeno può giovare del soccorso prestato da *consuetudini culturali di riconoscimento* della essenza della dignità, secondo quanto ha peraltro luogo, a mio modo di vedere, in occasione e al fine della messa a punto dei principi (e, per ciò che qui più da presso importa, dei diritti) fondamentali¹⁶.

2. La dignità quale “metadiritto”, stella polare che guida al riconoscimento dei nuovi diritti fondamentali, sorretta e alimentata dalla coppia dei doveri fondamentali di solidarietà e fedeltà alla Repubblica

Il rapporto che viene a costituirsi tra la dignità e i diritti fondamentali¹⁷ appare essere assai complesso, di mutua alimentazione. L’una, infatti, illumina il percorso che porta al riconoscimento dei secondi¹⁸, ne orienta la garanzia e la implementazione in genere nell’esperienza; allo stesso tempo, però, da essi si tiene e per il loro tramite incessantemente si riconferma e rinnova¹⁹.

La dignità appare poi essere oggetto peculiare di un diritto (alla dignità, appunto), che nondimeno presenta carattere *riflessivo*, *autogeno*, ponendosi a fondamento e limite dello stesso. Come è stato detto da un’accreditata dottrina, è “l’assoluto costituzionale”²⁰, la “bilancia” sulla quale si dispongono i beni della vita (e, perciò, in primo luogo gli altri diritti fondamentali) meritevoli di tutela

¹⁴ Sulla dignità quale “nozione intuitiva”, v. B. JORION, *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d’une règle morale dans le droit positif*, in *Rev. dr. publ.*, 1999, 215, cui si richiama anche F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*², cit., 61 e nt. 2.

¹⁵ D. NERI, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e in biodiritto*, in *Biolaw Journal*, 2/2017, 84, per la prima espressione, e 86, per la seconda (la distanza del mio pensiero da quello di N. può, nondimeno, vedersi dagli svolgimenti argomentativi che subito seguono nel testo).

¹⁶ Raguagli sul punto possono aversi dal mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in AA.VV., *Cos’è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 337 ss., nonché in questa *Rivista, Studi 2016/II*, 263 ss.

¹⁷ Avverto che d’ora innanzi, per brevità, ometterò il più delle volte, per scorrevolezza dell’esposizione, di fare menzione dell’aggettivo qualificativo, intendendolo sottinteso nel sostantivo.

¹⁸ ... secondo quanto è, peraltro, avvalorato da una cospicua giurisprudenza (riferimenti, di recente, in A. PIROZZOLI, *Dignità. Le contraddizioni*, cit., 1790 ss., che si sofferma con esempi sulla “forza espansiva della dignità”, e G. TURCO, *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, cit., spec. al cap. II).

¹⁹ La “fondamentalità” dei diritti fondamentali – è stato rilevato da una sensibile dottrina (M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 3163 ss.) – sta proprio nel loro essere strumenti necessari alla realizzazione della dignità.

²⁰ Un esplicito riconoscimento di siffatta sua proprietà si ha – com’è noto – nella Costituzione tedesca, per le note ragioni legate all’esperienza nazista e al fatto bellico (sulle origini del riferimento alla dignità nel *Grundgesetz*, v., tra gli altri, F. BERARDO, “La dignità umana è intangibile”: il dibattito costituente sull’art. 1 del *Grundgesetz*, in *Quad. cost.*, 2/2006, 387 ss.; P. BECCHI, *La dignità umana nel “Grundgesetz” e nella Costituzione italiana*, in *Ragion prat.*, 38/2012, 25 ss.; V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, cit.; I. RIVERA, *La dignità umana come valore costituzionale e come diritto fondamentale*, in AA.VV., *Cos’è un diritto fondamentale?*, cit., 328 ss.; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*², cit., 61 ss.); come si viene dicendo, però, la proprietà stessa non fa difetto né nella nostra né in altre Carte dei diritti che, per il solo fatto di essere tali, non possono non prendere atto di siffatto, irripetibile modo di essere della dignità.

al fine del loro reciproco bilanciamento secondo i casi²¹.

È proprio qui che si coglie l'essenza del primo dei diritti che, prendendo a prestito l'efficace espressione di S. Rodotà, cui ho già fatto poc'anzi richiamo, è quello di avere... *diritti*: un diritto (o, forse meglio, un "metadiritto") che, per un verso, trae senso e giustificazione proprio dalla dignità e, per un altro verso, a questa restituisce contenuti e valenze, nel momento stesso in cui da esso ogni altro diritto si tiene²². La relazione tra i diritti e la dignità è, dunque, di mutuo sostegno, nessuno dei due termini che la compongono potendo comunque fare a meno dell'altro. Così, d'altronde, è con riguardo al rapporto tra vita e dignità: la prima, infatti, precede e fonda la seconda, che senza di quella non avrebbe senso²³, ma la seconda illumina e qualifica la prima, la rigenera e, per ciò stesso, a sua volta, la fonda²⁴.

Che le cose stiano così come sono qui succintamente rappresentate si ha conferma muovendo dall'assunto che nella dignità si rispecchia e traduce la *humanitas* del soggetto, di ogni persona, la quale c'è solo se c'è la dignità²⁵. Ogni essere umano è diverso dagli altri; tutti, però, sono eguali, appunto in dignità.

²¹ La bella immagine della "bilancia" si deve, come si sa, a G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, al [sito telematico](#) dell'AIC (14 marzo 2008), e, dello stesso, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, 3 ss.; tra gli studiosi che invece considerano la dignità soggetta a bilanciamento, v. M. LUCIANI, *Positività, 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., del quale v. inoltre, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit., II, 1270 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.* 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.

²² In prospettiva storico-positiva, il diritto in parola può, poi, essere riguardato da un duplice angolo visuale, esterno e interno ad un ordinamento dato. Per l'uno, con specifico riferimento ad ordinamenti nei quali libertà ed eguaglianza (e, per ciò stesso, dignità) sono calpestati o misconosciuti, il diritto in parola resta confinato nella mera dimensione del diritto naturale, accompagnandosi alla speranza di un rovesciamento di un regime che non ha nella centralità della persona umana il perno dal quale stabilmente si tiene; per l'altro, con riguardo a regimi d'ispirazione liberale, si traduce nell'aspettativa di una effettiva e appagante tutela dei diritti già riconosciuti e nel riconoscimento di nuovi diritti.

²³ Si è, nondimeno, prospettata la esistenza di un diritto alla salvaguardia della dignità anche di coloro che non ci sono più, della loro memoria, a fronte di comportamenti che la calpestano, allo stesso tempo ledendo altresì la dignità di coloro che sono rimasti (G.M. FLICK, *Considerazioni sulla dignità*, cit., 11, a cui opinione il diritto alla memoria è "elemento di dignità di colui che sopravvive e di dignità di coloro che a lui sono legati"). A questo speculare è il diritto all'oblio che, nuovamente, può valere sia per chi c'è che per chi non c'è più [distingue tra la "opportunità" dell'oblio e la "necessità" della memoria S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 213 ss.; in tema, tra gli altri, M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, ESI, Napoli 2009; U. AMBROSOLI - M. SIDERI, *Diritto all'oblio, dovere della memoria. L'etica nella società interconnessa*, Bompiani, Milano 2017, e, con specifico riguardo alla rete, almeno, V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Egea, Milano 2016; E. STRADELLA, *Cancellazione e oblio: come la rimozione del passato, in bilico tra tutela dell'identità personale e protezione dei dati, si impone anche nella rete, quali anticorpi si possono sviluppare, e, infine, cui prodest?*, in *Rivista AIC*, 4/2016, 12 dicembre 2016; A. BARCHIESI, *La tentazione dell'oblio. Vuoi subire o costruire la tua identità digitale?*, FrancoAngeli, Milano 2016; S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Memoria e privacy nell'era digitale*, Giuffrè, Milano 2017; S. PIETROPAOLI, *La rete non dimentica. Una riflessione sul diritto all'oblio*, in *Ars interpretandi*, 1/2017, 67 ss.; A. VESTO, *La tutela dell'oblio tra intimità e condivisione senza filtri*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. Panella e S. Agosta, in corso di stampa per i tipi della Editoriale Scientifica, e, se si vuole, anche il mio [Dignità dell'uomo, diritto alla riservatezza, strumenti di tutela \(prime notazioni\)](#), in questa [Rivista, Studi 2016/III](#), 371 ss. Infine, in prospettiva comparata, A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli 2017, e, in prospettiva giusfilosofica, con specifico riguardo al problematico equilibrio tra trasparenza e segreto, M.G. LOSANO, *Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico*, in *Dir. pubbl.*, 3/2017, 657 ss.].

²⁴ Il carattere circolare del rapporto in parola è argomentato nel mio *Dignità versus vita?*, cit.

²⁵ Su quest'esito si registra una larga convergenza di vedute, anche tra cultori di discipline diverse (per tutti, M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 537 ss., spec. 559 ss.; all'idea, ivi enunciata, della dignità quale "soglia elementare universale" caratterizzante "l'umano" si è, tra gli altri, richiamato P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, cit., spec. 330 ss.; v., inoltre, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La dignità della persona come valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti i diritti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2010; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, cit., 9 ss.).

Giusta la premessa secondo cui la dignità è fondamento di ogni diritto²⁶, se ne ha che nessuna limitazione al godimento dei diritti può avere giustificazione se non nella dignità stessa, che è perciò *fine e confine* a un tempo di ogni diritto e di tutti assieme.

Se ne ha una emblematica rappresentazione negli artt. 13, IV c., e 27, II c., della Carta: in particolare, il categorico divieto di qualsivoglia forma di violenza fisica e morale nei riguardi delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale²⁷, per un verso, e, per un altro verso, il riferimento al “senso di umanità” delle pene²⁸ acquistano un valore altamente simbolico che si porta ben oltre l’ambito materiale in cui si situano le esperienze relative alla libertà personale, testimoniando che non può esservi salvaguardia della dignità senza rispetto della *humanitas* dell’uomo, di ogni essere umano, quale che sia il colore della sua pelle, il sesso o l’orientamento sessuale, la sua condizione sociale (nella più larga accezione), i suoi comportamenti. La qual cosa, poi, si rende particolarmente visibile in relazione alle persone maggiormente deboli ed esposte, sofferenti, bisognose.

Il senso di umanità che deve costantemente orientare ogni relazione interpersonale riceve, poi, una particolarmente significativa, emblematica, conferma nell’ambito sociale in cui in una consistente misura si realizza la personalità dell’uomo, la famiglia, quale formazione sociale primigenia connotata dall’eguaglianza “morale”, prima (e più ancora) che giuridica, dei coniugi, la sola specie di eguaglianza insuscettibile di soffrire limitazione alcuna²⁹, proprio perché ne risulterebbe altrimenti pregiudicata la dignità della persona³⁰. Il senso di umanità, poi, in seno alla famiglia si smarrisce, pur laddove non se ne abbia piena consapevolezza, in presenza di comportamenti lesivi della integrità psico-fisica (e, di riflesso, morale) dei soggetti maggiormente vulnerabili, i minori, laddove fatti oggetto di gratuite violenze³¹.

²⁶ Istruttiva, al riguardo, la spiegazione relativa all’art. 1 della Carta di Nizza-Strasburgo che esordisce con la lapidaria affermazione secondo cui “la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali” e che “non può pertanto subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto” (a *La costruzione giuridica della dignità umana* è dedicato il commento di tale articolo ad opera di G. ALPA, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, 15 ss.).

²⁷ Con riferimento alla libertà morale della persona, v., ora, A. BONOMI, *Libertà morale e accertamenti neuroscientifici: profili costituzionali*, cit. Il divieto di cui all’art. 13 cost. va, poi, riconsiderato alla luce di quello di trattamenti inumani e degradanti e di tortura, stabilito sia dalla CEDU che dalla Carta di Nizza-Strasburgo [riferimenti in V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna 2016, 159 ss.; S. NEGRI, *Violenze, maltrattamenti ed abusi commessi dalle forze dell’ordine (artt. 2 e 3 CEDU)*, 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, 115 ss.; P. PUSTORINO - E. FRONZA, *sub art. 4*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., 73 ss. Con riguardo all’ordinamento italiano, tra i molti altri e di recente, v. P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni del dibattito istituzionale che ha condotto all’approvazione della legge che criminalizza la tortura*, in *Pol. dir.*, 3/2017, 415 ss.; A. BONOMI, *Qualche osservazione sul nuovo reato di tortura introdotto nell’ordinamento italiano dalla l. n. 110/2017 alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984: aspetti di diritto costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 1/2018, 23 aprile 2018; A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017*, in *Quad. cost.*, 2/2018, 389 ss.].

²⁸ Sul principio di umanizzazione della pena, per tutti, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*², Editoriale Scientifica, Napoli 2014, spec. 35 ss.

²⁹ ... secondo quanto già da tempo segnalato dalla più avvertita dottrina (G. SILVESTRI, *Brevi note sull’eguaglianza “morale” dei coniugi*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano 1973, 75 ss.; cfr., inoltre, sul punto, P. PERLINGIERI, *Sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Dir. e giur.*, 1974, 485 ss.; M. BESSONE, *Eguaglianza “morale” dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Riv. not.*, 1975, 729 ss. e, dello stesso, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, art. 29-34, *Rapporti etico-sociali*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma 1976, 1 ss.; F. CAGGIA - A. ZOPPINI, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, I, Utet, Torino 2006, spec. 611 ss.; M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*², FrancoAngeli, Milano 2016, 145 ss.).

³⁰ Si coglie qui in modo davvero emblematico quell’“assolutezza” della dignità, di cui un momento fa si diceva. La naturale refrattarietà dell’eguaglianza morale a subire limitazione alcuna fa, infatti, tutt’uno con l’assolutezza della dignità: in quella si traduce e rispecchia fedelmente questa, nella sua essenza significante e formidabile capacità espressiva.

³¹ Si pensi solo alle vicende particolarmente dolorose che vedono per protagoniste le bambine sottoposte a mutilazioni degli organi genitali, alle quali le stesse molte volte acconsentono allo scopo di non sentirsi escluse dal contesto

Non è, dunque, possibile operare discriminazione alcuna tra le persone sotto il profilo della dignità, al cui godimento tutte hanno in pari misura diritto; la stessa idea di “misura” mal si adatta ad un bene che misura non ha, proprio perché incommensurabile. Un esito, questo, apprezzabile non già al mero piano teorico-astratto ma più ancora a quello delle esperienze concrete di vita, che porta naturalmente a non distinguere, per l’aspetto ora considerato, la condizione dello straniero da quella del cittadino o di una persona rispetto ad un’altra, in base al sesso o a qualsivoglia altro fattore di natura sociale³².

Di qui, anche l’impossibilità di “pesare” la dignità di cui si gode nei vari ambiti materiali di esperienza, tentando di stabilire dove se ne abbia di più e dove di meno, per la elementare ragione che essa o c’è o non c’è. È pur vero, tuttavia, che la Carta si fa cura di fare taluni espliciti riferimenti ad ambiti – come dire? – particolarmente “sensibili”, nei quali cioè si sono storicamente avute gravi e non più tollerabili mortificazioni della dignità, quale appunto quello della famiglia o l’altro del lavoro. Non a caso, come si segnalava poc’anzi, proprio da quest’ultimo si ha una particolarmente significativa indicazione idonea, a un tempo, ad orientare la percezione della dignità e, in genere, a cogliere l’essenza dei diritti fondamentali, dei quali si è in altri luoghi prospettata la definizione in termini di bisogni elementari dell’uomo senza il cui appagamento l’esistenza dell’uomo stesso non sarebbe – come si diceva – “libera e dignitosa”³³.

Si ha così conferma che la dignità non soltanto si pone quale fondamento e limite dei diritti provvisti di esplicito riconoscimento in Costituzione ma anche quale stella polare nella ricerca dei nuovi diritti, in svolgimento della pregnante indicazione contenuta nell’art. 2 e a completamento e sostegno dei vecchi diritti³⁴.

È interessante notare che senza il riconoscimento prima e la tutela poi dei nuovi diritti l’esistenza dell’uomo non sarebbe, come invece dev’essere, “libera e dignitosa”; e, venendo meno questi attributi, verrebbe meno la stessa Costituzione che – come sappiamo dalla pregnante indicazione dataci dalla Dichiarazione dei diritti del 1789 – ha proprio nel riconoscimento delle libertà il suo tratto più

culturale di appartenenza [in tema, *ex plurimis*, G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Quad. cost.*, 3/2007, 567 ss.; A. RANDAZZO, *Reato di mutilazioni genitali femminili e perdita automatica della potestà genitoriale (Profili costituzionali)*, in questa *Rivista*, *Studi 2014* (17.03.14), e L. BELLUCCI, *sub art. 3*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., 69 ss.]. Pur laddove dovesse infatti fare difetto, in esse e nei loro genitori, ogni intento offensivo della dignità, quest’ultima ne soffrirebbe comunque senza riparo: a conferma del fatto che essa, per un verso, non si identifica ed esaurisce sempre e comunque con l’autodeterminazione del soggetto e, per un altro verso, pur laddove si contestualizzi, possiede comunque – come si vedrà meglio a breve – un suo “nucleo duro” a valenza universale.

³² Testuale e non ancora colto nella sua pienezza, nelle sue molteplici e dense implicazioni, il riferimento alla “pari dignità sociale” fatto nell’art. 3 della Carta [a riguardo del quale, tra gli altri, G. FERRARA, *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, II, Giuffrè, Milano 1974, 1089 ss.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2007, 67 ss.; A. GUZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, in AA.VV., *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Armando, Roma 2011, 196 ss.; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli 2011; M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale. Appunti per una lezione*, in *Lex social*, 2/2013. Infine, in prospettiva penalistica ma con considerazioni di generale respiro, D. PROVOLO, *L’identità genetica nella tutela penale della privacy e contro la discriminazione*, cit., 102 ss.].

³³ V., nuovamente, il mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, cit. Efficacissimo un pensiero di papa Francesco, espresso nel corso della udienza generale del 14 ottobre 2015, nel quale lapidariamente si afferma che il lavoro “fa parte del piano di amore di Dio” ed “è un elemento fondamentale per la dignità di una persona. Il lavoro, per usare un’immagine, ci ‘unge’ di dignità, ci riempie di dignità” (mio, ovviamente, il corsivo).

³⁴ Forse, non è inopportuno osservare che l’“invenzione” di nuovi diritti, da alcuni vista come una minaccia per i vecchi, comunque obbligati a soggiacere a bilanciamenti con essi (su di che, ancora da ultimo, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., spec. 55 ss.), si pone quale una risorsa preziosa, imperdibile, per gli stessi diritti tradizionali, tutti avendo bisogno di alimentarsi e rigenerarsi a vicenda, sorreggendosi specie nelle più spinose esperienze di vita individuale e collettiva. Altra questione, poi, alla quale si farà cenno tra non molto, è a chi e come compete far luogo al riconoscimento – ché di questo propriamente si tratta, dovendosi dar voce a quelle consuetudini culturali diffuse e radicate nel corpo sociale, di cui si diceva – dei nuovi diritti.

direttamente e genuinamente espressivo³⁵. Insomma, una Costituzione adeguata ai tempi e che voglia – secondo la propria indisponibile vocazione – durare nel tempo³⁶, dando voce ai più avvertiti bisogni dell’uomo, o è “aperta”, in fatto di riconoscimento dei diritti, oppure semplicemente non è³⁷. E, invero, la migliore conferma di siffatto carattere posseduto dal catalogo dei diritti fondamentali è data proprio dal fatto che la Costituzione e l’intero ordinamento sulla stessa fondato sono calati, immersi, in un contesto soggetto a continuo divenire, in seno al quale si offrono opportunità un tempo impensate di realizzazione della personalità di ciascun essere umano ma anche si annidano insidie micidiali, subdole, che possono portare allo stesso abbruttimento dell’uomo, allo snaturamento della sua identità.

La “pietrificazione” dei diritti fondamentali, nel senso della loro riduzione ai soli diritti espressamente nominati nella Carta, sarebbe dunque una contraddizione in termini, un autentico ossimoro costituzionale, facendo a pugni con la “fondamentalità” stessa dei diritti fondamentali, vale a dire col loro essere necessari, per un verso, all’affermazione della *humanitas* della persona e, per un altro verso, alla trasmissione dell’ordinamento costituzionale nel tempo.

Si coglie qui il cruciale rilievo del riferimento a quelle consuetudini culturali di riconoscimento, cui poc’anzi si faceva cenno. Da un punto di vista ancora più ampio, i confini della c.d. “materia” costituzionale possono essere fissati a modo unicamente facendo capo alle consuetudini in parola, così come è sempre grazie alle stesse che può essere portato alla luce quanto v’è di più profondo e radicato nel corpo sociale, diffusamente avvertito come indispensabile per un ordinato svolgimento delle esperienze di vita individuali e collettive.

D’altro canto, precipuo compito della teoria costituzionale, per la rappresentazione datane dalla più accreditata dottrina (e, segnatamente, dal fondatore della scienza del diritto pubblico in Italia, V.E. Orlando³⁸), è – secondo una tradizione che affonda le sue radici già nel diritto romano³⁹ – quello di disvelare e sistemare, in forma di principi (più e prima ancora che di regole), quanto si trova negli strati più profondi del corpo sociale⁴⁰ ed è perciò avvertito come costitutivo della costituzione *in senso materiale*⁴¹.

Chi si accinga a siffatto, arduo compito, nondimeno, non è lasciato solo con se stesso; dispone di

³⁵ È ovvio che si fa qui riferimento alle sole esperienze degli ordinamenti di tradizioni liberali, restando comunque impregiudicata la questione se sia, o no, appropriato trasporre l’idea di Costituzione consegnataci dai rivoluzionari francesi e mirabilmente espressa nell’art. 16 della Dichiarazione del 1789 anche ad ordinamenti e a contesti culturali assai distanti da quello in cui essa è maturata.

³⁶ Sulla dimensione temporale dell’esperienza costituzionale, v., almeno, T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale* (1977), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 477 ss.; P. GIOCOLI NACCI, *Il tempo nella Costituzione*, Cedam, Padova 1984; M. D’AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1992, 39 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2009.

³⁷ Come si vede, la mia posizione è esattamente antitetica rispetto a quella di R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 55 ss.

³⁸ Del Maestro palermitano, v., almeno, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. giur.*, 1889, ora in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano 1940, spec. 18, e *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1951, ora in *Scritti giuridici vari (1941-1952)*, Giuffrè, Milano 1955, 19; v., inoltre, gli ulteriori ed originali svolgimenti teorici dovuti al suo più autorevole allievo, S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, in *Annuario dell’Università di Modena*, 1907, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano 1969, 163, e *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, ora in ID., *Prolusioni e discorsi accademici*, Società Tipografica Modenese, Modena 1931, 21 ss.

³⁹ Ho fatto riferimento al debito di gratitudine espressamente manifestato nei riguardi dell’esperienza romanistica dalla pubblicistica a cavallo tra fine ottocento e primo novecento nel mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull’una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 12 dicembre 2017, spec. al § 1.

⁴⁰ Ancora oggi, peraltro, un’autorevole dottrina (P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017) ha tenuto a rimarcare questa funzione di mero “disvelamento” spettante al diritto positivo e alla scienza giuridica [sul pensiero di G., v., ora, O. ROSELLI, *L’invenzione del diritto (Considerazioni a margine di un recente libro di Paolo Grossi)*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 1/2018, 23 marzo 2018].

⁴¹ È appena il caso di avvertire che la formula è qui adoperata in un’accezione non coincidente con quella datavi da C. Mortati e dai suoi epigoni.

una bussola, anzi di una luce che ne orienta e illumina il cammino, costituita dall'azione sinergica esercitata da due doveri: solidarietà e fedeltà alla Repubblica, intesa quest'ultima nella sua più densa e comprensiva accezione, che la vuole riferita all'etica pubblica repubblicana e al patrimonio di valori che ne danno l'essenza e l'identità⁴².

Il punto è molto importante; e dimostra che la percezione della dignità non può fare a meno del riferimento ai doveri suddetti. Ancora una volta, il rapporto che s'intrattiene tra di essi e la dignità è di mutua, circolare alimentazione. Senza solidarietà e fedeltà alla Repubblica non può aversi dignità⁴³ ma senza di questa neppure quelle hanno pratico senso. La qual cosa, poi, rende, per la sua parte, testimonianza della carica deontica posseduta dalla dignità, una carica che a mia opinione è peraltro propria degli stessi diritti fondamentali in genere⁴⁴, offrendo così una particolarmente istruttiva indicazione a riguardo del fatto che l'autodeterminazione del soggetto non è (e non può essere) "tutto".

Diritti e doveri fondamentali possiedono ed esprimono una vocazione diacronica: sono, cioè, fondamentali, nella più densa accezione, proprio perché stanno a base dell'ordinamento e della società e valgono ad assicurarne non soltanto il fisiologico svolgimento nel tempo presente ma anche la integra trasmissione nel tempo a venire; e, realizzando se stessi, imprimono una spinta formidabile all'intero ordinamento di appartenenza perché possa a sua volta realizzarsi. Un diritto vantato da chi è oggi in vita richiede di essere custodito come si deve proprio perché può essere un diritto anche di coloro che verranno⁴⁵, fermo restando che la naturale evoluzione del vivere in società può

⁴² In argomento, dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, v., part., l'approfondita analisi di A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2014, del quale v., ora, anche *sub art. 54*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, a cura di F. Clementi - L. Cuocolo - F. Rosa - G.E. Vigevani, Il Mulino, Bologna 2018, 345 ss. Quanto, poi, alla solidarietà, v., almeno, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, e, dello stesso, *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Giappichelli, Torino 2007, 3 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 305 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in Costituzionalismo.it, 1/2016, 20 aprile 2016, 1 ss.; P. CHIARELLA, *Società a solidarietà limitata. Lo Stato sociale in Europa*, in *Pol. dir.*, 4/2017, 689 ss.; altri riferimenti possono aversi dai miei *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 2/2017, 18 maggio 2017, e [Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio](http://RivistaAIC.it), in questa [Rivista](http://RivistaAIC.it), [Studi 2017/III](http://Studi2017/III), 445 ss.

⁴³ Della dignità come "espressione e frutto di solidarietà" discorre G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, cit., 64 ss. E, invero, solidarietà e fedeltà sono – a me pare (*Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in Dirittifondamentali.it, 15 aprile 2014, 11) – la dignità *in action*; ed è proprio in quest'ultima che si rispecchia ed esalta il valore della fraternità, nella sua più densa e pregnante accezione (riferimenti in I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: 'come se' fossimo fratelli*, Jovene, Napoli 2011, e F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova Editrice, Roma 2012, nonché, in prospettiva giusfilosofica, in E. RESTA, *Il racconto della fraternità*, in Costituzionalismo.it, 1/2016, 111 ss.).

⁴⁴ Il punto è stato rimarcato più volte, a partire da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; in specie, si è tentato altrove di argomentare l'idea secondo cui l'ideale costituzionale si realizza e appaga appieno nel momento in cui, specie nelle più impegnative e travagliate vicende di vita, si riesca a coniugare armonicamente il massimo della libertà col massimo della solidarietà (così, nel mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in Federalismi.it, 17/2013, 28 agosto 2013, § 2.3).

⁴⁵ ... oltre che – come si è detto – di coloro che non ci sono più. D'altro canto, come si ricorderà, è proprio nella congiunzione inscindibile della generazione presente alla passata e alla futura che sta l'essenza del *demos*, la sua identità, la vocazione a proiettarsi nel tempo (sui diritti delle generazioni future, tra gli altri, R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, FrancoAngeli, Milano 2008; AA.VV., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco e A. D'Aloia, Jovene, Napoli 2008; AA.VV., *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, a cura di F. Astone - F. Mangano - A. Romano Tassone - F. Saitta, Rubbettino, Soveria Mannelli 2010; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 0/2010, 13 ss.; G. MAJORANA, *Il patto fra generazioni negli ordinamenti giuridici contemporanei. Dallo sviluppo sostenibile all'equilibrio finanziario: la necessità di un lungimirante rapporto fra generazioni*, Giappichelli, Torino 2012; A. RAUTI, *La persona umana fra totalitarismo e Stato costituzionale. Prime riflessioni*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, cit., 1927 ss. Infine, D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino 2017).

portare – come si è venuti dicendo – alla emersione di nuovi diritti.

Così è pure per i doveri.

L'esempio della salvaguardia dell'ambiente è assai indicativo in tal senso: abbiamo tutti, a titolo sia individuale che collettivo, il diritto e il dovere allo stesso tempo di prenderci cura dell'ambiente, lo dobbiamo a noi stessi e a coloro che non ci sono ancora. Non facendolo, verrebbe irrimediabilmente incisa, fino al punto di smarrirsi e disperdersi, la dignità: di noi stessi e degli altri⁴⁶.

Come si vede, la “colla” che tiene unita la generazione presente a quella che non c'è più o non c'è ancora è proprio la dignità. La memoria del passato⁴⁷, specie di quello più doloroso in cui si è assistito a comportamenti offensivi della dignità posti in essere da uomini trasformati in bestie feroci⁴⁸, illumina il presente, dà a quest'ultimo insegnamenti preziosi, che non possono (e non devono) essere dimenticati; allo stesso tempo in cui aiuta alla comprensione del presente, prepara ed orienta il futuro, spingendo con vigore ad adeguare i comportamenti in società alle aspettative specie dei soggetti più vulnerabili e bisognosi. La dignità, insomma, è causa efficiente, fondamento e fine della solidarietà e della fedeltà alla Repubblica; queste, però, a loro volta rigenerano ed alimentano quella.

Questa conclusione è, a mia opinione, generalizzabile, nessun diritto che possa autenticamente fregiarsi del titolo selettivo di “fondamentale” potendosi affermare che non sia anche un dovere o, comunque, che non presenti – come si diceva – una intrinseca, indisponibile carica deontica.

3. Chi e come può far luogo al riconoscimento della dignità e, in genere, dei diritti fondamentali? (In specie, il ruolo di centrale rilievo esercitato dal c.d. “dialogo” tra le Corti quale strumento privilegiato della emersione delle consuetudini culturali riguardanti l'una e gli altri, della loro stabilizzazione e dell'incessante rinnovamento)

Si pone, a questo punto, la spinosa e per più aspetti inquietante questione, sopra lasciata in sospeso, relativa ai luoghi e ai modi coi quali far luogo al riconoscimento dei diritti fondamentali e, per ciò pure, all'apprezzamento dei casi nei quali può trovarsi coinvolta, messa a rischio, calpestata la dignità.

La storia del costituzionalismo c'insegna che i diritti fanno tutt'uno – come si diceva – con la Costituzione: dove vi sono quelli c'è pure questa, perché senza di quelli questa non può vivere, esattamente come un essere umano cui manchi l'aria. Ed esattamente come l'aria la dignità non si vede ma si sa che v'è e che non può farsene a meno.

Si diceva poc'anzi che, al fine di portarla ad emersione e metterla a fuoco, prezioso appare essere il riferimento a consuetudini culturali di riconoscimento dei diritti, specie dei nuovi che risultano sprovvisti di riferimenti costituzionali testuali. Ma a chi spetta siffatta opera di trascrizione delle consuetudini in parola, la cui delicatezza non richiede di essere provata?

In altri luoghi si è argomentata la tesi secondo cui, in un ordinamento di tradizioni liberali, non si può (o, meglio, non si potrebbe...) fare comunque a meno dell'opera qualificatoria prestata dal legi-

⁴⁶ Un riferimento alla lesione della dignità conseguente alla mancanza di rispetto nei riguardi della natura è, ora, in G.M. FLICK, *Considerazioni sulla dignità*, cit., 11. Lo stesso potrebbe dirsi per ciò che attiene al rispetto degli esseri viventi diversi dalle persone [un'accezione larga di dignità è in A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Giuffrè, Milano 2012 e, ora, in IÑIGO DE MIGUEL BERIAIN, *Dignidad ¿humana? Por un concepto de dignidad disociado de la especie humana*, in *Biolaw Journal*, 2/2017, 51 ss.; l'auspicio volto alla introduzione di una disciplina legislativa che dia voce alla “dignità animale” è stato, ancora di recente, rinnovato da F. RESCIGNO, *Audizione resa il 30 novembre 2017 innanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati concernente diversi Progetti di legge in materia di tutela degli animali*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3/2017, 2 dicembre 2017].

⁴⁷ Su di che, per tutti, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, 1/2009, 7 ss., e, ora, A. MASTROMARINO, *Stato e memoria. Studio di diritto comparato*, FrancoAngeli, Milano 2018.

⁴⁸ Penso qui – com'è chiaro – soprattutto ai crimini compiuti durante il secondo conflitto bellico; lo snaturamento della dignità ha però – com'è noto – tristissime ed emblematiche conferme pure nel nostro sofferto presente, secondo quanto testimoniano, ad es., i fatti di terrorismo o le decapitazioni di prigionieri innocenti videotrasmesse.

slatore, in particolare – a mio modo di vedere – dal legislatore costituzionale, dal quale dovrebbe venire la prima e più vigorosa spinta idonea ad avviare un complesso ed impegnativo processo cui sono chiamati a partecipare, con ruoli distinti e responsabilità parimenti diverse, plurimi attori istituzionali⁴⁹. D’altro canto, quale migliore garanzia può aversi della fedele ricezione delle consuetudini in discorso di quella che può venire da atti normativi venuti alla luce con una procedura aggravata, che fa presumere un largo e convinto consenso di esponenti politici di opposto schieramento⁵⁰?

Mi sono altresì più volte dichiarato dell’idea che al primo riconoscimento posto in essere con legge costituzionale debba quindi seguire quello offerto con legge comune, la quale nondimeno dovrebbe essa pure guardarsi dallo scendere in eccessivi dettagli, tanto più se connotati da divieti, che fatalmente poi si scontrerebbero con la varietà dei casi e richiederebbero pertanto continui e defaticanti temperamenti ad opera del giudice, ora per via interpretativa ed ora a mezzo della riscrittura dei testi da parte della Corte costituzionale⁵¹. Insomma, una legislazione – come suol dirsi⁵² – “mite” o “leggera”, che si esprima essenzialmente *per principia*, appare essere la ricetta giusta al fine di dare l’ottimale appagamento ai diritti e alla dignità, specie laddove si tratti di diritti particolarmente “sensibili” allo sviluppo scientifico e tecnologico che naturalmente porta non di rado alla “falsificazione” dei dati precedentemente acquisiti, accompagnata dalla prospettazione di nuovi dati, essi pure non di rado precari⁵³.

Al riconoscimento operato dalle leggi è quindi chiamata a legarsi, come gli anelli di un’unica ca-

⁴⁹ Della opportunità di un congruo aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti sono persuaso da tempo (a partire da *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in *Rendiconti degli anni 2007-2008* dell’Accademia delle Scienze dell’Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Bononia University Press, Bologna 2009, 215 ss., nonché in *Studi in onore di P. Grossi*, II, Giuffrè, Milano 2012, 1103 ss.) e vado sempre di più radicandomi in questo mio convincimento, per plurime ragioni la cui esposizione ci porterebbe troppo oltre l’*hortus conclusus* entro il quale questa riflessione è tenuta a contenersi.

⁵⁰ È una presunzione che, nondimeno, ammette la prova del contrario, secondo quanto è peraltro testimoniato da innovazioni costituzionali, anche di rilievo (quale quella che ha portato al rifacimento del Titolo V) venute alla luce a colpi di maggioranza. Rimane, ad ogni buon conto, la risorsa costituita dallo strumento referendario a dare, il più delle volte, conferma della bontà della “razionalizzazione” delle consuetudini culturali suddette ad opera degli atti di revisione.

⁵¹ Lo strumento dell’interpretazione conforme, dal quale pure possono aversi benefici di non poco rilievo per i diritti e la dignità, si presta tuttavia, come tutte le armi, a plurimi utilizzi, tra i quali v’è anche quello del rifacimento mascherato della sostanza normativa racchiusa negli enunciati legislativi, con evidente stravolgimento dei ruoli istituzionali. Purtroppo, carenze e reticenze del legislatore naturalmente incoraggiano quest’esito da molti e variamente deprecato.

⁵² Tra gli altri, v. 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*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti Costituzionali*, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal*, 3/2015, 168; nella stessa *Rivista*, A. D’ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, 1/2016, 105 ss., e, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D’Amico - L. D’Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 257 ss., nonché in *Federalismi.it*, 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4. Da ultimo, M. PICCINI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *Biolaw Journal*, 1/2018, spec. 12 ss., e R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell’art. 5 del codice civile?*, cit., spec. 235 ss. Sulla tutela dei diritti tra legislatore e giudici, da ultimo, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 25 ss.

⁵³ Più lentamente hanno invece luogo lo sviluppo e la maturazione di una nuova o rinnovata coscienza sociale, pur non facendo difetto il riscontro in essa, anche a corta distanza di tempo, di mutamenti significativi. Si ricordi qui, per tutte, la nota vicenda dell’adulterio, segnata da due pronunzie contrastanti della Consulta – [la n. 64 del 1961](#) e [la n. 126 del 1968](#) – adottate l’una dopo soli sette anni dall’altra, facendosi poggiare il *revirement* giurisprudenziale proprio sulla presunta evoluzione della coscienza sociale. Il caso ha, giustamente, fatto scalpore, ma i riferimenti alla evoluzione della coscienza sociale nella giurisprudenza costituzionale non sono in più occasioni mancati (in tema, di recente, N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 21 novembre 2017).

tena, la *tutela* offerta dai giudici, a mezzo di un'attività che non di rado non è meramente *applicativa* bensì *attuativa* delle previsioni legislative⁵⁴, siccome risultante da regole forgiate in svolgimento dei principi somministrati dal legislatore e, non di rado, dalle stesse Corti costituzionali, materialmente intese⁵⁵.

Tutto questo secondo modello. Sappiamo, però, che non poche volte i giudici si sono trovati investiti di un ruolo di “supplenza” – com'è usualmente chiamato – che, come ha avuto modo di evidenziare lo stesso giudice delle leggi per bocca del suo Presidente, appare essere “non richiesta e non gradita”⁵⁶. Si dà tuttavia (e va sempre di più prendendo corpo e diffondendosi) un fattore di garanzia della bontà dei riconoscimenti dei diritti e della dignità posti in essere *ope juris prudentiae*, vale a dire della loro fedeltà a quelle consuetudini culturali cui si è ripetutamente fatto richiamo; ed è dato dal c.d. “dialogo” tra le Corti (in ispecie tra quelle europee e le nazionali, costituzionali e non), quale fattore, a un tempo, di stabilizzazione e di rinnovamento e, per ciò stesso, di mutuo controllo: un controllo culturale appunto, al quale è da assegnare uno speciale rilievo proprio laddove abbia per protagonisti giudici avverso le cui pronunzie non possa aversi alcuna impugnazione⁵⁷.

Una conferma del ruolo di prima grandezza giocato dal “dialogo” quale strumento privilegiato di emersione e rappresentazione delle consuetudini suddette viene dalle c.d. “tradizioni costituzionali comuni” per il cui tramite le consuetudini stesse prendono forma e ricevono una sintesi particolarmente accreditata ed efficace per bocca della Corte dell'Unione, che nondimeno allo scopo si avvale altresì delle indicazioni offerte dalla Corte di Strasburgo per un verso, dalle Corti nazionali per un altro⁵⁸. A questo flusso ininterrotto di suggestioni e sollecitazioni che vanno e vengono dal piano

⁵⁴ Ho molte volte insistito su questa precisazione, che considero non meramente linguistica bensì concettuale, a fronte della tesi, patrocinata da un'accreditata dottrina, che invece riduce ed appiattisce il ruolo della giurisdizione alla mera *applicazione* del diritto legislativo [così, part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 10 ottobre 2014].

⁵⁵ Faccio ora specifico riferimento ai casi in cui questa o quella Corte europea per l'un verso, la Corte costituzionale per l'altro, emettano pronunzie di principio (ad es., una decisione-pilota ovvero un'additiva di principio), sollecitando quindi i giudici comuni alla loro specificazione-attuazione a mezzo delle regole congeniali alle singole vicende processuali.

La tendenza viepiù marcata delle Corti europee a conformarsi quali Corti materialmente costituzionali è rilevata, con varietà di accenti, da una crescente dottrina [tra gli altri, 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; O. POLLICINO - V. SCARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti e V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; 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 A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.].

⁵⁶ Del Presidente G. ZAGREBELSKY è la efficace affermazione, fatta in occasione della conferenza stampa del 2004, seppur con riferimento ad un ambito di esperienza, quello della mancata attuazione legislativa della revisione costituzionale del Titolo V posta in essere nel 2001, non specificamente riguardante i diritti e le forme del loro riconoscimento e della tutela ma – com'è chiaro – ugualmente (e con ancora più gravi effetti) per esso valevole.

⁵⁷ Riferimenti alla giurisprudenza europea relativa alla dignità possono ora aversi da R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, cit.; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, cit.; L. PEDULLÀ, *La dignità della persona nel prisma delle giurisdizioni*, in *Ann. dir. cost.*, Bononia University Press, Bologna 2017, 125 ss.; P. DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, cit., 579 ss.

⁵⁸ Il perdurante rilievo delle tradizioni in parola, pur dopo la positivizzazione dei diritti per il tramite della Carta di Nizza-Strasburgo, è rimarcato da una sensibile dottrina [tra gli altri, 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, e 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 intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L.

europeo a quello nazionale, peraltro, partecipano in modi plurimi a variamente incisivi altresì i giudici comuni, dai quali molte volte parte l'impulso che dà modo a una Corte costituzionale, nazionale o europea che sia, di pronunziarsi, disvelando diritti nuovi e mettendone nondimeno a punto l'assetto in relazione alle peculiari esigenze dei casi. Sono proprio questi giudici, poi, a porsi quali i terminali delle stesse operazioni di giustizia costituzionale *in senso materiale*⁵⁹, su di essi sovente scaricandosi tensioni e contraddizioni veicolate dal “dialogo” intergiurisprudenziale e ad essi quindi spettando di dare quell'*attuazione*, più che la mera *applicazione*, dei verdeti delle Corti costituzionali, di cui poc' anzi si diceva. Un compito di estrema delicatezza, che impegna mente e coscienza a un tempo⁶⁰, al quale coloro che somministrano giustizia non possono comunque sottrarsi.

Il “dialogo” intergiurisprudenziale assolve, poi, ad una peculiare funzione, ponendosi quale risorsa preziosa al fine di contenere, se non proprio fugare del tutto, il rischio che i massimi garanti si commutino innaturalmente – si è detto in altri luoghi – in *poteri costituenti permanenti* e, perciò, che, anziché *servire* – come sempre dovrebbero – la Costituzione e le altre Carte, *se ne servano*, sia pure al fine di dare appagamento a beni della vita meritevoli di protezione. La qual cosa acquista un particolare rilievo proprio laddove si abbia a che fare con nuovi diritti, privi di testuale riscontro in Costituzione e nelle stesse Carte aventi origine esterna (che alle volte si presentano *temporis ratione* aggiornate rispetto a quelle venute alla luce all'indomani del secondo conflitto bellico⁶¹), e, segnatamente, in relazione alle vicende processuali nel corso delle quali è espressamente chiamata in campo la dignità. Ed è superfluo qui evidenziare che il rischio di usi sia riduttivi o deformanti che eccessivi e fuori di luogo o – diciamo pure – inflazionistici dei beni della vita meritevoli di tutela (e della dignità sopra ogni altro)⁶² può ancora più efficacemente essere parato laddove la soluzione apprestata ai casi si presenti quale il frutto maturo su cui convergano più Corti (sovranazionali e nazionali, costituzionali e comuni), piuttosto che l'“invenzione” originale e persino eccentrica di un solo operatore di giustizia. E di ciò, proprio con riguardo alle questioni di biodiritto e, segnatamen-

D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e *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.; cfr., inoltre, M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Oss. eur., dicembre 2017; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1073 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017, e, da ultimo, G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco” tra revirements e questioni irrisolte*, in questa *Rivista, Studi 2018/II*, 347 ss., e G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, 11/2018, 23 maggio 2018]. Se n'è avuta, d'altronde, come si sa, tangibile riprova con il caso *Taricco*, per i riferimenti fatti sia dalla Corte costituzionale che dalla Corte dell'Unione alle tradizioni in parola.

⁵⁹ ... fermo restando, ad ogni buon conto, che avverso le pronunzie dei giudici comuni possono attivarsi meccanismi di garanzia, in aggiunta a quelli tipici dei gravami interni all'ordine al quale essi appartengono, presso le stesse Corti costituzionali (nell'accezione materiale sopra adottata).

⁶⁰ ... secondo quanto è stato opportunamente evidenziato dalla più avvertita dottrina [tra gli altri, R. CONTI, in molti scritti, tra i quali, in forma organica, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, dello stesso, *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, nonché, ora, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, cit.; AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit.; AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit.; AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti - V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; AA.VV., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016. Infine, P. RESCIGNO - S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Il Mulino, Bologna 2018, e A.C. NAZZARO, *Discrezionalità legislativa e ruolo del giudice nella nuova dimensione (bio)etica della famiglia*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 31 gennaio 2018].

⁶¹ Così, per ciò che qui maggiormente importa, con riferimento alla Carta dell'Unione, secondo quanto si segnalerà meglio a momenti con esempi.

⁶² Avverte del rischio di un uso “retorico” e “pervasivo” della dignità P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, cit., 335 ss.

te, a quelle maggiormente sensibili allo sviluppo scientifico e tecnologico si sono avute numerose e significative testimonianze.

È questo, infatti, l'ambito materiale di esperienza su cui si registrano, comprensibilmente, le maggiori incertezze, i veri e propri scontri di vedute, le più ampie oscillazioni sia nella giurisprudenza che, in genere, nella cultura (giuridica e non) quale viene incessantemente a formarsi e a rinnovarsi nel corpo sociale.

Di tutto ciò, le stesse Carte di più fresca elaborazione portano il segno.

Si pensi, ad es., alle indicazioni offerte dalla Carta di Nizza-Strasburgo in merito alla dignità, non casualmente posta in testa alla originale sistematica adottata dai redattori di tale documento e, però, fatta oggetto di riduttiva descrizione; e ciò, se si conviene, anche alla luce di quanto si è fin qui venuti dicendo, che la dignità non si riduce unicamente ai (o si appunta esclusivamente sui) diritti ad essa riportati dalla Carta stessa⁶³. La qual cosa, poi, dà conferma che, forse, la soluzione positiva maggiormente adeguata a rendere testimonianza della dignità è proprio quella adottata dalla Carta tedesca o da altre Carte, come quella greca, che vi fanno richiamo unicamente con disposti di principio, che si dispiegano a ventaglio nella massima ampiezza, sì da potersi far valere per ogni ambito materiale e a sostegno e giustificazione di ogni diritto. E il vero è che anche per la dignità si ha ciò che vale per i principi fondamentali dell'ordinamento: la positivizzazione, per un verso, li serve e valorizza, dando loro modo di inverarsi nell'esperienza giuridica e di lasciare in essa il segno della loro formidabile capacità di qualificazione; per un altro verso, però, fatalmente li impoverisce, non riuscendo il linguaggio né costituzionale né legislativo (e normativo in genere) a renderne se non in parte il senso, a darne appunto la compiuta e fedele rappresentazione, nella loro cristallina purezza e bellezza⁶⁴. Tanto più, poi, ciò si ha per la dignità: il valore dei valori o, come si è altrove detto⁶⁵, il valore "superconstituzionale", idoneo ad espandersi e ad affermarsi per ogni dove, fin negli angoli più reconditi dell'ordinamento e dell'esperienza.

Ne dà, peraltro, conferma la giurisprudenza che, negli ambiti materiali più varî, vi ha fatto (e senza sosta vi fa) richiamo, con una specifica attenzione – e *pour cause* – proprio ai soggetti più deboli, esposti, vulnerabili: le prostitute, i malati, i detenuti, coloro che hanno subito violenze carnali o di altro genere, i minori, le donne, gli omosessuali, i portatori di *handicap*, i pensionati, e via dicendo⁶⁶.

4. I mille volti della dignità, nei più varî ambiti materiali di esperienza e con specifico riferimento alle esperienze d'inizio e fine-vita

Una verifica a tutto campo, ovviamente qui impossibile da fare, darebbe conferma dei mille volti che la dignità assume nelle vicende più varie della vita, restando ad ogni buon conto sempre eguale a se stessa, nella sua intima e irripetibile natura.

Si considerino, solo per un momento, le esperienze d'inizio e fine-vita: esperienze solo in parte

⁶³ Resta, nondimeno, il significato che viene dal messaggio inviatoci dalla Carta in parola, vale a dire che è proprio in relazione alle vicende di vita e questioni più direttamente toccate dallo sviluppo scientifico e tecnologico che la dignità può trovarsi sotto *stress*, richiedendo pertanto di essere come si conviene salvaguardata.

⁶⁴ Sui limiti strutturali ai quali soggiace il linguaggio della Costituzione e degli strumenti in genere (normativi e non) di cui si avvale la pratica giuridica, v., per tutti, AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa University Press, Pisa 2016.

⁶⁵ ... a partire da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit. Hanno, tra gli altri, ripreso questa indicazione C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino 2011, 239 ss., e L. PEDULLÀ, *La dignità della persona nel prisma delle giurisdizioni*, cit., spec. 157 ss.

⁶⁶ Assai istruttivo, al riguardo, il quadro che, con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, ne danno M. BELLOCCI - P. PASSAGLIA, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, cit.; altri riferimenti, anche in prospettiva comparata, in M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, 121 ss., spec. 154 ss., e R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, cit.

speculari, come tali suscettibili di esame congiunto⁶⁷. In realtà, si dà una differenza di fondo tra le esperienze in parola che le rende – perlomeno, oltre una certa soglia – non accostabili tra di loro: una differenza, per vero, ignorata o, come che sia, sottovalutata da non poca dottrina, in nome di quella malintesa accezione di dignità, di cui si diceva, che la vuole in buona sostanza coincidente con la piena e insindacabile autodeterminazione del soggetto. Ed è che le une esperienze portano alla nascita di una vita umana, alle volte – come subito si dirà – a mezzo di procedure che in talune circostanze dovrebbero considerarsi impraticabili, mentre le altre esperienze portano allo spegnimento della vita stessa.

Qui, è il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa. Mettere sullo stesso piano o, diciamo pure, considerare di egual peso o rilievo ciò che preserva la vita con ciò che invece la anienta è metodicamente, prima ancora che teoricamente, sbagliato. Né vale, come invece talora si fa ricorrendo ad un autentico sofisma, opporre che la decisione di porre fine alla propria o addirittura all'altrui esistenza⁶⁸ è pur sempre un atto di vita, un modo di vivere⁶⁹. Nessun argomento, per fineamente rappresentato in termini teorici che sia, può portare a negare l'evidenza costituita dal fatto

⁶⁷ Richiamo qui solo gli studi di S. AGOSTA, del quale, tra i molti contributi offerti al tema, v., almeno, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, cit., e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012.

⁶⁸ Mi riferisco, in particolare, a coloro che decidono per altri, com'è accaduto nel caso Englaro e, in genere, in circostanze in cui il soggetto che perde la vita non è in grado di autodeterminarsi. Taccio, poi, di far ora cenno ai casi, a quanto pare molto frequenti, in cui ad un adulto perfettamente in grado di autodeterminarsi sono nascoste le proprie condizioni di salute ed a decidere per lui (ad es., se sottoporlo a trattamento chirurgico o chemioterapico) sono i parenti più prossimi, in nome di una *pietas* che tuttavia meriterebbe di essere con somma oculatezza e prudenza verificata di volta in volta. Particolarmente drammatici sono, poi, i casi riguardanti i minori, specie in tenera età, la cui soluzione – quale che sia – lascia comunque in bocca il sapore di amaro che è proprio di ogni cocente sconfitta (in argomento, F. VENTURI, *Il principio dei best interests of the child nel caso Gard tra paternalismo, autonomia e indeterminazione*, in Federalismi.it, Focus Human Rights, 3/2017, 29 dicembre 2017, e, da ultimo, R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, cit., spec. 246 ss.).

⁶⁹ Si è soliti – come si sa – fare una sottile distinzione tra il “lasciarsi morire” e il sopprimersi con un'azione da cui discenda l'effetto immediato e diretto dello spegnimento della vita. Una distinzione che, invero, ha una sua ragion d'essere, sol che si ammetta – come devesi – che nessuno può essere obbligato a curarsi o legato *manu militari* ad un tavolo operatorio e che perciò abbia il diritto di autodeterminarsi in merito sia all'*an* che al *quomodo* preservare la propria salute e la stessa esistenza. Ed è proprio in ciò che rinviene giustificazione la disciplina, lungamente attesa e finalmente venuta alla luce (con la legge n. 219 del 2017, cit.), relativa alle disposizioni anticipate di trattamento [a commento, tra i molti altri, B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova 2018; U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova 2018, spec. 81 ss., e i contributi che sono in Biolaw Journal, 1/2018].

Ciò posto, tre cose sono tuttavia da tener presenti, prestandovi la massima considerazione.

La prima è che la distinzione in parola viene a prendere corpo su un terreno assai scivoloso, dimostrandosi in talune circostanze di problematico e incerto riscontro.

La seconda è che – come conferma la stessa legge n. 219, cit., all'art. 4, e si è già avuto modo di precisare – la volontà del soggetto, espressa attraverso le disposizioni di trattamento suddette, può essere del tutto o in parte disattesa dal medico in accordo con il fiduciario, al ricorrere di condizioni non sempre tuttavia di agevole riscontro.

La terza (e ancora più rilevante) è che, se si conviene in premessa che ogni vita umana è una risorsa preziosa, unica, imperdibile sia per il singolo che per la collettività e l'intera umanità, su ogni persona grava il dovere, morale prima ancora che giuridico, di restare in vita e – fin dove possibile – di curarsi, anche se scelte di segno opposto rimangono poi non “giustiziabili”: lo si deve a se stessi e anche agli altri (cfr, al mio punto di vista quello di recente manifestato da G. GEMMA, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in Rivista AIC, 2/2017, 19 giugno 2017, e, con riferimento ad una discussa pronuncia del tribunale costituzionale tedesco, M. BONINI, *Il rifiuto delle cure mediche, fra libertà costituzionali indifese e protezione aggressiva dello stato*, in Osservatorio Costituzionale AIC, 2/2017, 18 maggio 2017). Per quanto possa sembrare duro da digerire, infatti, anche da qui si apprezza il dovere di solidarietà gravante su ogni persona verso il consorzio sociale cui appartiene, che reclama di essere adempiuto pur tra mille sofferenze. È poi ovvio che occorre fare di tutto perché queste ultime siano – fin dove possibile – evitate o, come che sia, attenuate, ricorrendo agli strumenti che la scienza medica al riguardo mette a disposizione. Speculare al dovere di solidarietà gravante sullo stesso malato è, infatti, quello del medico e dei congiunti, sollecitati a prendersi cura di chi soffre, restando ad ogni buon conto esclusa ogni forma di accanimento terapeutico, che si risolverebbe in una gratuita tortura (su ciò, per tutti e di recente, R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, cit., spec. 244 ss.).

che la Costituzione e le Carte dei diritti in genere sono state pensate in funzione della salvaguardia della vita, oltre che della libertà e della dignità, non già della “non-vita”.

Discorrere – come pure usa fare una sensibile dottrina⁷⁰ – di una “dignità del morire” equivale a mettere assieme termini irriducibili, se si conviene a riguardo del fatto che la dignità presuppone e qualifica la vita, non la morte: è l’esistenza che la nostra e le altre Carte vogliono che sia “libera e dignitosa”, non la sua soppressione.

Confesso qui pure, dopo averne detto ripetutamente altrove⁷¹, di non riuscire a vedere neppure il minimo appiglio testuale nella legge fondamentale della Repubblica né in altri documenti normativi⁷² che consenta di dar spazio alla configurazione di un vero e proprio “diritto alla morte”, e segnatamente al suicidio assistito, così come invece c’è un diritto alla procreazione medicalmente assistita⁷³. Laddove, invece, potesse predicarsi la esistenza del diritto in parola, non soltanto sarebbero esenti da responsabilità i terzi che si presterebbero al fine di assicurarne l’appagamento ma – di più – potrebbe configurarsi un vero e proprio obbligo, discendente dal dovere di solidarietà, di cooperare all’affermazione del diritto stesso. Con il che – come si vede – verrebbe spianata la via per la stessa eutanasia attiva. E, invece, il suicidio è un *fatto*, un puro fatto, tristissimo per chi lo compie e dolorosissimo per chi resta, sovente schiacciato da sensi di colpa, fondati o infondati che siano: un *fatto*, non un *diritto* costituzionale; e, a dirla tutta, dubito molto che un domani esso possa essere in modo esplicito previsto, ammesso ma non concesso che vi sia una volontà degli operatori politico-istituzionali in tal senso, persino con legge costituzionale, se si conviene in premessa che la Costituzione è tutta quanta (e specie nella sua essenza) volta alla salvaguardia della persona umana, della sua vita e dignità.

Vedo un autentico capovolgimento dell’ordine giusto delle cose nel ragionamento fatto da una pur accreditata dottrina, secondo cui coloro che, come M. Cappato⁷⁴, accompagnano e assistono una persona che versa in condizioni di particolare sofferenza presso una clinica all’estero attrezzata per porre fine ad una esistenza martoriata dal dolore verrebbero in soccorso della dignità della persona stessa⁷⁵, la quale dunque sarebbe menomata dalla vita e salvaguardata dalla morte. Come si è venuti dicendo, infatti, la morte non può mai dimostrarsi servente nei riguardi della dignità; è, piuttosto, il gesto estremo che si compie per porre fine ad una esistenza di bassa e persino ridottissima *qualità*, che – è superfluo dover qui rammentare – è cosa ben diversa da quella.

La vita, poi, richiede sempre di essere protetta, pur laddove la sua venuta alla luce consegua a percorsi e pratiche inaccettabili.

Si pensi, ad es., alle numerose e non lievi questioni agitatesi in tema di procreazione assistita⁷⁶,

⁷⁰ V., di recente, L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., che pure si mostra avvertita della irriducibile ambiguità dell’espressione che subito segue nel testo. Precisioni sul punto in S. GAMBINO, *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell’art. 32 della Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2011, spec. al § 4; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, cit.; U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, cit.

⁷¹ Ad es., ne *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, a cura di M. Gensabella Furnari e A. Ruggeri, Giappichelli, Torino 2010, 307 ss., spec. 321 ss., nonché in *Forum di Quaderni Costituzionali*, aprile 2009.

⁷² La giurisprudenza europea, in particolare, da *Pretty c. Regno Unito* in poi, ha negato il riconoscimento da parte della CEDU di un “diritto di morire”, nella sua ristretta e propria accezione (riferimenti, da ultimo, in U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, cit., 135 ss.).

⁷³ ... sia pure entro alcuni limiti invalicabili, di taluno dei quali si dirà a momenti.

⁷⁴ Al momento in cui si consegna per la stampa questa riflessione si è in attesa del verdetto della Consulta sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Assise di Milano in relazione al disposto di cui all’art. 580 cod. pen. che punisce l’aiuto al suicidio.

⁷⁵ G.M. FLICK, *Considerazioni sulla dignità*, cit., 12.

⁷⁶ Nella ormai incontenibile letteratura, v., almeno, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, cit.; 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; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni AA.VV., La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, cit.; AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità*

in merito alle cui esperienze ad oggi residuano non pochi dubbi, per lo scioglimento dei quali etica e scienza, ciascuna per la propria parte, sono chiamate a venire in soccorso al diritto⁷⁷.

Ebbene, pochi dubbi dovrebbero residuare a riguardo del fatto che la maternità surrogata, laddove risulti provato che è frutto di un vero e proprio contratto a titolo oneroso, è ripugnante nei riguardi della dignità di colei che mette a disposizione di terzi dietro compenso il proprio ventre⁷⁸, come pure della dignità dei committenti e, forse più ancora, dello stesso nascituro, venuto alla luce per effetto di uno scambio con denaro. Non sono contrario, per principio, a siffatta forma di maternità per il caso opposto a quello ora in esame, che la veda quale il frutto di un dono, malgrado le obiettive difficoltà che ne accompagnano l'accertamento; mi dichiaro invece ostile, senza se e senza ma, alla mercificazione del corpo umano, assolutamente inconciliabile con la salvaguardia della dignità⁷⁹. La qual cosa, ad ogni buon conto, non toglie che ogni essere umano venuto alla luce, e per il

surrogata in una prospettiva costituzionale, a cura di S. Niccolai ed E. Olivito, Jovene, Napoli 2017; M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 12 marzo 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018.

⁷⁷ Quest'ultimo, nondimeno, come fa notare la più avveduta dottrina, non si alimenta mai parassitariamente dalla scienza ma la filtra ed orienta alla luce dell'etica, specie nelle sue espressioni raccolte e rappresentate dai principi costituzionali. Anche per l'aspetto ora considerato, si fa consigliare la soluzione di ordine generale dietro patrocinata che vuole le discipline legislative connotate da strutturale duttilità ed apertura di disposti, sì da rendersi disponibili a farsi fecondare dagli sviluppi della scienza, da essi alimentandosi e rigenerandosi semanticamente in modo ininterrotto.

⁷⁸ Così, ad es., [Corte cost. n. 272 del 2017](#). Ancora di recente, riferendosi alla offerta dell'utero da parte della donna, una sensibile dottrina è tornata a chiedersi: "Che tipo di autonomia è quella che invece di proteggere la sfera dell'integrità corporea da queste forme di vulnerabilità non fa altro che renderla vulnerabile al potere economico? Occorre tuttavia domandarsi anche che tipo di alternativa valida offrire per far fronte alla povertà..." (S. ZULLO, *Il diritto di avere "nuovi" diritti nell'età della tecnica*, cit., 205, in nt. 55).

⁷⁹ Maggiori ragguagli possono, volendo aversi da A. RUGGERI - C. SALAZAR, [«Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone](#), in questa *Rivista, Studi 2017/I*, 138 ss., con le ulteriori precisazioni che sono nel mio *La maternità surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *Genius*, 2/2017, 60 ss., e lett. *ivi*; nello stesso fasc. di questa *Rivista*, altri contributi; inoltre, tra i molti altri, v. B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Biolaw Journal*, 2/2014, 157 ss., e, nella stessa *Rivista*, M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, 2/2015, 89 ss.; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, 3/2015, 7 ss. e, ancora, i contributi che sono nel fasc. 2/2016; S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2015, 2 febbraio 2016; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come far cose con regole*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit., 211 ss., e, pure *ivi*, E. LA ROSA, *Surrogazione di maternità e "AA.VV., CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, cit., 717 ss.; A. LA SPINA, *La tutela dell'identità personale del nato all'estero con maternità surrogata*, in AA.VV., *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, a cura di M. Trimarchi - A. Federico - M. Astone - C. Cirao - A. La Spina - F. Rende - E. Fazio - S. Carabetta, Giuffrè, Milano 2017, 359 ss., spec. 371 ss.; AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit.; G. LUCCIOLI, [Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata](#), in questa *Rivista, Studi 2017/II*, 325 ss.; F. PARUZZO, *Status filiationis e assenza di legame genetico. La Corte d'Appello di Trento riconosce la validità del certificato di nascita di due gemelli nati in seguito al ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 2/2017, 21 luglio 2017; S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 79 ss., e, dello stesso, ora, *Tra fedele rappresentazione e deformanti raffigurazioni: il ritratto della dignità della gestante nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *paper*. Infine, A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, cit., spec. 103 ss.; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 15 febbraio 2018, e, nella stessa *Rivista*, G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, 9 marzo 2018; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2018, 2 aprile 2018; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2018, 148 ss., e i contributi al Convegno organizzato da [Genius](#) e svoltosi a Torino il 25 maggio 2018 su *La surroga-*

solo fatto appunto di essere nato, richieda sempre una speciale protezione, tanto più appunto se si tratta di un minore o di un soggetto comunque bisognoso di cure⁸⁰.

Si danno, tuttavia, vicende di vita in cui anche coloro che fanno commercio del proprio corpo non si privano della propria dignità, così come si danno casi di persone che lucidamente dispongono della propria vita senza smarrirla e, anzi, esaltandola al massimo grado.

Per l'un verso, si pensi alla condizione della donna che si prostituisce perché minacciata nella integrità del corpo e nella sua stessa vita o in quella di prossimi congiunti, una condizione che è ben diversa da quella di chi si prostituisce unicamente per disporre di denaro o gioielli e di quant'altro possa dare agiatezza economica: l'una persona, diversamente dall'altra non svende la propria dignità⁸¹. E però – si faccia caso – è ugualmente da tener fermo il principio per cui anche a colui che dispone della propria dignità va pur sempre garantito il godimento di quest'ultima, così come pieno rispetto nella dignità merita un criminale incallito e ogni essere umano, qualunque cosa di male abbia fatto⁸²; e ciò, per la elementare ragione che, facendo la dignità tutt'uno con la *humanitas* del

zione di maternità al centro della questione di genere. In prospettiva comparata, I. PARISI, *Utero surrogato: normative a confronto*, al [sito telematico](#) dell'Associazione Luca Coscioni (26 maggio 2015).

⁸⁰ Si spiegano in questa luce le soluzioni apprestate dalla legislazione e/o dalla giurisprudenza con riguardo alla condizione dei figli incestuosi o alla trascrizione in Italia di atti di nascita avvenuta all'estero col ricorso alla maternità surrogata o ad altre vicende in cui preminente appare essere l'interesse del minore [sul *best interest of the child*, v., tra i molti altri, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016. Sugli slittamenti semantici insiti nel concetto, v., part., 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 AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè - I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, rispettivamente, 467 ss. e 505 ss.; v., inoltre, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 90 ss.; 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*, [Studi 2016/II](#), 241 ss.; B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 5 marzo 2017; G. VANNONI, *L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione*, in questa *Rivista*, [Studi 2017/II](#), 298 ss.; AA.VV., *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, a cura di F. Preite - A. Cagnazzo, Giuffrè, Milano 2017; I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di "abuso" e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee*, in AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., 55 ss.; E. FAZIO, *Status filiationis e tutele dei figli non riconosciuti e non riconoscibili*, in AA.VV., *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, cit., 407 ss., spec. 420 ss.; D. ROSANI, *"The Best Interests of the Parents". La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *Biolaw Journal*, 1/2017, 109 ss.; i contributi al focus su *Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, in *GenIUS*, 2/2017; A. SCHILLACI, *La Corte costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all'estero: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, in *Diritti Comparati*, 18 gennaio 2018; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore*, cit.; G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli*, cit. Con specifico riguardo alla giurisprudenza della Corte dell'Unione, v., poi, L. RATTI, *sub art. 24*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 474 ss., e, pure *ivi*, V. PETRALIA, *sub art. 9*, spec. 194 ss.; quanto, infine, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, v., almeno, 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 A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano*, cit., 717 ss.].

⁸¹ Al riguardo, v., ora, la questione di legittimità costituzionale pendente in relazione al disposto di cui art. 3, I c., n. 4) prima parte e n. 8, l. n. 75 del 1958 (e, su di essa, la nota di A. BONOMI, [Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale](#), in questa *Rivista*, [Studi 2018/I](#), 123 ss., e A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3/2018, 26 marzo 2018, 153 ss.).

⁸² A giudizio di M. ZANICHELLI, *Il significato dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna 2007, 529, la dignità si identifica in "ciò che a nessun uomo deve essere negato, e ciò che a nessun uomo può essere inflitto"; anche per F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in AA.VV., *Colloqui sulla dignità umana*, a cura di A. Argiroffi - P. Becchi - D. Anselmo, Aracne, Roma 2008, 107 (al cui pensiero si è, da ultimo richiamato R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, cit., 228 e nt. 33), la dignità "non può es-

soggetto, ovunque vi sia una vita, una persona, lì la scintilla della dignità comunque non si spegne⁸³.

Per l'altro verso, si considerino i casi di coloro che sacrificano la propria vita per quella di altri⁸⁴: tutti santi per la Chiesa ed eroi per lo Stato.

Come si vede, le vicende di vita sono non di rado assai diverse l'una dall'altra, sicché ogni conclusione teorica che dovesse coltivare la pretesa di valere in modo indistinto, a carattere generale, si rivelerebbe fatalmente forzata, occultando i tratti peculiari e alle volte irripetibili di ciascuna di esse.

5. Al tirar delle somme

L'analisi condotta consente di fissare alcuni primi punti fermi, rimandando quindi per i loro ulteriori, conseguenti svolgimenti a riflessioni che richiedono altra e più congrua sede di questa.

Il primo è che ritenere di poter individuare alcuni campi materiali nei quali elettivamente si manifesta e svolge la dignità, così come operato dalla Carta di Nizza-Strasburgo, appare contrario alla natura di questa. Non si danno, non possono darsi confini, né interni né esterni all'ordinamento dato, invalicabili dalla stessa, per la elementare ragione che ovunque v'è la persona, ciascun essere umano nella sua irripetibile unicità, lì v'è la dignità ed essa pretende sempre di farsi valere. Né – come si è venuti dicendo – può farsi questione della “misura” in cui la stessa può essere appagata e preservata: o lo è oppure semplicemente non lo è; e non avendo misura, è di tutta evidenza che essa non può soggiacere a bilanciamento, che equivarrebbe nei fatti o a parziale tutela, all'incontro con altri beni della vita ugualmente meritevoli di protezione, o, addirittura, in talune esperienze, al suo pur momentaneo accantonamento per far posto a questi ultimi coi quali si trovi occasionalmente in conflitto⁸⁵.

In qualunque campo materiale nel quale allignano i diritti fondamentali e i doveri inderogabili (e, dunque, essi pure fondamentali⁸⁶) di solidarietà, lì la dignità lascia il segno marcato, indelebile, della sua presenza, illuminando e qualificando le esperienze di vita alle quali diritti e doveri partecipano. Questi ultimi, infatti, si tengono ed alimentano da quella, come da una fonte inesauribile dalla quale sgorga acqua purissima; allo stesso tempo peraltro, realizzandosi, la rigenerano e confermano, dandovi pratico senso, forma sempre varia e nondimeno uguale a se stessa, alla sua indescrivibi-

sere perduta da alcun essere umano, anche da quello più misero e sofferente o da quello più miserabile e abbruttito”; similmente si è dichiarato G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, cit., 57, a cui opinione essa “non deve essere ‘meritata’ dal singolo individuo e non può mai essere perduta, qualunque sia il comportamento tenuto”.

⁸³ Secondo una mirabile espressione di M.A. GLENDON, *Il fondamento dei diritti umani: il lavoro incompiuto*, ora in AA.VV., *Tradizioni in subbuglio*, a cura di P.G. Carozza e M. Cartabia, Rubbettino, Soveria Mannelli 2007, 98, “i diritti umani sono fondati sul dovere di ciascuno di portare a compimento la propria dignità, che a sua volta obbliga a rispettare la ‘donata’ scintilla di dignità presente negli altri, qualunque cosa costoro ne abbiano fatto”.

⁸⁴ Ad es., il pilota che perda il controllo dell'aereo e, potendosi salvare espellendosi dalla carlinga, scelga di restare al proprio posto nel disperato tentativo di far cadere l'aereo in mare o in aperta campagna al fine di non sacrificare con la propria la vita di altri; il prigioniero di guerra che si offra al posto di persone innocenti per essere passato per le armi; il poliziotto che si doni in ostaggio ai rapinatori o ai terroristi al posto di altri, affinché possano essere rimessi in libertà; la gestante che non si sottoponga a cure per non pregiudicare l'integrità o la stessa vita del figlio che porta in grembo, e via dicendo. Tutti esempi luminosi di come si possano mirabilmente coniugare dignità e vita, facendone un servizio ispirato a solidarietà nella sua più elevata, sublime espressione.

⁸⁵ Gli studi, numerosi e vari per orientamento e svolgimenti, nei quali si tratta del bilanciamento tra beni della vita rendono testimonianza del fatto che non poche volte lo stesso è... *diseguale*, portando al sacrificio di un bene a fronte di altri considerati meritevoli di prioritaria protezione. Quest'esito – come si viene dicendo – sarebbe inimmaginabile per la dignità. La stessa vita umana, che pure – come si è rammentato – presuppone e, per ciò stesso, *quodammodo* fonda la dignità, può a certe condizioni e in talune circostanze trovarsi esposta al rischio del suo sacrificio, mai però la dignità.

⁸⁶ Opportune precisazioni sul punto in A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 1/2006, 167 ss.

le essenza.

Il “diritto alla dignità”, infatti, come si è tentato di mostrare, è, a un tempo sempre uguale a se stesso e però sempre nuovo o rinnovato, specie nel presente contesto segnato, per un verso, da una integrazione sovranazionale avanzata, in seno alla quale si svolge un “dialogo” tra Corti da cui molti benefici si attendono i diritti e, in genere, gli interessi meritevoli di tutela, e, per un altro verso, da un impetuoso e sempre più accelerato sviluppo della scienza e della tecnologia che pure, per la sua parte, incide in considerevole misura sulla emersione di nuovi diritti e sulla salvaguardia in modi originali dei vecchi.

I bisogni elementari dell’uomo, d’altronde, si contestualizzano, storicizzandosi e positivizzandosi variamente⁸⁷: le consuetudini culturali, che ne danno testimonianza, si evolvono, manifestando una tendenza espansiva e sollecitando pertanto l’aggiornamento del catalogo dei diritti, alla cui messa a punto tutti gli operatori sono chiamati ad offrire il loro fattivo concorso, pur nella tipicità dei ruoli e delle responsabilità.

D’altro canto, non si pensi che il riconoscimento dei diritti operato da leggi e pronunzie dei giudici si ponga quale un mero disvelamento dei diritti stessi, specie dei nuovi, non poche volte dagli atti in parola venendo una spinta anche vigorosa sia per la formazione e maturazione di nuove consuetudini culturali che per l’aggiustamento di quelle preesistenti. La qual cosa, poi, risponde appieno al modo di essere della relazione complessa che viene ad intrattenersi tra diritto ed esperienza, *sollen* e *sein*, in ciascuno dei termini della stessa rinvenendosi traccia dell’altro, sì da non potersi tenere – se non fino ad un certo punto – reciprocamente, nettamente distinti.

In questo quadro, qui solo sommariamente rappresentato, può cogliersi ed apprezzarsi il modo con cui il diritto di avere diritti e la dignità si pongono l’uno di fronte all’altra, si calano nell’esperienza, la riconformano ed illuminano. Quello, infatti, è la prima, più diretta e qualificante proiezione di questa, la sua immagine più fedele: se non vi fosse il diritto in parola, come si è tentato di mostrare, non vi sarebbe l’uomo, il singolo uomo nella sua irripetibile unicità e l’intera umanità da tutti composta; e non essendovi l’uomo, non vi sarebbe neppure la Costituzione, l’idea di Costituzione venuta alla luce agli albori della vicenda liberale e quindi trasmessasi fino ai giorni nostri. Ma il diritto stesso resterebbe spento e sprovvisto di senso alcuno se a fondarlo e ad alimentarlo non vi fosse la dignità con la fiaccola sempre accesa ad illuminare il volto di ogni essere umano, a dargli conforto e a sorreggerlo, specie nelle sue maggiori difficoltà e i veri e propri travagli riservatigli dalla vita.

⁸⁷ Le loro vicende, come ha mostrato una sensibile dottrina, oscillano in modo inesausto, per effetto della loro congenita e congiunta vocazione alla “universalizzazione” ed alla storicizzazione (M. CARTABIA, *L’universalità dei diritti umani nell’età dei “nuovi diritti”*, cit., spec. 555 ss.).

Sabina Sturniolo*
The best interest of the child nella legge n. 219/2017

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *La disciplina recata dalla legge n. 219/2017 in tema di «minori e incapaci»*. – 3. *Il best interest sulla scorta dei precedenti europei* – 4. (segue) *I casi Gard e Evans*. – 5. *Il difficile compito di individuare l'interesse del minore nelle scelte di fine-vita*. – 6. *Conclusioni*.

1. Premessa

Uno degli interventi normativi, posti in essere alla fine della XVII legislatura, che più di altri ha fatto dubitare – fino al momento della sua definitiva approvazione – della reale possibilità di giungere in porto è stata sicuramente la l. n. 219/2017 recante «*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*». Com'è noto, si è trattato di un intervento normativo molto atteso, soprattutto da parte di quei settori (a dire il vero, sempre più estesi) dell'opinione pubblica che, ormai da anni, premono per il riconoscimento giuridico della volontà di chi si trova in una condizione di vita tale da non poter essere considerata degna di essere vissuta dallo stesso soggetto interessato¹.

Risalgono a più di dieci anni fa le prime vicende umane e giudiziarie², che in Italia hanno evidenziato il problema affrontato con la legge *de qua*, accendendo un dibattito che, nonostante il trascorrere degli anni e l'approvazione di una disciplina *ad hoc*, risulta ancora oggi alimentato da sentimenti troppo forti e contrapposti per potersi ritenere spento definitivamente. Queste situazioni, che obbligano comunque a «scelte tragiche»³, pongono problemi che inevitabilmente interessano l'etica, la scienza, la filosofia, il diritto e la religione. La complessità delle questioni sollevate non giustifica, però, l'inerzia del legislatore a cui, dunque, ha posto fine la legge n. 219/2017⁴. Per l'innanzi, in mancanza di una normativa di diritto interno avevano trovato applicazione i principi fissati dal diritto internazionale pattizio⁵.

Volendo offrire, sia pure in estrema sintesi, un quadro dei principali problemi che connotano la materia, possiamo dire che il filo conduttore dell'intera tematica del fine-vita è costituito nel rapporto tra autorità e libertà dal cosiddetto *right to be let alone*⁶, alla costante ricerca del bilanciamento tra una maggiore protezione dei soggetti vulnerabili ed un più ampio riconoscimento del principio di autodeterminazione dei soggetti capaci e consapevoli.

In questa prospettiva un punto di riferimento ineliminabile è costituito dal diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.⁷, che, com'è noto, ha assunto, nel corso degli anni, diverse declinazioni; in

* Università degli Studi di Messina.

¹ Sulla dignità, fra i tanti, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, al sito telematico dell'AIC (14 marzo 2008), e, dello stesso A., più di recente, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2014, 3 ss., secondo cui la dignità è valore refrattario a soggiacere a bilanciamento alcuno, ponendosi piuttosto come la «bilancia» su cui si dispongono i beni della vita partecipi delle operazioni di ponderazione assiologica; analogamente, G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Roma, 2015, e C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Milano, 2015, 205 ss.

² Il riferimento è ai casi *Welby* ed *Englaro* risalenti, rispettivamente, al 2006 e 2009.

³ Secondo la nota definizione di G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche* (1978), a cura di C.M. Mazzoni e V. Varano, II ed. it., Milano, 2006.

⁴ U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2017, XIII.

⁵ Con specifico riferimento al minore: il diritto all'ascolto del minore in ogni procedura giudiziaria o amministrativa sancito dall'art. 12 della Convenzione di New York e dagli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo e l'obbligo di sentire il minore, capace di dare consenso, enunciato dall'art. 6 della Convenzione di Oviedo.

⁶ G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Milano, 2015, 8.

⁷ Cfr., *ex multis*, L. MONTUSCHI, *Art. 32, I comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1976, spec. 147; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura

particolare, accanto al diritto fondamentale ad essere curati, si pone il suo «risvolto negativo»⁸: «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» (art. 32, comma 2), che può tradursi come il diritto a non essere curati⁹, da intendersi beninteso non come diritto a morire¹⁰, ma come diritto al rifiuto delle terapie¹¹.

La particolare complessità dell'*iter* legislativo che ha condotto all'approvazione della legge n. 219/2017 si spiega facilmente se si riflette sulla circostanza che la materia – già di per sé particolarmente delicata – ha subito per lungo tempo e continua a subire una duplice pressione: originata, da un lato, dalle spinte più razionalistiche impresse dai sostenitori non solo del diritto all'autodeterminazione, ma anche di un vero e proprio diritto a disporre della propria vita (specie se ritenuta non degna), e, dall'altro, dalle sollecitazioni manifestate da tutti coloro che fanno leva su argomentazioni di ordine religioso, etico e morale per limitare la sfera di autonomia del singolo individuo. Queste considerazioni spiegano perché dai primi, infelici, episodi sono trascorsi parecchi anni prima che si pervenisse a disporre di una normativa su questa materia, così come avviene nella maggior parte dei Paesi europei¹².

Il Parlamento italiano è stato, infatti, in maniera estenuata impegnato nella discussione di questioni concernenti il consenso informato, il rifiuto dei trattamenti sanitari e le dichiarazioni anticipate di trattamento (cioè le disposizioni con le quali il dichiarante esprime, in linea di massima, i propri orientamenti sul “fine-vita” nell'ipotesi in cui sopravvenga una perdita irreversibile della capacità di intendere e di volere, DAT), che, nella maggior parte degli altri ordinamenti, sono ormai pacificamente definite¹³.

Occorre, altresì, riconoscere che in questa materia, non diversamente dall'inizio-vita, spesso decisivo si rivela il grado di avanzamento delle tecniche e delle conoscenze scientifiche, essendo particolarmente alto il rischio di contrapposizioni ideologiche e di vere e proprie contese¹⁴ tra le diverse posizioni in campo.

Nell'ambito della discussione parlamentare hanno, in particolare, giocato un ruolo determinante sia la volontà di consacrare, per via legislativa, principi ormai consolidati nell'elaborazione

di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 655 ss.; C. TRIPODINA, *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, 321 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2015.

⁸ F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. Soc.*, 1982, 312.

⁹ E. ROSSI, A. DI CARLO, *Che cosa intendiamo per “salute”? La prospettiva del costituzionalista*, in AA.VV., *Diritto alla salute e alla “vita buona” nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, a cura di E. Stradella, Pisa, 2011, 18.

¹⁰ A. D'ALOIA, *Tra rifiuto di cure ed eutanasia. Note introduttive sul “diritto alla fine della vita”*, in AA.VV., *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, a cura di A. D'Aloia, Napoli, 2012, 17.

¹¹ Rispetto a questo specifico profilo, C. CASONATO, *A proposito del ddl sul testamento biologico. Una legge più realista del re*, in *la rivista il Mulino*, 21 aprile 2017, commentando il testo del disegno di legge, ha sottolineato che si è confermata «una posizione assodata e, per così dire, indisponibile, che nulla ha a che fare con le ipotesi di assistenza al suicidio o omicidio del consenziente (eutanasia) e la cui negazione comporterebbe, anzi, la violazione della Costituzione, del diritto dell'Unione europea e internazionale, e della deontologia professionale».

¹² Al riguardo è opportuno precisare che la legge in parola non prevede forme di eutanasia, bensì un vero e proprio biotestamento, analogamente a quanto avviene già in altri Paesi europei: Regno Unito, Germania, Finlandia, Spagna, Francia. In Svizzera, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo è, inoltre, consentita l'eutanasia attiva o suicidio assistito e in Olanda (dall'aprile 2002) è consentita e regolamentata anche l'eutanasia sui minori. Peraltro, esiste una cornice normativa unitaria, sia pure non vincolante per ragioni che sarebbe qui troppo lungo spiegare, costituita dalla Convenzione di Oviedo, documento di bioetica approvato nel 1997 dal Consiglio d'Europa.

¹³ C. CASONATO, *Fine-vita: il diritto all'autodeterminazione*, in *il Mulino*, 4/2017, 597.

¹⁴ Utilizza, in modo particolarmente significativo, questo termine M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, II ed., Milano, 2016, 17, sottolineando che «la dimensione dei diritti fondamentali assume sempre più l'aspetto di una lotta, di una tensione fra visioni diverse e contrastanti, apparentemente inconciliabili».

giurisprudenziale¹⁵, sia il clamore mediatico che ha accompagnato recenti casi drammatici¹⁶, sia soprattutto la mutata sensibilità di parte del mondo cattolico, testimoniata, da ultimo, dalle parole pronunciate da Papa Francesco nel messaggio ai partecipanti al *meeting* regionale europeo della *World medical association* sulle questioni del fine-vita¹⁷.

La legge n. 219/2017 non si limita a dettare una serie di norme sul “testamento biologico”, ma appare anche tesa a disegnare un «*quadro coerente di tutta la relazione di cura, tendenzialmente conforme al diritto dei principi*»¹⁸. La piena legalità del trattamento di fine-vita non rende, del resto, meno tragiche determinate vicende: anche per questa ragione dovrebbe riconoscersi in capo al singolo il diritto ad una piena conoscenza dei trattamenti sanitari, in modo da poter scegliere consapevolmente quale cura adottare o addirittura se ricorrervi o meno, come bene esplicita il brocardo latino *voluntas aegroti suprema lex*¹⁹.

Fatte queste necessarie premesse, si deve riconoscere che la normativa introdotta con la legge n. 219, sebbene si presenti come contenuta (constando di soli otto articoli), offre numerosi spunti di interesse, tutti ugualmente meritevoli di approfondimento. Non reputandosi, peraltro, questa la sede per un commento organico della legge²⁰, l’ambito d’osservazione sarà circoscritto ad uno solo di essi, ossia alla disciplina che il legislatore ha predisposto per il minore, con ciò evidenziando le difficoltà di realizzare la massima tutela e di individuare i soggetti più idonei a decidere al proposito.

La specialità del trattamento riservato al minore, posto che neanche la Carta costituzionale – tranne che per l’art. 37, ult. comma, Cost. in tema di lavoro – utilizza l’età quale *discrimen* per prevedere un trattamento differenziato nella tutela dei diritti fondamentali, conforta il recente auspicio formulato per l’adozione di un organico statuto costituzionale di tutti i diritti del minore quale soggetto caratterizzato da una personalità *in fieri*²¹.

2. La disciplina recata dalla legge n. 219/2017 in tema di «minori e incapaci»

Da tempo in Italia si discuteva della possibilità di estendere ai minori prossimi alla maggiore età (cosiddetti “grandi minori”) la possibilità di esprimere autonomamente il proprio consenso rispetto ai

¹⁵ È sufficiente ricordare, in proposito, come la Corte costituzionale, nella [sentenza n. 438 del 2008](#) (nello stesso senso, v. la [sentenza n. 282 del 2002](#)), abbia configurato il «*consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico*», quale «*vero e proprio diritto della persona*», che «*trova fondamento nei principi espressi nell’art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli articoli 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile, e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*». Più di recente, la stessa Corte, intervenendo sulle leggi nn. 4 e 16 del 2015 della Regione Friuli Venezia Giulia in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento e donazioni di organi e tessuti, ha ribadito che «*(...) data la sua incidenza su aspetti essenziali della identità e della integrità della persona, una normativa in tema di disposizioni di volontà relative ai trattamenti sanitari, necessita di uniformità di trattamento sul territorio nazionale*» ([sentenza n. 262 del 2016](#)).

¹⁶ Il riferimento è, in particolare, al processo per istigazione e aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) per la morte di Fabiano Antoniani (dj Fabo), intentato nei confronti di Marco Cappato, tanto per una condotta di “aiuto”, quanto per un “rafforzamento” del proposito suicida che questi avrebbe operato sull’Antoniani. Per i primi commenti alla vicenda si vedano P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l’archiviazione per Marco Cappato*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 5/2017, 381 ss.; R.E. OMODEI, *L’istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell’art. 580 c.p.*, [ivi](#), 10/2017, 143 ss.

¹⁷ Messaggio al Presidente della Pontificia Accademia per la Vita in occasione del Meeting Regionale Europeo della “World Medical Association” sulle questioni del “fine-vita”, Vaticano, 16-17 novembre 2017.

¹⁸ P. ZATTI, *Salute, vita, morte: diritto dei principi o nuova legge?*, in [Quotidiano sanità](#), 2017, 3.

¹⁹ Sul punto si veda A. SANTOSUOSSO, *Diritti del paziente e dovere dei medici nel caso dell’eutanasia*, in AA.VV., *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull’eutanasia*, a cura di C. Viafora, Padova, 1996, 214 ss.

²⁰ Per cui si rinvia a U. ADAMO, *Costituzione e fine-vita*, cit., *passim*.

²¹ Per un approfondimento sulla disciplina dei principali istituti giuridici che riguardano il minore si rinvia a G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale*, cit.

trattamenti sanitari. Sebbene il testo approvato non preveda alcun limite di età, ma si riferisca genericamente al minore, in mancanza di un'esplicita indicazione è comunque facilmente immaginabile che il riconoscimento della capacità di autodeterminazione presupponga un minimo di esperienza e di maturità personale, oltre alla capacità di comprendere ciò che accade intorno a sé, sicché non sarebbe ragionevole discutere di autodeterminazione in riferimento ad un neonato o ad un infante.

Il bambino, l'adolescente o il fanciullo, come propriamente lo definisce la Convenzione dei Diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, è al pari dell'adulto, una persona, ma, a differenza di quello, minore d'età. Pertanto, se in astratto è un soggetto di diritto come gli altri, sottratto ad ogni forma di discriminazione, possedendo egli concretamente, come già accennato, un'indole ancora in via di formazione, necessita di un trattamento specifico che sappia tenerne conto²².

Di ciò si fa carico l'art. 3 della legge n. 219/2017, dedicato proprio alle modalità di espressione o rifiuto del consenso per i soggetti minori e incapaci, che risultano funzionali al più ampio coinvolgimento dei diretti interessati, nonché alla tutela della salute psicofisica, della vita e della dignità, come emerge nitidamente dal comma 1, che enuncia il diritto dei minori (o degli incapaci) alla «*valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione*», e di venire informati, in modo consono alle loro capacità, sulle scelte relative alla salute, così da essere messi nelle condizioni di esprimere la propria volontà.

Il consenso è prestato o rifiutato dagli esercenti la potestà genitoriale o dal tutore, per quanto riguarda i minori (comma 2); dal tutore, nel caso di soggetto interdetto, che viene tuttavia consultato, ove possibile (comma 3) e, nelle ipotesi di inabilitazione, dallo stesso inabilitato (comma 4). Allorquando sia nominato un amministratore di sostegno per una necessaria assistenza o rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso è espresso o rifiutato anche dall'amministratore o solo da questi, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere (comma 4). In mancanza, infine, di disposizioni anticipate di trattamento e in caso di contrasto tra rappresentante, che rifiuti le cure proposte, e medico, il quale invece le ritenga appropriate e necessarie, la decisione ultima è rimessa al giudice tutelare (comma 5).

3. Il *best interest* sulla scorta dei precedenti europei

Sembra apparentemente scontato che le decisioni sul minore siano affidate *in primis* ai genitori, tuttavia, occorre sin da ora evidenziare come siffatto criterio non garantisca, di per sé, il soddisfacimento del *best interest* del minore. Le pregresse esperienze europee ed internazionali hanno, infatti, dimostrato che, talvolta, le scelte dei genitori non coincidono con il trattamento medico predisposto dagli specialisti. Trattasi di casi «*desperately difficult*», tali cioè da non consentire un'unica «*rational solution*» per cui un intervento esterno, in quanto probabilmente più obiettivo, si rende necessario a salvaguardia della vita stessa del minore.

Ora, quando sono state chiamate a pronunciarsi su casi particolarmente complessi, le Corti europee ed internazionali hanno utilizzato il principio del *best interest of child* quale comodo *pass-partout* interpretativo, in grado di legittimare qualsiasi decisione. Il principio si fa risalire alla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989, che sancisce, per la prima volta, l'idea del bambino come soggetto di diritti²³.

Il riconoscimento della soggettività giuridica del minore d'età sottolinea la peculiarità della condizione della sua personalità destinataria di protezione²⁴. Il *best interest*, tuttavia, pur se si

²² G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale*, cit., 3.

²³ M. MARCHEGIANI, *Convenzione sui diritti del fanciullo*, in AA.VV., *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, Milano, 2009, 161.

²⁴ G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale*, cit., 10.

configura come un principio che deve informare la scelta assunta da altri al fine di realizzare quale unico obiettivo il benessere del minore, difficilmente si presta ad essere interpretato univocamente²⁵. Esistono, infatti, almeno due diversi orientamenti che si pongono in netta contrapposizione tra loro: il primo, cd. paternalistico, guarda al minore come titolare di interessi; mentre il secondo, espressivo di una concezione più liberale, che ha trovato accoglimento negli ordinamenti dell'Europa continentale, immagina il minore come autonomo titolare di diritti²⁶.

Il miglior interesse del minore può essere raggiunto essenzialmente o autorizzando i pubblici poteri a disporre misure limitative del diritto alla vita familiare del genitore – evitando che tale intervento si traduca in una violazione dell'art. 8 CEDU (inteso come il diritto dei genitori ad assumere le «*healthcare decisions*» che ritengano più opportune per il figlio) – ovvero assicurando al minore il diritto a godere della vita familiare con i propri genitori che, sulla scorta di tale ultimo atteggiamento, viene indirettamente rafforzato. Nella prima ipotesi si inserisce la c.d. dottrina del «*parens patriae*», cioè quella tesi che postula il diritto o dovere dello Stato di intervenire a tutela del *best interest of the child*, quale soggetto incapace di provvedere a sé stesso. Trattandosi dunque di «*a question of values*», le Corti hanno utilizzato il suddetto criterio, talvolta per confermare i *parental rights*, talvolta per paralizzarli e subordinarli alla decisione delle autorità.

Benché il suddetto principio rappresenti apparentemente la soluzione utile per le situazioni più difficili, esistono comunque alcuni limiti interpretativi che non gli consentono di assurgere a *formule magique*²⁷. La stessa dottrina lo ha definito un espediente argomentativo *bon à tout faire*, al punto tale da ingenerare il «*sospetto [...] che l'uso del principio sia essenzialmente retorico, e serva quindi solo per tentare di rendere più convincente la soluzione proposta, cui la Corte europea sarebbe comunque pervenuta sulla base di altri elementi ricavabili dalla CEDU*»²⁸.

Ulteriore problema, che si pone nell'utilizzo del principio, è quello della sua (presunta) *paramountcy* (*rectius* prevalenza), che, assurgendo quasi ad una sorta di “tirannia”, non è giustificata ma, al contrario, è assunta quale postulato indiscutibile e tale da rendere quasi “taumaturgico” siffatto utilizzo. Tra l'altro, anche nell'affermare tale prevalenza, la stessa Corte EDU non perviene ad alcun esito certo e prevedibile, in quanto il principio del *best interest* risulta declinato in forme diverse, che incidono sul suo bilanciamento con altri principi²⁹. Nell'ambito dell'*healthcare decision making*, non è esclusa la possibilità di poter sostituire il suddetto criterio con quello del *significant harm*, per cui lo Stato potrebbe interferire nelle scelte dei genitori solo quando esse pongano il minore nel «*substantial risk of serious preventable harm*» e cioè quando intacchino un suo «*basic need*». Si tratta di un'impostazione volta ad assicurare maggiori spazi di scelta ai genitori, le cui decisioni dovrebbero

²⁵ Sull'origine storica del principio si sofferma ampiamente E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 42 ss.

²⁶ Per un approfondimento sul *best interest*, in particolar modo sugli slittamenti semantici nel concetto, si rinvia a 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 AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Napoli, 2014, rispettivamente 467 ss. e 505 ss.; 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*, Studi 2016/II, 241.

²⁷ F. VENTURI, *Il principio dei best interests of the child nel caso Gard tra paternalismo, autonomia e indeterminatezza*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, 3/2017, 3.

²⁸ Così E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 100.

²⁹ A volte, infatti, la Corte dichiara senza mezzi termini che, in ogni caso, il *best interest of the child* «*must prevail*» o «*must come before*», oppure, con una sfumatura meno intensa, «*are*» o «*should be*» «*paramount*» rispetto ad ogni altra considerazione; altre volte, invece, enuncia che gli interessi del minore sono «*of primary consideration*», oppure costituiscono «*the primary consideration*» o ancora rappresentano «*a primary consideration*». In altre occasioni ancora, la Corte afferma che, nel bilanciamento, gli *interests of the child* sono «*crucial*»: il più delle volte, infine, ripete, con minore enfasi, che, a seconda della loro natura, essi «*may override*» su quelli dei genitori. Tale ricostruzione è riportata da E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 102-103.

essere sempre rispettate, tranne quando pongano il minore innanzi ad un rischio consistente di subire un danno significativo.

Piuttosto che adottare la formula del *significant harm* e appiattare la valutazione del *best interest of the child* sul mero piano medicale, è dunque opportuno tenere in considerazione il complesso e variegato insieme degli interessi del minore, per cui, al fine di applicare correttamente il criterio, non si dovrebbe guardare al singolo interesse, inteso come unità isolata e prevalente, ma sempre alla pluralità di questi, considerati anche nelle loro reciproche (e talvolta conflittuali) interazioni. La stessa Corte di Giustizia, infatti, non pone mai il *best interest of the child* in una posizione di superiorità su altri beni e diritti, né gli assegna un valore assoluto e incompressibile, bensì accetta che esso entri in un bilanciamento con altri diritti e interessi di pari rango.

4. (segue) I casi *Gard e Evans*

Le cronache delle ultime settimane hanno riportato in auge la questione. Il riferimento è alla nota vicenda del piccolo Alfie Evans, che ripercorre le orme del precedente Charlie Gard. Queste occasioni testimoniano che la visione dei genitori e quella dei medici, pur mirando potenzialmente al medesimo fine, non sempre convergono. Il miglior interesse del minore, infatti, tende ad essere realizzato secondo modalità completamente diverse.

Non potendo presagire alcun miglioramento possibile, né alcun vantaggio con le cure attualmente a disposizione, e con la consapevolezza (scientifica) che il dolore sarebbe aumentato o comunque non regredito, i medici, infatti, contrariamente ai genitori, hanno valutato che l'interesse del neonato era quello di sospendere le cure (e quindi di morire) anziché continuare a soffrire (prolungando l'attività vitale artificialmente), non perseguendo, quindi, un *favor mortis* contrapposto ad un *favor vitae*³⁰, ma la ricerca del migliore interesse del bambino.

Non ricevendo la tutela sperata da parte dei giudici inglesi, i genitori si sono rivolti alla Corte europea, la quale, però, ha giudicato il quadro britannico (normativo e applicativo) compatibile e adeguato al livello di tutela richiesto dall'articolo 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, affermando che le obbligazioni positive cui lo Stato è chiamato a dare attuazione, per la tutela del diritto alla vita, non possono essere interpretate in modo tale da comprendere anche un dovere di garantire cure non appropriate – perché non validate dalla comunità scientifica – e risultanti ancora in fase di prima sperimentazione.

L'intervento giurisprudenziale, a ben vedere, non poteva avere un contenuto diverso poiché alla Corte di Strasburgo compete esclusivamente un controllo di ragionevolezza, ossia della non arbitrarietà delle decisioni prese, mentre la scelta di come assicurare il soddisfacimento di tali esigenze rientra nel "margine di apprezzamento" dello Stato contraente³¹.

Nel caso specifico, alla luce dell'impraticabilità di cure atte a migliorare la qualità di vita del paziente, i trattamenti risultavano, a parere dei giudici, inutili e sproporzionati, configurandosi come accanimento terapeutico, frutto di un'ostinazione irragionevole, al punto tale da non proseguire con le cure necessarie.

Sia per Charlie Gard, sia per Alfie Evans la decisione di sospendere le cure salvavita non solo non è stata richiesta dal paziente in stato di coscienza, ovvero da una persona che aveva deciso "oggi per domani" attraverso la redazione di un documento al fine di far valere le proprie determinazioni, ma addirittura è stata imposta dai medici nella piena convinzione che questa coincidesse col miglior trattamento per il neonato.

³⁰ M. VILLONE, *La difficile ricerca del miglior interesse di Charlie*, in *Il Manifesto*, 16 luglio 2017.

³¹ G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale*, cit., 12.

5. Il difficile compito di individuare l'interesse del minore nelle scelte di fine-vita

Le disposizioni anticipate possono considerarsi uno strumento opportuno e rilevante di cui disporre al fine di tutelare la propria autonomia. La possibilità di poter decidere personalmente sulle scelte che permettono di essere “padrone di sé”, anche in stato di perdita di coscienza, rimane, infatti, il «miglior modo»³² per rispettare e mantenere la propria dignità ed autonomia. Se ciò vale pienamente per i soggetti maggiori di età, assume invece una portata diversa per il minore. Da questo punto di vista, il giudizio sulla legge n. 219/2017, definita da molti una “buona legge”, dipende anche dal modo in cui la sua applicazione garantirà un'effettiva tutela del minore; verifica, questa, che dovrà essere svolta su due piani: mettendo a confronto la decisione del minore (limitatamente alle ipotesi in cui questi abbia raggiunto un'età tale da avere un'adeguata capacità di discernimento) con quella sia dei genitori, sia dei medici.

Per quanto concerne la prima questione, ci si può limitare ad osservare che la decisione assunta dal minore, sempre nei limiti di cui sopra, è destinata a prevalere su quella dei genitori, i quali, come dimostrano i precedenti richiamati, difficilmente saranno portati ad arrendersi anche dinanzi alla più triste verità.

Per quanto concerne il secondo raffronto, la questione è un po' diversa. Posto che mantenere in vita una persona, soprattutto quando da un punto di vista medico non ci sono più speranze di sopravvivenza, comporta un dispendio di risorse anche economiche per la struttura sanitaria che la ospita, bisognerebbe indagare e verificare se l'interesse cui i medici fanno riferimento sia realmente quello del paziente (minore o no che sia) ovvero quello della struttura di ricovero. Il silenzio della nuova legge italiana nei casi rovesciati rispetto a quelli previsti, ossia quando non sia palesata la volontà di interrompere le cure, e la disponibilità mostrata dai medici italiani a continuare a nutrire Alfie Evans – pur nella consapevolezza che non si sarebbe prodotto un miglioramento delle sue condizioni vitali – segnalano un orientamento ben distante da quello palesato dai medici inglesi.

Partendo dall'assunto che l'ardua scelta di vivere o morire può essere mossa da sentimenti diversi che cambiano da persona a persona per religione, cultura, sentimenti ecc., dare massima espressione alla dignità e fare salvo l'art. 2 Cost. dovrebbe significare assecondare sempre la decisione assunta dal paziente, sia che questo significhi interrompere il trattamento, sia che questo comporti un (magari inutile a parere dei medici) dispendio di risorse. Con l'approvazione della legge 219 del 2017, legittimo è decidere di porre fine alla propria esistenza, ma altrettanto legittimo resta continuare a lottare. Su questo piano, a differenza degli altri ordinamenti europei, il nostro legislatore sembra essersi mostrato più garantista con tutelate entrambe le visioni.

Infine, per quanto riguarda il piano delle convinzioni religiose, è certo che la cultura cattolica si mostra oggi più propensa all'ascolto dell'evoluzione tecnologica e delle nuove sperimentazioni medico-scientifiche, ma è altrettanto vero che, proprio in occasione dell'appello dei signori Evans affinché non si interrompessero le cure del figlio, lo stesso Papa Francesco ha ricordato che non è l'uomo a decidere quando sia giunta l'ora di un altro uomo, sempre che – ovviamente – non si configuri un'ipotesi di accanimento terapeutico.

6. Conclusioni

L'analisi fin qui condotta della legge n. 219/2017, con particolare riferimento al soggetto minore d'età, impone, in conclusione, di svolgere qualche considerazione sulla coerenza di questa normativa rispetto ai fini che il legislatore ha inteso perseguire e, quindi, di tentare un giudizio pronostico sull'idoneità di queste disposizioni a soddisfare il canone della ragionevolezza.

³² U. ADAMO, *Costituzione e fine-vita*, cit., 224.

Da una lettura superficiale del dato normativo sembra che il legislatore, rinviando al giudice la decisione finale per i casi particolarmente complessi (peraltro, è difficile supporre quali casi non possano definirsi tali in situazioni particolarmente delicate), abbia percorso la strada più breve (e forse anche quella più facile), non indicando specifici criteri attuativi, che, per vero, era abbastanza legittimo aspettarsi. In realtà, ad un'analisi più approfondita, la specificità non sembrerebbe tanto una caratteristica che convenga al dato normativo in questione, quanto piuttosto una sua opportuna flessibilità. Infatti, dopo aver individuato correttamente i termini della questione, il legislatore non ha potuto far altro se non rimettere alla valutazione del giudice le operazioni di bilanciamento, evitando, in questo modo, di contraddire le radici stesse del costituzionalismo contemporaneo³³.

È abbastanza prevedibile che in futuro un meccanismo così articolato renderà necessario un intervento dirimente degli organi giurisdizionali, ma, in questa fase – indicando i soggetti chiamati ad intervenire (gli esercenti la responsabilità genitoriale per il minore, il tutore per la persona interdetta, l'amministratore di sostegno per la persona inabilitata e, da ultimo, il giudice tutelare laddove le decisioni di questi non coincidano con quelle del medico) –, il legislatore si è sensatamente limitato al compimento delle scelte di ordine generale, rinviando al giudice il compito di operare il bilanciamento in concreto.

Conclusivamente parrebbe di poter osservare che la disciplina esaminata soddisfa il canone della ragionevolezza, statuendo su una serie di principi e di regole e non precludendo al giudice di estrapolare ulteriori regole per il caso concreto in base alle precise caratteristiche di quest'ultimo.

³³ L'adozione di discipline legislative "miti" o "leggere" è auspicato, tra gli altri, da P. VERONESI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014; C. CASONATO, fra i tanti, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, ora reperibile in *Biolaw Journal* (<http://www.biodiritto.org/index.php/item/505-casonato-eterologa>); A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3/2015; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine-vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal*, 3/2015, 168; A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi.it*, 10/2016.

Antonio Ruggeri
Per un nuovo statuto del Trentino-Alto Adige
(chiose a margine di due documenti preparatori della riscrittura dell'atto)*

SOMMARIO: 1. Una questione pregiudiziale: c'è mai stata (e c'è) davvero da noi una *cultura dell'autonomia regionale*? – 2. Il disallineamento riscontrabile tra l'elaborato della Consulta di Trento e quello della Convenzione di Bolzano (in specie, l'idea originale, apparentemente fin troppo avanzata ma in realtà improponibile, di autonomia di cui si fa portatrice quest'ultima e i tre dati che vi rendono testimonianza). – 3. La particolarmente marcata sottolineatura del ruolo della Provincia a fronte di quello della Regione, il problematico equilibrio che si prefigura nei rapporti tra tali enti e con lo Stato, le conferme che vengono dall'esame delle proposte relative all'assetto delle fonti (con specifico riguardo ai tipi di potestà legislative). – 3.1. Il versante dei rapporti internazionali e con l'Unione europea e il bisogno di batterlo con ancora maggiore risolutezza ed efficacia. – 3.2. La peregrina ipotesi ventilata di una eventuale soppressione della Regione. – 3.3. ... e l'ipotesi, accreditata nei documenti in esame, di dar vita ad una Regione "leggera" (con specifico riguardo al riparto delle materie e ai tipi di potestà legislative, in relazione alle quali si segnala la prevista – e temo illusoria – rimozione di quella concorrente). – 4. La ricerca di un sostanziale recupero dell'autonomia a mezzo di un'adeguata ridefinizione degli istituti di partecipazione e di collaborazione, alcune timidezze espressive denunciate dai documenti presi in esame e l'auspicio di un'ancora più incisiva previsione degli istituti stessi, in vista dell'ottimale appagamento delle istanze di autonomia. – 4.1. Le intese per l'avocazione delle funzioni amministrative in sussidiarietà. – 4.2. L'intreccio tra la cooperazione interorganica e quella intersoggettiva. – 4.2.1. ... e il bisogno di renderla ancora più salda ed efficace, anche a mezzo della "invenzione" di nuovi tipi e sottotipi di leggi. – 4.2.2. La partecipazione dei Consigli alla formazione delle norme di attuazione dello statuto e la necessità di fissare tempi certi per l'adozione di queste ultime. – 4.2.3. Il concorso offerto dai Consigli alla messa a punto degli atti giuntali di normazione. – 4.2.4. La partecipazione dei Comuni e delle formazioni sociali all'adozione degli atti (normativi e di amministrazione), specie attraverso un congruo rifacimento dei relativi procedimenti, e la questione di fondo relativa a condizioni e modi d'inveramento del valore democratico nell'esperienza. – 4.2.5. La cooperazione Consiglio-Giunta in sede di ricorsi alla Corte costituzionale. – 4.2.6. La cooperazione alla prova del nove delle revisioni statutarie. – 5. Una succinta notazione finale con riguardo al mutamento di prospettiva da cui richiedono di essere vagliate le proposte di riforma, che è quella di un'autonomia intesa non già quale *rivendica di poteri* da parte di Regioni e Province (e del personale politico che le governa) bensì quale *servizio* apprestato ad alcuni dei bisogni maggiormente avvertiti in seno alla comunità stanziata sul territorio.

1. *Una questione pregiudiziale: c'è mai stata (e c'è) davvero da noi una cultura dell'autonomia regionale?*

Finalmente la progettazione delle riforme statutarie, con specifico riguardo alle Regioni ad autonomia differenziata, sembra essersi risvegliata dall'annoso letargo in cui era sprofondata: in particolare, dopo l'iniziativa assunta in Sicilia da un gruppo di studiosi di diritto costituzionale operanti presso tutte le Università dell'isola, anche in Trentino-Alto Adige la macchina delle riforme sembra essersi messa in moto, sia pure con una certa lentezza (le leggi che hanno dato la spinta iniziale, demandando il lavoro preparatorio ad alcuni organismi – una Convenzione a Bolzano ed una Consulta a Trento –, risalgono ormai ad alcuni anni addietro¹).

Si danno, nondimeno, alcune differenze di fondo tra l'una iniziativa e le altre.

La prima è che in Sicilia si è fatto luogo alla predisposizione di un articolato, corredato di relazioni illustrative, i cui contenuti maggiormente salienti sono stati esposti nel corso di due Giornate di studio svoltesi a Messina il 16 e 17 marzo 2017 e sono quindi confluiti in un volume, dal titolo *Per un nuovo statuto della Regione siciliana*². In Trentino-Alto Adige, invece, ci si è limitati alla messa a punto di

* Intervento all'incontro di studio su *Le autonomie speciali verso la revisione statutaria? Conferme ed innovazioni nelle prime ipotesi progettuali*, Trento 18 giugno 2018, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ ... e, segnatamente, al 2015, n. 3, la legge istitutiva della Convenzione e al 2016, n. 1, quella relativa alla Consulta.

² ... a cura di A. Ruggeri - G. D'Amico - L. D'Andrea - G. Moschella, edito nello stesso anno dalla Giappichelli di Torino.

alcuni documenti nei quali in forma discorsiva si delineano i lineamenti della nuova Carta statutaria e, limitatamente ad alcuni punti, si sono prospettate alcune ipotesi di articolato³.

La seconda è che la elaborazione avutasi nell'isola è il prodotto autogeno di una *élite* culturale, che pure ha goduto dell'incoraggiamento di alcune istituzioni operanti sul territorio (soprattutto della Presidenza dell'Assemblea regionale e della Presidenza dell'Ordine degli Avvocati di Messina), le quali hanno quindi concorso con loro esponenti al coordinamento finale delle proposte di articoli. Di contro, la Convenzione di Bolzano e la Consulta di Trento si sono giovate dell'apporto di larghi strati della società civile.

Quest'ultimo dato induce subito ad una riflessione. Viene infatti da chiedersi se esso si ponga quale indice attendibile di una *cultura dell'autonomia* diffusa e radicata nel tessuto sociale del Trentino-Alto Adige, che farebbe invece difetto in Sicilia e, più ancora, nelle Regioni in cui ad oggi il motore della macchina delle riforme non è stato messo in moto. Si dà, poi, un'ulteriore differenza, che merita di essere evidenziata, tra il lavoro portato a termine dalla Convenzione di Bolzano e quello della Consulta trentina: nella prima, infatti, la vivacità del confronto svolto al suo interno è testimoniato da quattro relazioni di minoranza⁴, mentre il documento licenziato a Trento è stato approvato all'unanimità.

Occorre, ad ogni buon conto, guardarsi dal prospettare letture affrettate ed ottimistiche di questa vicenda ad oggi appena agli inizi (è da vedere se e quando in Trentino-Alto Adige si porrà mano alla redazione di un articolato e, soprattutto, se vi si darà seguito nelle aule parlamentari). Non si dimentichi che la sollecitazione venuta dall'art. 10, l. cost. 3/2001, per un complessivo rifacimento degli statuti di speciale autonomia non è stata raccolta ormai da molti anni, per cause plurime che ad oggi attendono di essere indagate⁵, malgrado talune iniziative non siano mancate traducendosi quindi in articolati che non sono poi stati portati avanti ovvero si sono insabbiati nelle secche delle aule parlamentari⁶.

Ciò che, però, più importa, con specifico riguardo al Trentino-Alto Adige, è che, a motivo delle peculiari vicende storiche che hanno portato a dare alla Regione il volto che oggi ha, molto vi sarebbe da riflettere circa la sussistenza di un'autentica *cultura dell'autonomia regionale*, perlomeno nell'accezione che all'espressione usualmente si dà con riferimento ad altre Regioni; e, a darne conferma, è la circostanza per cui si è posto mano a due iniziative separate, portate avanti su binari distinti, uno per ciascuna Provincia, e solo in parte convergenti in alcuni esiti ricostruttivi. In particolare, nel documento messo a punto a Trento non mancano alcuni richiami al lavoro svolto a Bolzano; restano, nondimeno, alcune non secondarie differenze che non possono essere ignorate e che, col fatto stesso della loro esistenza, potrebbero frenare o far da ostacolo al compimento dell'opera.

D'altro canto, come si vedrà a momenti, proprio in merito al volto della Regione le due Province non ci consegnano immagini perfettamente sovrapponibili e, addirittura, una proposta si spinge fino al punto di prefigurarne la possibile soppressione. C'è peraltro da dire, da una prospettiva di ordine generale, che una cultura dell'autonomia regionale, nell'accezione esigente coltivata da una generosa e raffinata dottrina, che la vedeva come autenticamente politica e, perciò, idonea ad articolarsi e a

³ Tutto il materiale è reperibile ai siti telematici www.convenzione.bz.it e www.riformastatuto.tn.it.

⁴ ... a firma R. BIZZO, R. DELLO SBARBA - L. POLONIOLI, R. TONIATTI, M. VEZZALI, tutte consegnate in data 27 giugno 2017.

⁵ ... tra le quali è da mettere in conto l'idea, circolante presso alcuni ambienti politici, secondo cui rende ancora di più, in termini di consenso elettorale, far luogo a leggi e leggine a beneficio di questa o quella parte della comunità piuttosto che porre mano alla riscrittura della Carta statutaria. Si tratta, nondimeno, come si è tentato di mostrare in altri luoghi, di un'autentica manifestazione di miopia politica o, diciamo pure, di incultura istituzionale, che non consente di apprezzare i benefici che possono attendersi per la collettività da documenti costituzionali fatti come si conviene, specie laddove dovessero dotare le sedi istituzionali di principi e strumenti adeguati ai compiti viepiù gravosi loro assegnati.

⁶ Così, in particolare, per una bozza messa a punto in Sicilia nel gennaio 2003 da una Commissione presieduta dall'on. Leanza, che può vedersi in Federalismi.it, con un mio commento dal titolo *Riforma dello statuto siciliano e riordino del sistema delle fonti (a proposito della bozza Leanza)*, nel fasc. 2/2003, 29 maggio 2003.

differenziarsi variamente sul territorio (anche rispetto all'indirizzo dello Stato)⁷, non ha mai da noi attecchito, essendosi piuttosto affermata in forme distorte e riduttive rispetto al modello da questa dottrina vagheggiato, per ragioni varie la cui illustrazione ci porterebbe troppo oltre l'*hortus conclusus* in cui questa riflessione è tenuta a stare⁸. La Regione, insomma, nei fatti si è presentata quale una sorta di sovrastruttura, una invenzione artificiosa, fatta male, per responsabilità plurime e diffuse in ambito istituzionale (tanto in sedi politiche, locali e nazionali, quanto presso gli organi di garanzia, a partire dalla Corte costituzionale), e non avvertita dalla stessa comunità stanziata sul territorio quale "luogo" nel quale coltivare il sogno di vedere finalmente appagati alcuni bisogni particolarmente pressanti, dei quali non potrebbero farsi carico né sedi ancora più vicine al cittadino ma di dimensioni ridotte (quali i Comuni e le stesse Province) né sedi più lontane (a partire, ovviamente, dallo Stato).

2. Il disallineamento riscontrabile tra l'elaborato della Consulta di Trento e quello della Convenzione di Bolzano (in ispecie, l'idea originale, apparentemente fin troppo avanzata ma in realtà improponibile, di autonomia di cui si fa portatrice quest'ultima e i tre dati che vi rendono testimonianza)

Non dobbiamo, ad ogni buon conto, ripensare qui *ab ovo* all'idea di autonomia territoriale in genere e regionale in ispecie né ragionare circa eventuali riforme strutturali che potrebbero investire gli enti che ne sono portatori a tappeto, con riguardo cioè all'intero territorio della Repubblica, quale ad es. quella di dar vita ad un modello di *specialità diffusa* nel quale da tempo mi riconosco e che vedo ora ripreso con originali svolgimenti anche da altri sensibili studiosi⁹. Siamo infatti oggi chiamati a confrontarci unicamente in merito alle proposte (o, più cautamente, ipotesi) di riforma specificamente riguardanti le Regioni ad autonomia differenziata (e, per ciò che maggiormente preme mettere in evidenza, il Trentino-Alto Adige).

Così circoscritta la questione, ci si avvede subito, a prima lettura dei documenti licenziati a Trento e Bolzano, del disallineamento esistente tra gli stessi, diversi in primo luogo per la "logica" ispiratrice, che si rende immediatamente evidente in alcuni passaggi di cruciale rilievo in essi presenti.

La Convenzione di Bolzano (o, meglio, la maggioranza dei suoi componenti) mostra, infatti, di avere dell'autonomia (e, segnatamente, di quella provinciale) un'idea per più versi originale, apparentemente fin troppo avanzata ma, in realtà, deformata e, come tale, improponibile. La qual cosa, invero, non si riscontra nel documento trentino.

Adduco a riprova di questo severo giudizio tre dati (ma altri ancora, sia pure di minor peso, potrebbero essere allo stesso fine utilmente richiamati o, quanto meno, meriterebbero di essere discussi): *a)* l'improprio riferimento al principio di autodeterminazione; *b)* la innaturale promozione – secondo una proposta che, a quanto pare, ha riscosso un certo credito in seno alla Convenzione –

⁷ Così, sopra tutti, T. MARTINES, in molti scritti, tra i quali lo *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss.; si è fatto, non molto tempo addietro, il punto sul contributo dato da M. alla elaborazione teorica del modello di Regione in [Diritti regionali](#).

⁸ V'è, peraltro, da dire che lo stesso disegno consegnatoci dalla Carta conteneva, nella sua originaria stesura, e contiene ancora oggi dopo la "novella" del 2001, formulazioni fin troppo vaghe e reticenti, come tali suscettibili di aprirsi a letture di vario segno. Da questa intrinseca debolezza e, diciamo pure, ambiguità del dettato costituzionale si sono, dunque, alimentate tendenze ed esperienze volte all'affermazione di una idea riduttiva e persino immiserita di autonomia [ragguagli possono, volendo, aversi dai miei *Sogno e disincanto dell'autonomia politica regionale nel pensiero di Temistocle Martines (con particolare riguardo al "posto" delle leggi regionali nel sistema delle fonti)*, in [Diritti regionali](#), 3/2016, 29 maggio 2016, 456 ss., e *Prospettive del regionalismo in Italia (nota minima su una questione controversa)*, in *Le Regioni*, 1-2/2017, 15 ss. Ha ora affacciato una rilettura dell'art. 5 della Carta e fatto il punto sullo stato dell'autonomia L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano 2018].

⁹ Da ultimo, A. SPADARO, *Riflessioni sparse sul regionalismo italiano: il caso delle Regioni meridionali*, in corso di stampa in *le Regioni*, spec. al § 4, e, già, il mio *Prospettive di una "specialità" diffusa delle autonomie regionali*, in *Nuove aut.*, 6/2000, 845 ss.

delle leggi provinciali al rango di fonti “paracostituzionali” o costituzionali *tout court*; c) la bizzarra¹⁰ previsione di una sorta di Corte costituzionale sudtirolese che dovrebbe prendere il posto della Consulta in relazione alle questioni riguardanti la Provincia di Bolzano¹¹.

Solo poche notazioni su ciascuno di questi punti, in relazione ai quali peraltro non sono mancate critiche e riserve fondate in seno alla stessa Convenzione¹².

Per un verso, infatti, l'autodeterminazione non può trovare spazio alcuno in un ordinamento che ha tra i suoi valori fondamentali l'unità e l'indivisibilità della Repubblica¹³: giustamente, dunque, si fa notare che altro è l'autonomia, che implica l'unità stessa, e altra cosa l'autodeterminazione, che spiana la via alla secessione: un diritto, questo, come si sa, riconosciuto in seno ad ordinamenti, quale quello dell'Unione, che non hanno raggiunto la piena integrazione, dal momento che gli enti che vi appartengono si confermano essere sovrani, mantengono cioè la loro dignità di Stati *pleno iure*¹⁴. Nulla di tutto ciò è, ovviamente, pensabile al piano dei rapporti tra Stato e Regioni (o, addirittura, enti territoriali di dimensioni ancora più ridotte, quali le Province).

Per un altro verso, inimmaginabile è altresì che le leggi provinciali, che sono (e restano) leggi comuni, possano andare incontro al solo limite usualmente considerato valevole per le leggi costituzionali e di revisione costituzionale, costituito – com'è noto – dai principi fondamentali dell'ordinamento. Per la verità, non è stata questa l'unica proposta affacciata in seno alla Convenzione. Da un canto, infatti, si è prospettata l'ipotesi di ripetere per filo e per segno il disposto di cui all'art. 117, I c. (cosa che, ovviamente, non presenta alcun problema). Da un altro canto, si è poi prefigurato il mancato riferimento al limite costituzionale, facendosi dunque esplicita menzione solo del limite internazionale e “comunitario” (*rectius*, eurounitario)¹⁵.

Un solo, rapido rilievo con riguardo a quest'ultima soluzione. Delle due, infatti, l'una: o, volendosene dare una lettura *in bonam partem*, si dovrebbe concludere nel senso che il limite in parola sia da considerare comunque valevole, oppure si dovrebbe considerare il silenzio al riguardo serbato nel nuovo statuto quale espressivo di una *voluntas excludendi*. Un'ipotesi, questa, non peregrina sol che si consideri che l'autore della proposta in parola è perfettamente a conoscenza di ciò che dispone l'art. 117, I c., e, col fatto stesso di riprodurne solo un frammento, parrebbe voler esonerare le leggi dall'osservanza del parametro non nominato. Ciò che porterebbe all'esito grottesco di dotare le leggi stesse di una forza persino superiore a quella delle leggi di revisione costituzionale, con specifico riguardo alla osservanza dei principi di base dell'ordinamento, facendone quindi atti espressivi di... *potere costituente*.

Ora, è fuori discussione che sia la soluzione che vuole circoscritto il limite ai soli principi in parola

¹⁰ Questa la qualifica giustamente datane da M. VEZZALI, nella sua relazione, cit.

¹¹ L'organo – come si vede – riecheggia l'Alta Corte per la Regione siciliana, tentandone un impossibile trapianto in Alto Adige.

¹² Part., con riguardo al primo punto, da R. TONIATTI e M. VEZZALI, nelle relazioni citt.; il primo ha, inoltre, contestato il riferimento alle “radici cristiane del territorio” presente nel preambolo (R. TONIATTI ha rappresentato il proprio punto di vista anche in alcuni articoli sulla stampa a finalità illustrativa: *Convenzione, vittoria di Pirro*, e *Uno statuto da condividere*, entrambi in *Corriere del Trentino-Corriere dell'Alto Adige*, rispettivamente, 21 giugno 2017 e 15 settembre 2017).

¹³ “Rivoluzionario” è etichettato nel documento della Consulta di Trento il richiamo all'autodeterminazione.

¹⁴ È pur vero, però, che il termine “sovranità” si carica oggi di significati e valenze assai distanti da quelli di un tempo, secondo quanto una nutrita dottrina ha, con varietà di toni e di rappresentazioni teoriche, ampiamente dimostrato (*ex plurimis*, A. MORRONE, *Sovranità*, in *RivistaAIC*, 3/2017, 2 agosto 2017, e, pure *ivi*, C. SALAZAR, *Territorio, confini, “spazio”: coordinate per una mappatura essenziale*; S. SASSI, *Crisi della sovranità e diritto transnazionale*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 247 ss.; A. MORELLI, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, in questa *Rivista*, *Studi 2018/I*, 97 ss.; infine, i contributi che sono in *Dir. cost.*, 1/2018, a cura di M. Cavino). Piuttosto, come si è tentato di argomentare altrove, nel quadro ad oggi assai fluido e confuso in cui si inscrivono le relazioni tra gli Stati e l'Unione, sembra maggiormente appropriato discorrere di una *sovranità “condivisa”* tra tali enti: una conclusione, questa, che, con molti e corposi adattamenti, sembra poter valere anche per le relazioni in seno alla Comunità internazionale, specie con riguardo a quei campi di esperienza in cui maggiormente fitti e intensi sono i vincoli da essa discendenti in capo agli Stati e agli altri soggetti che ne sono destinatari.

¹⁵ Questa soluzione è ora accolta anche nell'art. 6 della proposta di legge n. 43 presentata al Senato il 23 marzo 2018, a firma Steger, Unterberger e Durnwalder.

che quella che parrebbe addirittura prefigurarne il superamento si espongono ad un rilievo di fondo, che è quello di immaginare che la legge con cui viene varato il nuovo statuto possa istituire fonti concorrenziali e persino sovraordinate rispetto a se stessa. Ciò che sappiamo non potersi in alcun caso o modo avere¹⁶.

Quanto infine all'idea di far rivivere nella (e adattare alla) peculiare realtà del Trentino-Alto Adige l'Alta Corte siciliana, è sufficiente rammentare a coloro che se ne sono fatti portatori e interpreti le ragioni a suo tempo addotte dalla giurisprudenza costituzionale avverso l'ipotesi di introdurre deroghe di sorta al principio della unicità della giurisdizione costituzionale¹⁷.

3. La particolarmente marcata sottolineatura del ruolo della Provincia a fronte di quello della Regione, il problematico equilibrio che si prefigura nei rapporti tra tali enti e con lo Stato, le conferme che vengono dall'esame delle proposte relative all'assetto delle fonti (con specifico riguardo ai tipi di potestà legislative)

Particolarmente insistita è, poi, in entrambi i documenti qui fatti oggetto di un rapido commento la sottolineatura del ruolo della Provincia a fronte di quello della Regione. Il documento della Consulta trentina appare, nondimeno, più cauto e vigilato sia nei toni che nella sostanza, maggiormente avvertito dei limiti ai quali la stessa normativa costituzionale in deroga al regime comune va comunque incontro in sede di ridefinizione delle basi portanti dell'autonomia; il documento della Convenzione di Bolzano, di contro, ancora una volta si spinge ad affermazioni imprudenti ed eccessive.

3.1. Il versante dei rapporti internazionali e con l'Unione europea e il bisogno di batterlo con ancora maggiore risolutezza ed efficacia

Così, ad es., per ciò che concerne il versante dei rapporti internazionali e con l'Unione europea – un fronte, questo, sul quale fanno molto affidamento entrambi i documenti al fine di rilanciare l'autonomia verso ulteriori acquisizioni e realizzazioni –, l'organismo di Bolzano prospetta la presenza della Provincia in seno al Comitato delle Regioni. Giustamente, però, si fa notare al riguardo nel documento di Trento che alcune previsioni (tra le quali, appunto, questa) richiederebbero una disciplina con fonte dell'Unione o ad opera di altre fonti statali, riguardando la composizione della rappresentanza istituzionale della Repubblica italiana nella sua interezza. In realtà, si dovrebbe coltivare ancora meglio il fronte interno, della partecipazione delle Province (e, se si vuole, della stessa Regione) soprattutto a quanto attiene alla fase ascendente, prima ancora che a quella discendente, del processo decisionale “comunitario” (*rectius*, eurounitario) ed internazionale. Dubito, nondimeno, che siffatta partecipazione possa spingersi fino al punto di prefigurare una definizione concordata tra gli esponenti locali e il Governo della linea politica da portare al confronto coi *partners* europei, anche solo per ciò che specificamente concerne atti i cui effetti ricadano nella sfera dell'autonomia del singolo ente interessato; allo stesso tempo, si può tuttavia considerare eccessivamente riduttiva e complessivamente inappagante la mera informazione. Tra i due corni estremi segnati da quest'ultima e dalla sostanziale codecisione si possono, dunque, immaginare soluzioni intermedie, quale quella di prefigurare aggravamenti di procedura idonei a risolversi in una

¹⁶ A tutti noto, sì da non richiedere qui alcun riferimento, l'aureo insegnamento crisafulliano in tema di fonti e della loro composizione in sistema.

¹⁷ Per amore di verità, va pure rammentato che si danno casi in cui anche altri giudici (e, segnatamente, quelli comuni) si fanno garanti della costituzionalità delle leggi, sia pure in forme e con effetti peculiari (basti solo pensare alla disapplicazione delle norme interne incompatibili col diritto dell'Unione, frutto di un sindacato diffuso di costituzionalità avente a parametro l'art. 11 cost.). Com'è chiaro, si tratta, tuttavia, di cosa assai diversa da quella che si prefigura oggi per il nuovo statuto del Trentino-Alto Adige.

effettiva garanzia dell'autonomia stessa. In questo quadro, peraltro, non si dimentichi il mantenimento della partecipazione dei Presidenti degli enti dotati di speciale autonomia alle sedute del Consiglio dei ministri, ai quali tutti si potrebbe riconoscere quel rango di Ministro che la disciplina in vigore a tutt'oggi assegna al solo Presidente siciliano¹⁸.

Non c'è dubbio, ad ogni buon conto, che nelle Regioni ad autonomia differenziata, proprio per la loro posizione geografica, il terreno sul quale s'impianzano e svolgono le relazioni "estere" (in larga accezione) richieda, in sede di redazione dei nuovi statuti, di essere coltivato con una cura speciale, come d'altronde è testimoniato anche dalla bozza siciliana. Apprezzabile, dunque, l'idea di inserire nell'atto rifondativo dell'autonomia una *Europaklausel* (ciò che, peraltro, è da molti di noi e da tempo sollecitato in via generale), ponendo quindi mano ad un congruo aggiornamento dell'art. 11 della Costituzione¹⁹ e rimandando quindi per i suoi opportuni svolgimenti normativi ad un complesso organico di norme dislocate in fonti di grado e natura diversi (dalla legge statutaria ai regolamenti consiliari, ecc.)²⁰.

3.2. *La peregrina ipotesi ventilata di una eventuale soppressione della Regione*

La questione di fondo attiene, nondimeno, all'equilibrio che si vuol instaurare tra la Provincia e la Regione per un verso, lo Stato per un altro.

Per il primo aspetto, è nel giusto la decisione adottata a Trento e resa palese già nel documento preliminare licenziato dalla Consulta²¹, secondo cui è considerata contraria a Costituzione l'ipotesi della radicale abolizione della Regione. Malgrado la forza posseduta dall'atto di approvazione dello statuto, idonea ad esprimersi in disposti innovativi della Carta costituzionale, dubito molto che siffatta capacità derogatoria possa portare all'esito della soppressione della Regione se non – in via di principio – nel quadro di un complessivo ripensamento della struttura della Repubblica (ad es., in vista di un nuovo riassetto istituzionale fondato su "macroaree" territoriali). Il punto è, però, che il problema non si risolve bensì si sposta in avanti, nel momento stesso in cui l'ente è mantenuto ma subisce un tale depauperamento di funzioni da servire a ben poco, quasi a nulla (una questione, questa, che – come si sa – si è già posta per le Province nelle Regioni diverse da quella cui si riferisce questo breve commento). È ovvio che non si dispone di uno strumento sicuro col quale "pesare" il patrimonio funzionale dell'autonomia, il giudizio finale restando, in buona sostanza, demandato – come di consueto – al canone della ragionevolezza, nella sua peculiare espressione quale congruità della norma al fatto (qui, al contesto della Regione, considerato nella sua attuale, complessiva conformazione).

¹⁸ È pur vero, tuttavia, che questo riconoscimento ha fin qui dato risultati assai deludenti.

¹⁹ La qual cosa, poi, dà conferma del fatto che gli stessi enunciati espressivi di principi fondamentali non si sottraggono alla eventualità della loro revisione, sempre che la stessa si abbia *in melius*, a finalità inclusiva, e non si traduca dunque in un impoverimento della loro *vis* prescrittiva bensì in una estensione del raggio di azione di cui essi sono dotati, in linea di fedeltà e coerente sviluppo rispetto alla loro matrice originaria.

²⁰ La disciplina in parola, dunque, rivela la sua utilità a plurimi piani istituzionali ed ambiti materiali.

Si pensi, ad es., a quanto di buono se ne potrebbe avere sul terreno sul quale maturano le esperienze di garanzia. Ancora di recente, come si sa, si è assistito ad animate controversie sia tra gli operatori istituzionali che in seno alla dottrina per ciò che attiene alle tecniche di risoluzione delle antinomie tra norme sovranazionali e norme interne, specificamente per il caso che le une dovessero risultare dalla Carta di Nizza-Strasburgo, in relazione alle quali si è avuta una recente, discussa (e discutibile) pronuncia della Consulta, la [n. 269 del 2017](#), nei riguardi della quale sia la Corte dell'Unione che la Cassazione hanno già avuto modo di prendere le distanze, sia pure con toni sfumati e senza esasperare il reciproco, sostanziale dissenso. Ebbene, a mia opinione, non può essere né la sola Corte delle leggi né altre Corti a decidere in che modo questo e altri simili nodi vanno sciolti, dovendosi in primo luogo il legislatore costituzionale (e, a seguire, lo stesso legislatore comune, facendo luogo all'opportuno aggiornamento della legge n. 87 del '53) assumere fino in fondo le proprie responsabilità e dare il primo assetto ai rapporti interordinamentali, a mezzo di una disciplina pur tuttavia essenziale e sufficientemente elastica, nel rispetto e in svolgimento della quale poi la giurisprudenza potrà (e dovrà) fare, a sua volta, tutta quanta la propria parte, integrando e complessivamente mettendo a punto il dettato normativo.

²¹ ... che può vedersi, esso pure, in www.riformastatuto.tn.it, cit.

3.3. ... e l'ipotesi, accreditata nei documenti in esame, di dar vita ad una Regione "leggera" (con specifico riguardo al riparto delle materie e ai tipi di potestà legislative, in relazione alle quali si segnala la prevista – e temo illusoria – rimozione di quella concorrente)

Ad ogni buon conto, attorno all'idea di dar vita ad una Regione – come suol dirsi – "leggera" si registra un diffuso consenso, a Bolzano come a Trento; è però da chiedersi – come si diceva – quanto "leggera".

Il discorso, a questo punto, si intreccia con quello relativo ai rapporti tra Province e Stato, avuto specifico riguardo al riparto di materie e competenze tra gli enti.

Tra le novità di maggior rilievo v'è, per un verso, quella di spostare alcuni ambiti materiali in atto previsti nell'art. 117, Il c., nell'area della disciplina di autonomia (così, part., nel documento trentino) e, per un altro verso, l'altra di convertire la potestà concorrente in potestà esclusiva; allo stesso tempo, a Trento si propone di dar modo alla Regione di poter adottare discipline-quadro indirizzate alle Province²².

Giudico alquanto problematico, di ardua realizzazione, il primo proposito: nel documento licenziato a Trento, si fanno al riguardo gli esempi della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, nonché della promozione dello sviluppo economico in alcuni settori. Casi tutti, però, in cui si assiste ad un intreccio fitto ed inestricabile di interessi dalla varia natura (alcuni – è vero – anche locali ma altri non solo statali ma persino sovranazionali): immaginare dunque che d'ora innanzi possano farsi carico della loro salvaguardia le sole Province mi parrebbe francamente irrealistico.

Quanto poi alla ventilata proposta di sopprimere la potestà concorrente, debbo qui rinnovare una generale riserva che avevo a suo tempo manifestato nei riguardi del disegno Renzi; ed è che, se si ha a cuore il rilancio dell'autonomia, si va largamente fuori centro colpendo la potestà in parola.

Come sanno coloro che fanno oggetto di costante e attento monitoraggio la giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti Stato-Regioni, le più rilevanti e ormai pressoché quotidiane menomazioni dell'autonomia non si sono, infatti, avute sul terreno su cui maturano le esperienze della potestà in parola bensì su quello su cui avrebbe dovuto mettere radici e crescere la potestà "residuale" (da alcuni impropriamente detta "esclusiva"²³). Lo "spacchettamento" delle materie – com'è stato con termine brutto ma efficace da molti chiamato – e il riferimento costantemente fatto, più che alle *materie* stesse, alla natura degli *interessi* al fine di stabilire la legittimità degli interventi di questo o quell'ente (specie dello Stato) volti a farsene cura²⁴ ha fatto sì che il modello (vagheggiato – come si

²² Analoga proposta è affacciata in seno alla Convenzione di Bolzano nella relazione di minoranza di R. DELLO SBARBA e L. POLONIOLI, sopra richiamata, con la non secondaria differenza che, per quest'ultima, le discipline suddette non dovrebbero aversi su materie predeterminate bensì unicamente dietro richiesta concordata dalle due Province che dichiarino di avere interesse a disporre della normazione-quadro in parola. Si propone altresì che la Regione possa risultare destinataria, in determinate materie o loro porzioni, di deleghe da parte delle Province, adottate d'intesa tra le stesse.

²³ In realtà, come si è tentato in altri luoghi di mostrare, nessuna potestà lo è mai stata, né mai può esserlo, per la elementare ragione che su ogni ambito materiale hanno (e devono avere) modo di spiegarsi norme statali a presidio dell'unità-indivisibilità dell'ordinamento. Il punto è, piuttosto, l'altro, relativo a fin dove si giustifichino gli interventi a garanzia di siffatto valore senza che ne risulti eccessivamente penalizzata l'autonomia: secondo modello, infatti, proprio gli atti specificamente adottati a salvaguardia dell'unità dovrebbero promuovere e valorizzare l'autonomia, non già penalizzarla o – peggio – svuotarla di pratico senso. Non si vuole, insomma, la prevalenza e vera e propria sopraffazione "tirannica" di un valore sull'altro bensì la congiunta e paritaria loro affermazione. Ancora in altri luoghi si è tenuto a precisare che, a ben vedere, non si tratta di due valori distinti (ovvero contrapposti, chiamati a farsi una guerra perenne e senza risparmio di colpi) bensì delle due facce, ciascuna delle quali isolatamente presa inespressiva, di un unico, internamente articolato, valore che è appunto quello della unità *per il tramite* della promozione dell'autonomia, ovvero sia di quest'ultima *nella* unità-indivisibilità dell'ordinamento.

²⁴ La complessiva, non lineare e particolarmente sofferta, vicenda delle materie, specie per il modo con cui ha preso forme continuamente cangianti in giurisprudenza, ha costituito oggetto di molti studi, tra i quali richiamo qui solo quelli di F. BENELLI, *La "smaterializzazione delle materie". Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della*

sa – *ab antiquo* da una nutrita schiera di studiosi) della separazione delle competenze si sia trovato costretto a ripiegare di continuo e in rilevante misura a beneficio dell'opposto modello della integrazione delle competenze stesse. Ed è allora da chiedersi cosa mai possa far pensare che così non sarà anche per l'avvenire, quando ormai proprio quest'ultimo modello va sempre di più diffondendosi e radicandosi a plurimi livelli istituzionali (anche, dunque, al piano delle relazioni interordinamentali, ad es. a quello dei rapporti tra Unione europea e Stati). D'altro canto, l'uso concretamente fattosi delle clausole "trasversali"²⁵, come pure dei limiti alla potestà primaria e dei limiti "verticali" in genere all'autonomia, dimostra quanto sia sottile e, a conti fatti, evanescente la linea distintiva tra tipo e tipo di potestà legislativa. Cosa mai, dunque, potrà evitare lo scadimento della potestà esclusiva in potestà concorrente o, addirittura, in potestà attuativo-integrativa pur dopo il varo del nuovo statuto?

Il vero è che – come una pluridecennale esperienza insegna – il "metodo" della determinazione dei campi materiali rimessi alla coltivazione di questo o quell'ente a mezzo di etichette, come pure il "metodo" della definizione dei limiti "verticali" attraverso il ricorso a formule concettualmente sibilline ed evanescenti, non garantiscono nessuno degli attori sulla scena, in ispecie i soggetti politicamente più deboli (Regioni e Province), e non garantiscono neppure... *gli stessi garanti* (a partire dai giudici costituzionali) avverso il rischio della sistematica delegittimazione fondata su critiche fin troppo facili e persino scontate. Si tratta dunque – come si dirà a momenti – di battere altre vie al fine del sostanziale recupero di un'autonomia che è molte, troppe volte sacrificata e persino immolata sull'altare di interessi assiomaticamente ritenuti di natura o dimensione nazionale o, addirittura, sovranazionale.

Il principio della separazione delle competenze può, dunque, essere preservato, come lo è stato (sia pure in forme che meriterebbero di essere riconsiderate), al piano delle garanzie, acconsentendosi²⁶ – così come fa per il Trentino-Alto Adige il d.p.r. n. 266 del 1992 – alla perdurante efficacia per un certo tempo di norme regionali o provinciali in attesa del loro doveroso adeguamento a sopravvenienti norme statali alle quali sono tenute a prestare osservanza. Qui, però, il nodo è a monte, vale a dire nell'attrazione di porzioni di materie (*rectius*, di fasci d'interesse, ché di questo, come si diceva, in buona sostanza si tratta) a beneficio della competenza di questo o quell'ente (con un moto e in un verso, però, tendenzialmente ascendente).

Per quest'aspetto, si può (e, anzi, si deve) avere maggiore cura nella redazione degli elenchi delle materie (se non altro al fine di evitare sviste macroscopiche, quali quelle commesse in sede di rifacimento del Titolo V²⁷) e, se si vuole, si possono apportare alcune precisazioni utili ad arginare in

Costituzione, Giuffrè, Milano 2006; S. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello Stato regionale. La definizione delle competenze legislative nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino 2012; M. BELLETTI, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale. Tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Aracne, Roma 2012. Utili indicazioni anche da AA.VV., *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001. Analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale fra Stato e Regioni 2001-2014*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; L. GIURDANELLA, *Le leggi di potestà residuale delle Regioni ordinarie*, Aracne, Roma 2015; M. CARRER, *La delenda potestas. Guida alla lettura dei principi fondamentali delle materie di potestà legislativa concorrente in quindici anni di giurisprudenza costituzionale*, in Federalismi.it, 23/2016, 30 novembre 2016.

²⁵ ... per riprendere qui, ancora una volta, la fortunata etichetta coniata da G. FALCON, *Modello e "transizione" nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 6/2001, 1252 s.; altri invece (a partire da A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 1/2003, 15 ss.) preferiscono – come si sa – discorrere di "materie-non materie".

²⁶ ... sempre che ciò sia giudicato opportuno. Mi limito, però, qui ad osservare che tenere in vita, sia pure per un tempo limitato, norme la cui invalidità risulti palese può comportare gravi pregiudizi per la collettività, specie laddove dovessero risultarne intaccati diritti fondamentali.

²⁷ Accenno qui di sfuggita che eccessiva è però parsa la reazione operata dal disegno Renzi-Boschi che si è fatto prendere troppo la mano, non limitandosi a rimediare alle sviste in parola e, perciò, sacrificando oltre misura, irragionevolmente, l'autonomia. Né, a sia pur parziale compenso, varrebbe addurre la prevista presenza nel nuovo Senato dei rappresentanti delle Regioni (e Province autonome), dal momento che siffatta partecipazione restava misteriosa e sommamente aleatoria, siccome a conti fatti rimessa in ordine alla determinazione della sua consistenza e complessiva conformazione alla (futura) disciplina elettorale.

una qualche misura la marea montante delle competenze “trasversali” dello Stato, come si propone nel documento della Consulta di Trento (non saprei però dire quanto sia davvero praticabile l’idea in esso caldeggiata di circoscrivere alle sole norme d’indirizzo le previsioni riguardanti i livelli essenziali delle prestazioni, “previa intesa in relazione alle compatibilità finanziarie”).

Sta di fatto, però, che i punti di equilibrio, continuamente cangianti da materia e materia e, per ciascuna di esse, nel tempo, vanno fissati, il più delle volte a fatica e con una certa approssimazione, nell’esperienza (e solo in essa), in ispecie attingendo a tutte le risorse disponibili in ordine ad una proficua cooperazione, specie nelle sedi istituzionali in cui si adottano decisioni (in senso lato) idonee ad incidere in significativa misura sull’autonomia. Per il resto, ogni accorgimento può rivelarsi un’arma a doppio taglio, della quale – come di ogni arma – possono farsi usi buoni ovvero cattivi.

Si pensi, ad es., alla proposta volta ad accompagnare la previsione della clausola “residuale” con un elenco di materie di potestà “esclusiva” delle Province²⁸. Il cumulo delle due tecniche di riparto delle materie (elenco delle stesse e clausola “residuale”) può invero dar vita – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – a vantaggi come pure ad inconvenienti: dà, infatti, un minimo di base (relativamente) sicura all’autonomia su cui poggiare avverso riduttive letture della clausola suddetta ma può, nei fatti, risolversi proprio in queste ultime, vale a dire nel riconoscimento unicamente delle materie nominate quali oggetti di regolazione delle fonti locali. Anche la c.d. clausola di salvaguardia, che ha per fine l’obiettivo di evitare interpretazioni *in peius* di materie e competenze, potrà dare adito a non poche incertezze e controversie, esattamente così come si è avuto per le Regioni di diritto comune in relazione alla clausola di maggior favore, di cui all’art. 10, l. cost. n. 3 del 2001. E non si può, per chiudere sul punto, non rilevare come almeno in parte si possa porre rimedio alle incertezze in parola a mezzo di un uso accorto e vigilato delle tecniche di redazione delle leggi e degli atti normativi in genere; ed è strano che non si sia pensato nei documenti qui presi in esame di fare parola della qualità della normazione e dei modi idonei a preservarla²⁹.

4. La ricerca di un sostanziale recupero dell’autonomia a mezzo di un’adeguata ridefinizione degli istituti di partecipazione e di collaborazione, alcune timidezze espressive denunziate dai documenti presi in esame e l’auspicio di un’ancora più incisiva previsione degli istituti stessi, in vista dell’ottimale appagamento delle istanze di autonomia

Il vero è che – è ormai provato – un sostanziale recupero dell’autonomia va ricercato soprattutto coltivando a modo il terreno su cui crescono gli istituti di partecipazione e di cooperazione. Un canone, questo, di metodo delle relazioni istituzionali, di cui l’esperienza ci consegna alle volte una rappresentazione riduttiva e deformante, ma del quale non può comunque farsi a meno, specie dopo l’acclarato fallimento della “logica” della separazione delle competenze, obbligata a farsi di continuo da parte a fronte di interessi dalla natura assai varia e composita, strettamente intrecciati tra di loro, sì da richiedere sforzi congiunti, prodotti – come suol dirsi – in spirito di “leale cooperazione”, in vista del loro appagamento nei limiti consentiti dalle difficili condizioni di contesto. Un canone, dunque, per sua indeclinabile vocazione, onnipervasivo, atto cioè ad espandersi per ogni ambito materiale e tipo di funzione, a plurimi livelli istituzionali, nonché al piano delle relazioni interordinamentali: *allgemeingültig*, insomma. C’è da dire, nondimeno, che il metodo della “cooperazione”, specie nella sua forma emblematica dell’intesa “forte”, può fare alle volte da ostacolo ad un bisogno elementare di funzionalità dei meccanismi istituzionali: occorre, perciò, rivenire punti

²⁸ Questa tecnica di riparto delle materie è ora accolta anche nell’art. 8 della proposta di legge n. 43, *retro*, cit.

Confesso che non mi è chiaro se, in base al documento della Consulta di Trento, la clausola “residuale” giochi solo a favore delle Province stesse ovvero se possa – come parrebbe – valere anche a beneficio della Regione (ma, in questo caso, come si conciliano le due clausole “residuali”). Troviamo, infatti, in esso scritto che, in forza della clausola suddetta, “sono assegnate alla Regione e alle Province autonome tutte le materie che non spettino allo Stato in forza dell’articolo 117, secondo comma, e che contemporaneamente non siano assegnate loro con maggiore autonomia dallo Statuto”.

²⁹ Se ne discorre, invece, nella bozza siciliana, all’art. 50.

di equilibrio o, diciamo pure, forme di bilanciamento, in ragione dei casi, tra istanze tutte meritevoli di salvaguardia.

4.1. *Le intese per l'avocazione delle funzioni amministrative in sussidiarietà*

Si pensi, ad es., a quanto attiene all'attivazione della sussidiarietà: un principio che è pure, nei fatti, una tecnica a doppia faccia e a doppio verso di marcia, potendo portare funzioni (e, perciò, interessi) ora (e tendenzialmente) verso il basso ed ora verso l'alto. Ebbene, prefigurare – come si fa nel documento trentino – che l'avocazione allo Stato di competenze amministrative³⁰ possa aver luogo unicamente dietro intesa con la Regione o la Provincia, a seconda della competenza di volta in volta in rilievo, può determinare situazioni di stallo bisognose comunque di essere sbloccate (nel documento suddetto non è chiaro, tuttavia, in che modo ciò possa aversi).

4.2. *L'intreccio tra la cooperazione interorganica e quella intersoggettiva*

I documenti qui annotati nelle loro più salienti espressioni sembrano, ad ogni buon conto, essere consapevoli del cruciale rilievo della cooperazione sia interorganica che intersoggettiva, pur riproponendo – come si è veduto – alcuni schemi ispirati alla “logica” della separazione delle competenze, quale quello sopra richiamato con riguardo alle potestà “esclusive” di normazione. In particolare, il metodo in parola sembra essere ancora più marcato e meglio esplicitato nel documento della Consulta di Trento rispetto all'analogo documento licenziato a Bolzano.

In esso, infatti, la cooperazione interorganica (segnatamente, tra Consiglio e Giunta) fa tutt'uno con quella Stato-autonomie territoriali; e, quanto più si sottolinea il rilievo di questa, tanto più si rende indispensabile far crescere e diffondere quella. Se ne ha conferma dal coinvolgimento che si vuol assicurare dei Consigli provinciale e regionale nelle attività degli esecutivi, specie in quelle poste in essere in sede di Conferenza Stato-Regioni e Conferenza Unificata a mezzo di meccanismi di informazione aventi ad oggetto provvedimenti legislativi³¹.

4.2.1. *... e il bisogno di renderla ancora più salda ed efficace, anche a mezzo della “invenzione” di nuovi tipi e sottotipi di leggi*

A mia opinione, tuttavia, i documenti in parola esibiscono al riguardo una eccessiva timidezza espressiva e meglio avrebbero fatto a spingersi ancora più in là lungo la strada intrapresa: ad es., per ciò che attiene alle dinamiche istituzionali destinate a produrre i loro effetti in ambito regionale e provinciale, articolando meglio i procedimenti legislativi, inventando tipi e sottotipi di legge variamente aggravate in relazione agli oggetti della relativa disciplina e stabilendo corsie preferenziali per alcuni disegni di legge o maggioranze più elevate di quella semplice in caso di scostamento dal parere richiesto alla Giunta o ad altri organismi (anche di garanzia della legalità statutaria) ovvero a formazioni sociali espressioni della comunità organizzata (ordini professionali, università, ecc.)³².

³⁰ ... e, di riflesso, in virtù del parallelismo delle funzioni, delle corrispondenti potestà di normazione, secondo lo schema affermato dopo [Corte cost. n. 303 del 2003](#).

³¹ Un modulo di partecipazione attraverso la Commissione parlamentare per le questioni regionali è ora prefigurato dal progetto di legge n. 21 del 23 marzo 2018, presentato al Senato a firma Durnwalder, Steger e Unterberger, nel quale si prevede che dell'organo suddetto facciano altresì parte un rappresentante per ogni Regione, per ciascuna Provincia autonoma, nonché diciotto rappresentanti dei Comuni e delle Province, ai quali tutti dovrebbe essere riconosciuta la garanzia della insindacabilità per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni.

³² Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Per un nuovo Statuto della Regione siciliana*, che è nel vol. dietro cit. dall'omonimo titolo, nonché in questa [Rivista, Studi 2017/II](#), 253 ss., spec. 255, laddove si sollecita la “invenzione” di leggi organiche, leggi variamente tipizzate nella competenza, quali quelle che disciplinano gli istituti di

4.2.2. *La partecipazione dei Consigli alla formazione delle norme di attuazione dello statuto e la necessità di fissare tempi certi per l'adozione di queste ultime*

Opportuna è, ad ogni buon conto, la previsione, caldeggiata nella relazione di R. Dello Sbarba e L. Polonioli, dietro già richiamata, di un parere obbligatorio del Consiglio provinciale sulle norme di attuazione prima della loro definitiva approvazione da parte delle Commissioni paritetiche³³, per quanto siffatto modulo di cooperazione interorganica faccia correre il rischio di indebolire la posizione complessiva dell'ente, per il caso che dovessero trasparire contrasti o, comunque, scostamenti d'indirizzo tra gli organi provinciali. Preferibile è, piuttosto, prefigurare una cooperazione in una fase ancora anteriore (ad es., sotto forma di atti d'indirizzo somministrati dal Consiglio alla Giunta e, per il tramite di questa, ai rappresentanti regionali nelle Commissioni), risultandone quindi ancora più rafforzata la capacità contrattuale dell'ente nel suo complesso nei riguardi della controparte. Nell'interesse di tutti gli attori istituzionali (in ispecie di quelli portatori di autonomia), poi, è sommamente opportuna la previsione, caldeggiata nel documento della Consulta di Trento, di tempi certi per l'adozione dei decreti adottati dal Governo in chiusura dei lavori delle Commissioni, per quanto sia poi arduo assicurarne il rispetto³⁴.

4.2.3. *Il concorso offerto dai Consigli alla messa a punto degli atti giuntali di normazione*

Questo schema avrebbe richiesto (e un domani richiederebbe), a mio modo di vedere, una generale applicazione: ad es., con riguardo ad eventuali atti giuntali con forza di legge, qualora se ne dovesse avere la previsione³⁵, o con riguardo ad alcune specie di regolamenti (e, segnatamente, a quelli di rango sostanzialmente primario, principalmente i delegati), sui quali prima della loro adozione potrebbe essere opportuno acquisire il parere di una o più commissioni consiliari (rilevo *per incidens* la grave lacuna che si riscontra in tutti i documenti presi in esame con riferimento proprio all'esercizio delle potestà regolamentari, il cui proficuo utilizzo è evidentemente sottostimato, malgrado l'aspettativa nutrita da coloro che hanno varato i documenti stessi di un corposo aumento degli ambiti materiali rimessi sotto il dominio dell'autonomia).

democrazia diretta o le altre che danno esecuzione ad accordi e intese con enti di altri ordinamenti o danno seguito ad impegni assunti in ambito eurounitario.

³³ Similmente, ma con maggiore vaghezza, si esprime il documento trentino.

³⁴ Impervia, infatti, la via del conflitto di attribuzione, *sub specie* del conflitto da menomazione, che ad ogni buon conto non dà alcuna garanzia di sollecita entrata in vigore delle norme in parola (in generale, sui non pochi né lievi problemi che annosamente si trascinano con riferimento a queste peculiari specie di norme e sulle esperienze maturate in occasione della loro adozione, v., di recente, G. VERDE, *La collaborazione intergovernativa nell'esperienza delle autonomie speciali*, in Federalismi.it, 8/2018, 11 aprile 2018, il quale fa, tra l'altro, opportunamente notare che “lo strumento che più di ogni altro ha inchiodato le Regioni speciali al loro passato è stato probabilmente quello delle norme di attuazione degli Statuti”, “*privilegio e condanna* per le autonomie particolari”: 11).

³⁵ Sul punto, però, serie riserve si registrano nel documento di Trento. In particolare, a fronte della proposta volta ad introdurre nella futura legge statutaria la previsione di deleghe legislative dal Consiglio provinciale alla Giunta, novità caldeggiata dalla stessa Giunta nel corso di un'audizione tenutasi il 27 marzo 2017, la Consulta ha opposto che si tratterebbe di un *unicum* (argomento, per vero, non irresistibile) e che risulterebbe indebolito il ruolo del Consiglio, senza che peraltro la novità stessa trovi giustificazione, stante la esigua composizione numerica del Consiglio stesso, che dà modo all'organo di affrontare con tempestività i problemi ai quali è chiamato a far fronte. Proprio però l'esiguità in parola potrebbe spingere verso la soluzione opposta, specie nel quadro di un corposo rinvigorismento del patrimonio funzionale della Provincia, dal momento che potrebbe fare da ostacolo all'adozione di discipline organiche chiamate a distendersi sopra campi materiali particolarmente estesi. È stata altresì presa in considerazione dalla Consulta la eventualità di far menzione dei testi unici, che però potrebbe presentare l'inconveniente di far ripartire i termini per la impugnazione delle relative norme davanti alla Corte costituzionale. In conclusione, il documento rileva la opportunità di riesaminare la questione.

4.2.4. *La partecipazione dei Comuni e delle formazioni sociali all'adozione degli atti (normativi e di amministrazione), specie attraverso un congruo rifacimento dei relativi procedimenti, e la questione di fondo relativa a condizioni e modi d'inveramento del valore democratico nell'esperienza*

È ovvio, poi, che le più salienti espressioni di un esercizio integrato e partecipato delle competenze sono quelle che risultano sorrette e – vorrei dire – illuminate dall'apertura alle forze vive della comunità organizzata e degli enti territoriali minori (e, dunque, dei Comuni), la quale ultima riceve una particolarmente marcata sottolineatura nel documento trentino, nel quale si fa esplicita menzione, in via generale, della partecipazione dei Comuni alle decisioni legislative e amministrative e alla revisione dello statuto (in forme, nondimeno, tutte da studiare)³⁶.

Quanto poi alla partecipazione popolare, apprezzabile è il legame intravisto con la buona amministrazione, messo in evidenza nel documento trentino, per quanto – com'è chiaro – non soltanto in funzione di quest'ultima esso possa (e debba) valere, dovendosi in primo luogo proiettare e rendersi apprezzabile al piano della formazione delle decisioni politiche (e, specificamente, di quelle politico-normative).

Non mi soffermo qui sugli strumenti tradizionali di partecipazione, quali la petizione o l'iniziativa legislativa, che, per l'una o l'altra ragione, hanno dato risultati poco significativi (per non dire, sconsigliati). Il punto è, però, che, prima di pensare a nuovi strumenti (tra i quali l'istruttoria pubblica, di cui si fa parola nel documento trentino e nella relazione di R. Dello Sbarba e L. Polonioli³⁷), occorrerebbe far luogo ad una disincantata, cruda riflessione sui modi con cui il valore democratico si è inverteo nell'esperienza, a tutti i livelli istituzionali, in merito alle cause che ne hanno determinato il sostanziale fallimento, ai margini effettivamente disponibili per un suo seppur parziale recupero (sempre che vi siano le condizioni idonee a consentirlo...).

La partecipazione popolare negli statuti regionali, con specifico riguardo a quelli di diritto comune, è stata – come si sa – fin troppo declamata; aggiungere verbose espressioni anche negli statuti delle Regioni ad autonomia differenziata, attinte in modo più o meno ripetitivo dai cataloghi in atto esistenti, non soltanto giova a poco o a nulla ma – di più – rischia di suonare quale un'autentica beffa per coloro a cui beneficio le espressioni stesse sono pensate. Piuttosto, ancora una volta, occorre battere il tasto dei procedimenti, prefigurare cioè passaggi in seno a questi ultimi nei quali deve, a pena d'invalidità degli atti formati in disprezzo delle previsioni in parola, essere garantita la presenza di esponenti della società civile. Ad es., con riferimento ai progetti di legge d'iniziativa popolare, occorre non soltanto stabilire tempi certi per il loro esame, dandovi la precedenza rispetto ad altri progetti (compresi quelli giuntali³⁸), ma assicurare la partecipazione ai lavori consiliari di esponenti qualificati della comunità (quali le categorie interessate del mondo del lavoro e della cultura). Si potrebbe inoltre immaginare, come si diceva poc'anzi, per alcuni tipi di legge, il superamento del parere contrario manifestato da gruppi sociali qualificati unicamente con una maggioranza più elevata di quella semplice, e via dicendo.

È poi da vedere quanta parte di queste previsioni meriti espliciti riferimenti nello statuto e quant'altra ancora meglio si farebbe a demandare a sedi diverse di normazione (quali la legge statutaria o i regolamenti consiliari).

³⁶ Promosso, in particolare, l'associazionismo tra i Comuni ed evidenziato il ruolo del CAL; l'una e l'altra cosa, nondimeno, richiederebbero un maggiore supporto nella futura disciplina statutaria, se non altro al fine di fugare il rischio di deludenti esiti nell'esperienza, quali quelli riscontrati in molte Regioni (in argomento, da ultimo, E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il CAL tra sogno e realtà. Problemi attuali delle istituzioni di raccordo nel sistema regionale delle fonti*, in Federalismi.it, 5/2018, 28 febbraio 2018).

³⁷ In quest'ultima si prospetta altresì l'istituzione del *Bürgerrat* (con richiamo all'esperienza del *Voralberg* austriaco), quale si ha con l'estrazione a sorte di un campione di cittadini dei quali si chiede il parere su questioni di pubblico interesse, nonché l'introduzione del c.d. "bilancio partecipativo", adottato in alcune città di altri Paesi.

³⁸ ... i quali, a loro volta, potrebbero godere, perlomeno con riferimento ad alcune materie o specie di leggi, di precedenza rispetto ad altri.

4.2.5. *La cooperazione Consiglio-Giunta in sede di ricorsi alla Corte costituzionale*

Anche per ciò che attiene alla disciplina delle procedure di garanzia dell'autonomia, a partire ovviamente dai giudizi davanti alla Corte costituzionale, si può andare oltre la pur opportuna previsione di forme di collaborazione tra Consiglio e Giunta, saldando – come si viene dicendo – le dinamiche della forma di governo a quelle della “forma di Provincia” (o di Regione), vale a dire innestando le seconde nelle prime, rese in tal modo ancora più qualificate, genuinamente espressive di autonomia. Condivido, dunque, la proposta venuta da Trento di appuntare in capo alla Giunta la difesa dell'ente davanti alla Consulta, ma giudico insufficiente la previsione di un mero obbligo di comunicazione al Consiglio, che rischia di tradursi in una clausola di stile, in un inutile rituale insomma³⁹.

4.2.6. *La cooperazione alla prova del nove delle revisioni statutarie*

Il terreno, nondimeno, sul quale emblematicamente si misura ed apprezza la cooperazione sia interorganica che intersoggettiva è quello sul quale maturano le esperienze di più immediato e diretto rilievo costituzionale, quelle cioè che riguardano le future modifiche dello statuto.

Del bisogno di assicurare la più larga partecipazione si fanno interpreti entrambi i documenti qui presi in esame. In particolare, in quello della Consulta di Trento si prefigura un'intesa di Stato, Regione e Province sui contenuti dell'atto di revisione, prefigurandosi allo stesso tempo il coinvolgimento dei Consigli; e di un'intesa “forte” si fa altresì menzione nel documento della Convenzione di Bolzano. Il rischio è, nondimeno, duplice: per un verso, che, ove l'intesa sia comunque richiesta e non sia raggiunta, venga a determinarsi una situazione di stallo comunque pregiudizievole e, per un altro verso, che non siano adeguatamente salvaguardate le istanze facenti capo al valore di unità.

Ovviamente, possono essere immaginate diverse soluzioni idonee a preservare quest'ultima senza sacrificare allo stesso tempo l'autonomia: ad es., ove si dovesse convenire sulla opportunità di tenere ferma l'intesa “forte”, sarebbe a mio modo di vedere opportuno ripristinare il referendum nazionale; di contro, convertendosi l'intesa stessa in “debole”, la consultazione popolare potrebbe non aversi, e così via⁴⁰.

³⁹ Nella più volte richiamata relazione di R. DELLO SBARBA e L. POLONIOLI si prefigura altresì una procedura di conciliazione prima del ricorso alla Corte costituzionale che dovrebbe svolgersi presso la Commissione paritetica competente. È tuttavia da vedere come la procedura stessa possa essere concretamente configurata: non si dimentichino, infatti, le torsioni avutesi nell'esperienza con riguardo allo strumento di “cooperazione” costituito dal rinvio con richiesta di riesame, previsto dall'originario art. 127 della Costituzione, che ha alimentato defatiganti trattative tra Regione e Governo, i cui esiti hanno visto innaturalmente convertite molte leggi da atti espressivi di autonomia in atti sostanzialmente “complessi”, frutto dell'incontro delle volontà di controllato e controllore. Purtroppo, però, come si sa, il “metodo” delle trattative non è cessato pur dopo la “novella” del 2001, di cui rendono eloquente conferma i non infrequenti casi di cessazione della materia del contendere per rinuncia al ricorso da parte del Governo accettata dalla controparte.

⁴⁰ Queste ed altre eventualità sono discusse nel mio *Per un nuovo Statuto della Regione siciliana*, cit. Cfr., poi, la soluzione al riguardo adottata nella bozza siciliana, laddove s'immagina che il parere contrario ovvero subordinato a certe condizioni dell'Assemblea regionale nei riguardi dei progetti d'iniziativa governativa o parlamentare possa essere superato dalle Camere unicamente a mezzo di un'approvazione adottata a maggioranza assoluta in prima deliberazione e dei due terzi nella seconda.

Rammento al riguardo una proposta di legge presentata il 23 marzo 2018 al Senato, a firma Durnwalder, Steger e Unterberger, la n. 29, di modifica degli statuti di speciale autonomia, secondo cui i Consigli regionali (in Sicilia, l'Assemblea) e, in Trentino-Alto Adige, anche i Consigli provinciali sono chiamati a pronunciarsi entro tre mesi sul testo di modifica statutaria approvato in prima deliberazione dalle Camere: si prevede, poi, il caso che essi si oppongano all'intesa a maggioranza dei due terzi dei loro componenti; decorso il termine suddetto senza che vi sia stato diniego all'intesa, le Camere possono procedere alla seconda deliberazione. Con specifico riguardo al Trentino-Alto Adige, è

5. Una succinta notazione finale con riguardo al mutamento di prospettiva da cui richiedono di essere vagliate le proposte di riforma, che è quella di un' autonomia intesa non già quale rivendica di poteri da parte di Regioni e Province (e del personale politico che le governa) bensì quale servizio apprestato ad alcuni dei bisogni maggiormente avvertiti in seno alla comunità stanziata sul territorio

Ciò che, nondimeno, in conclusione, più di ogni altra cosa conta è la prospettiva da cui riguardare all' autonomia, alle sue forme espressive, agli ambiti materiali in cui spiegarsi, agli effetti in essi prodotti. Non si tratta, infatti, di seguitare a riproporre stancamente un' idea che da tempo giudico impropria, deformante, dell' autonomia stessa, vista quale rivendica di spazi o di strumenti di potere da parte di un ente territoriale minore nei riguardi di enti maggiori (a partire, ovviamente, dallo Stato). Il rischio è poi che tutto ciò porti il personale politico chiamato ad esercitarlo a richiudersi in modo sterile ed autoreferenziale in se stesso, riproducendosi al proprio interno ed avendo esclusivamente per mira la propria affermazione, la massima consentita dal quadro politico, economico, sociale in cui opera e si fa valere. Di contro, occorre recuperare il senso genuino, originario, dell' autonomia e, in genere, della gestione della cosa pubblica, che – non mi stancherò di ripetere – è quello del *servizio* prestato alla comunità, specie ai soggetti o a loro gruppi esponenziali particolarmente vulnerabili ed esposti (portatori di handicap, minori, anziani, stranieri, poveri, ecc.)⁴¹: un servizio – è appena il caso qui di esplicitare – che, al fine di poter essere svolto nel migliore dei modi alle condizioni oggettive di contesto, richiede appunto di ispirarsi e svolgersi all' insegna dei principi di partecipazione, controllo, responsabilità.

I documenti qui fatti oggetto di un rapido esame contengono spunti interessanti in tal senso, che meritano di essere ripresi con ancora maggiore coraggio e determinazione, senza mai perdere di vista i connotati complessivi del tempo presente, che è tempo di profondi rivolgimenti sociali (testimoniati dalle imponenti migrazioni di massa) e di grandi aspirazioni ideali (quali si specchiano nelle pretese crescenti e viepiù diffuse di riconoscimento di nuovi diritti fondamentali) ma anche di forti contraddizioni e tensioni nel mondo politico come pure nella società, di non poco disorientamento e di vero e proprio scoramento collettivo, quale emblematicamente si rispecchia nella *escalation* del populismo, nonché nella disaffezione diffusa e crescente nei riguardi della politica e del personale che vi dà voce. Davanti a tutto questo (e ad altro ancora) il nuovo statuto non può restare indifferente o darvi solo parziale e riduttivo rilievo. Proprio il Trentino-Alto Adige, che è terra di frontiera in cui la pluralità delle culture ha costituito un problema ma anche una risorsa preziosa da coltivare con estrema cura, deve fare tutta quanta la propria parte offrendosi quale “luogo” in cui il multiculturalismo può essere preservato al meglio e – fin dove possibile – convertirsi in interculturalismo⁴².

Le soluzioni disegnabili sulla carta non mancano: alcune sono già delineate nei documenti qui annotati o in relazioni di coloro che non si sono riconosciuti nella tesi prevalse in seno alla Convenzione⁴³, ma molto di più e di meglio può farsi lungo la via intrapresa con coraggiosa

detto che debba pronunziarsi il Consiglio “interessato”; la qual cosa, però, non è affatto agevole da stabilire, posto che ogni modifica (o quasi) astrattamente potrebbe “interessare” tanto l'organo regionale quanto quelli provinciali.

⁴¹ Emblematico è quanto si afferma in un documento elaborato dalla Consulta di Trento in cui si prefigurano alcuni esempi di articolato, con riferimento all' “ambito tematico V: cittadinanza responsabile e buona amministrazione”, nell' art. A, laddove è fatto riconoscimento di pari diritti “a tutte le persone”.

⁴² Su siffatta conversione la più sensibile dottrina richiama da tempo l' attenzione (tra gli altri, L. D'ANDREA, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 aprile 2009 e, quindi, V. BALDINI, *La società multiculturale come “questione” giuridica*, nella Rivista telematica del *Gruppo di Pisa*, 15 febbraio 2011; F. FRENI, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Giuffrè, Milano 2012; A. RANDAZZO, *Ruolo genitoriale e società interculturale*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè - I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 401 ss.; S. BONFIGLIO, *Per una teoria interculturale dei diritti fondamentali e della Costituzione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2016, 119 ss.).

⁴³ Così, nella relazione di R. DELLO SBARBA e L. POLONIOLI, cit., si sollecita una modifica dell' art. 2 dello statuto volta a dare un riconoscimento alle nuove minoranze venutesi a creare per effetto dei movimenti migratori. Come si viene

determinazione ispirata e sostenuta dal riferimento ai valori (primo su tutti, quello di solidarietà) cui la legge fondamentale della Repubblica dà voce⁴⁴.

dicendo, è però necessario fare di più, predisponendo sedi, strumenti, procedure in grado di dare appagamento ai bisogni di queste persone che hanno perduto tutto fuorché la speranza di poter finalmente trovare un luogo in cui stabilirsi per godere di un'esistenza "libera e dignitosa", per riprendere una felice espressione della nostra Carta costituzionale.

⁴⁴ Penso, per fare ora solo un ultimo esempio, al riconoscimento di molti strumenti di partecipazione, ad oggi negati, a beneficio degli stranieri residenti in modo stabile nel territorio della Regione. Ciò che darebbe modo agli autori del nuovo statuto di mostrarsi portatori di un'idea rinnovata di "cittadinanza" (quale *partecipazione*, appunto, più che quale *appartenenza*) nella quale larghi strati della società e della cultura (ma – ahimè – in minor misura della politica) *toto corde* si riconoscono.

Paolo Addis
Disabilità e giuramento per l'acquisizione della cittadinanza
(osservazioni a [Corte cost., sent. 258/2017](#))

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. 2. I profili di incostituzionalità individuati nell'ordinanza di rimessione. 3. L'*iter* argomentativo della Consulta. 4. Le ragioni dell'incostituzionalità della normativa *de qua*. 5. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità come parametro interposto. 6. Rilievi conclusivi.

1. Considerazioni preliminari.

K. S. è nata in India, ma vive da anni a Carpi, in provincia di Modena. È affetta da «epilessia parziale con secondaria generalizzazione» e da «ritardo mentale grave in pachigia focale». Suo padre, A.S., che è anche il suo amministratore di sostegno, chiede al giudice tutelare di autorizzare la trascrizione del decreto concessivo della cittadinanza a favore di K. S., pur in assenza del giuramento che la legge prescriveva nell'ambito del procedimento per l'acquisizione della cittadinanza.

A tal riguardo, infatti, l'art. 10 della l. 91 del 5 febbraio 1992 disponeva che «il decreto di concessione della cittadinanza non ha effetto se la persona a cui si riferisce non presta, entro sei mesi dalla notifica del decreto medesimo, giuramento di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato.». Ancora, l'art. 7 del d.p.r. n. 572 del 12 ottobre 1993 e l'art. 25 del d.p.r. n. 396 del 3 novembre 2000 ribadiscono l'obbligatorietà del giuramento e ne disciplinano alcuni aspetti pratici.

K. S. non è in grado di prestare tale atto alla presenza dell'ufficiale di stato civile. Quindi, stante il dettato normativo, non potrebbe vedersi riconosciuto, al termine del procedimento di acquisizione, lo *status* di cittadina italiana, dal momento che il legislatore nulla dispone in ordine alle persone con disabilità impossibilitate a prestare giuramento.

E ciò – secondo il giudice tutelare del tribunale di Modena – è in contrasto con la Costituzione, con alcune norme di diritto internazionale e col il diritto dell'Unione europea.

Questa, in estrema sintesi, la situazione dalla quale è scaturita la [sentenza della Corte costituzionale n. 258/2017](#), qui commentata. Lo scopo di questo scritto è analizzare sinteticamente la questione di legittimità costituzionale come prospettata dal giudice *a quo* e passare in rassegna i punti salienti dell'*iter* argomentativo che ha condotto la Consulta a dichiarare la parziale incostituzionalità della disciplina richiamata appena sopra.

2. I profili di incostituzionalità individuati nell'ordinanza di rimessione.

Nell'ordinanza di rimessione alla Corte (ordinanza del 6 dicembre 2016, iscritta al n. 63 del registro ordinanze 2017), il giudice emiliano compie innanzitutto una ricognizione del diritto positivo vigente, sottolineando come il giuramento, in dottrina, sia configurato come «sempre [...], in ogni luogo, diretto a “rafforzare una pronunzia del giurante” e come esso “non è più che la forma rafforzata di una promessa, una solennità supplementare destinata indubbiamente a fare riflettere il giurante sulla gravità dell'atto che sta compiendo, ma che giuridicamente non lo modifica e nulla vi aggiunge”. La portata di tale atto si esplica su un piano prevalentemente morale, in quanto “sospinge, attraverso un vincolo interno, all'osservanza di obblighi e doveri preesistenti”, cosicché il giuramento non rivestirebbe efficacia costitutiva ma accessoria»¹.

¹ Cfr. *infra*, § 4.

Il giudice rimettente, richiamate due pregresse pronunce giurisprudenziali da lui ritenute non persuasive (Trib. Bologna, 9 gennaio 2009 e Trib. Mantova, 2 dicembre 2010)², prefigura invece una possibile incompatibilità con la Costituzione della disciplina legislativa richiamata nelle prime righe di questo scritto, visto che quest'ultima non prevede «deroghe all'obbligo della prestazione del giuramento, quale condizione per l'acquisizione della cittadinanza italiana, in presenza di condizioni personali di infermità mentale in cui versi il futuro cittadino, impeditive il compimento dell'atto formale in discorso».

I parametri di costituzionalità individuati erano molteplici.

In primis, l'art. 2 della Costituzione. Consentire che una particolare condizione personale leda un diritto fondamentale come quello alla cittadinanza equivale a non garantire il diritto in questione, confliggendo appunto con la norma costituzionale *ex* art. 2, I comma, Cost. («La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo...»).

Inoltre, ancor più patentemente, tale stato di cose andrebbe a confliggere con il principio d'eguaglianza scolpito all'art. 3, II comma, Cost., dal momento che la normativa *de qua* ingenera una disparità di trattamento tra coloro che siano in grado di prestare giuramento e quanti siano «affetti da disabilità e che, per effetto della mancata prestazione del giuramento, non possono acquistare lo *status civitatis*».

Oltre ai due parametri appena illustrati, il giudice *a quo* richiama anche alcuni ulteriori parametri: al § 6 dell'ordinanza di rimessione si legge che «il mancato rispetto del principio di uguaglianza quale diritto fondamentale dell'individuo va rilevato anche con riferimento al quadro legislativo sovranazionale, cui l'ordinamento dello Stato è tenuto a conformarsi.» Il quadro legislativo sovranazionale (e internazionale) cui si fa riferimento è costituito dalla Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità, conclusa a New York e approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 16 dicembre 2006, cui l'Italia ha dato ratifica ed esecuzione con la Legge 3 marzo 2009, n. 18, e dal diritto dell'Unione europea (in particolar modo, da quanto previsto dalla Carta dei diritti fondamentali).

3. *L'iter argomentativo della Consulta.*

Qual è stata, quindi, la risposta della Corte costituzionale rispetto alla questione sollevata dal giudice modenese e *supra* riassunta per sommi capi?

Il giudice delle leggi, dopo aver riassunto i punti salienti della questione di costituzionalità sottopostagli (§§ 1, 2 e 3 del 'considerato in diritto'), ribadisce la legittimazione del giudice tutelare a sollevare una questione di costituzionalità in via incidentale³ e riafferma il principio secondo il quale, nei giudizi in via incidentale, la valutazione circa la giurisdizione e la competenza spetta al giudice *a quo*. Viene poi giudicata inammissibile la questione riguardante l'incostituzionalità della disciplina *ex* d.p.r. n. 572 del 1993 e *ex* d.p.r. n. 396 del 2000, dal momento che si tratta di disposizioni

² A proposito del provvedimento del Tribunale di Bologna, si veda la nota di A. COSTANZO, *Lo straniero beneficiario di a.d.s. può acquistare la cittadinanza italiana anche se infermo di mente e non in grado di prestare il giuramento di fedeltà alla Repubblica*, in *Persona & Danno*, 2009. Il provvedimento del tribunale lombardo è disponibile *online* all'indirizzo <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/9024.pdf>.

³ Il punto era già stato affrontato dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 440 del 2005](#). In quel frangente si era rinviato alla «costante giurisprudenza [di questa Corte]» circa la legittimazione del giudice tutelare a sollevare questione di legittimità costituzionale, richiamando la [sent. 464 del 1997](#) e le [ordd. 293 del 1993](#), [n. 65 del 1991](#), [n. 133 del 1990](#) (*Corte cost.*, [sent. 440 del 2005](#), § 4 del 'considerato in diritto'). In dottrina si è rilevato come la Consulta, nel caso di specie, abbia assunto come «rilevante l'interesse del giudice a non applicare una norma incostituzionale e non quello delle parti all'accoglimento della richiesta o della Corte stessa a garantire la legalità costituzionale [...] essa sembra far leva sull'idea che l'inottemperanza all'obbligo di giuramento da parte dell'incapace senz'altro finirà per rappresentare condizione ostativa alla trascrizione del decreto presidenziale da parte dell'ufficiale di stato civile, rivitalizzando, così, quel filone tendenzialmente recessivo in tema di rilevanza che permette alla Corte di prescindere dagli atti introduttivi»: così C. DOMENICALI, *La "doppia inclusione" dello straniero disabile (a margine di Corte cost. n. 258 del 2017)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27. 3. 2018, 2

di rango regolamentare, senza forza di legge e perciò sottratte al sindacato di legittimità della Corte; mentre la questione circa la legittimità costituzionale dell'art. 10 della l. 91/1992 è fondata.

Di seguito, la Corte costituzionale richiama l'art. 54 della Costituzione. Esso – prescrivendo che «Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi» e che «I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge» - delinea il giuramento quale «atto personale che attiene direttamente al diritto costituzionale, in ragione dei valori incorporati nella sua prestazione». Ciò fa sì che non possa essere reso da un rappresentante legale della persona interessata (§ 7.1 del 'considerato in diritto'). Una volta verificata la correttezza dell'impostazione del rimettente, la Corte constata che è impossibile un'interpretazione costituzionalmente conforme, stante il tenore letterale della normativa *de qua*: la Consulta sottolinea – riprendendo la sent. 36 del 2016 - che «l'obbligo di addivenire ad un'interpretazione conforme alla Costituzione deve, infatti, cedere il passo all'incidente di legittimità costituzionale, laddove essa sia incompatibile con il tenore letterale della disposizione» (§ 7.2 del 'considerato in diritto')⁴.

Il giudice delle leggi rimarca il fatto che l'art. 54 Cost. richiama direttamente i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Viene quindi evocato l'art. 2, come norma che «delinea un fondamentale principio che pone al vertice dell'ordinamento la dignità e il valore della persona». Coerentemente con questa impostazione, non si può disgiungere l'art. 2 della Costituzione dal II comma dell'art. 3 e dal dovere della Repubblica di rimuovere «gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono la libertà e l'uguaglianza nonché il pieno sviluppo della persona». Inoltre, anche se questo aspetto non viene richiamato dall'ordinanza di remissione, va tenuto ben presente – a detta della Consulta – quanto disposto dal I comma dell'art. 3 Cost., visto che quest'ultima norma va a garantire la pari dignità sociale e l'uguaglianza davanti alla legge «senza distinzione di [...] condizioni personali e sociali». Inoltre – in linea di continuità con quanto già deciso nella sent. 120 del 1967 – la Consulta sottolinea come il principio d'eguaglianza *ex art. 3*, sebbene il testo costituzionale parli di 'cittadini', sia riferibile anche agli stranieri, per quel che concerne il rispetto dei diritti fondamentali; e ciò a maggior ragione «quando si tratti di uno straniero cui sia stata concessa la cittadinanza e che deve solo adempiere una condizione per l'acquisizione della stessa» (§ 8 del 'considerato in diritto').

Fra le condizioni personali cui rinvia il dettato della Costituzione è ben ricompresa quella delle persone con disabilità; la Corte – rievocato l'art. 38 della Costituzione – procede a ripercorrere alcuni dei punti fondamentali della tutela dei diritti delle persone con disabilità. Viene richiamata la disciplina dettata dalla l. n. 104 del 5 febbraio 1992, già definita dalla Corte stessa, nella sent. 167 del 1999, come portatrice di un «radicale mutamento di prospettiva rispetto al modo stesso di affrontare i problemi delle persone affette da invalidità»; e l'art. 1 della legge quadro del 1992, dedicato alle finalità della legge stessa, statuisce che «la Repubblica garantisce il pieno rispetto della dignità umana e i diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata e ne promuove la piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società» (lett. a), «previene e rimuove le condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali» (lett. b), «persegue il recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali e assicura i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata» (lett. c) e «predisporre interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata» (lett. d). Il giudice delle leggi si sofferma quindi sul compito promozionale «imposto dalla Costituzione ai pubblici poteri» e sottolinea che sulla condizione giuridica delle persone con disabilità va a confluire «un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale», nella prospettiva

⁴ Sull'interpretazione conforme cfr., *ex multis*, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006; per quanto concerne l'interpretazione conforme in riferimento all'ordinamento dell'Unione europea e al sistema della CEDU, cfr. R. BIN, *L'interpretazione conforme: due o tre cose che so di lei*, in [Rivista AIC](#), 1/2015

del principio di «inserimento nella società» (§ 8.1 del ‘considerato in diritto’). A questa dinamica inclusiva osta quindi la normativa *de qua*.

La necessità del giuramento anche per chi non possa prestarlo perché in una condizione di disabilità comporta l’esclusione dal godimento del diritto alla cittadinanza. È evidente come ciò costituisca «una forma di emarginazione sociale che irragionevolmente esclude il portatore di gravi disabilità dal godimento della cittadinanza, intesa quale condizione generale di appartenenza alla comunità nazionale», potendo inoltre «determinare una ulteriore e possibile forma di emarginazione, anche rispetto ad altri familiari che abbiano conseguito la cittadinanza». La Corte costituzionale dichiara quindi «l’illegittimità costituzionale della disposizione censurata, nella parte in cui non esonera dal giuramento il disabile incapace di soddisfare tale adempimento in ragione di una grave e accertata condizione di disabilità» (§ 9 del ‘considerato in diritto’). La Consulta, poi, precisa che l’esonero dal giuramento opera a prescindere «dal “tipo” di incapacità giuridicamente rilevante»; a contare, quindi, è solamente «l’impossibilità materiale di compiere l’atto in ragione di una grave patologia, non rilevando la precipua condizione giuridica in cui versa il disabile» (§ 10 del ‘considerato in diritto’). Vengono infine considerate assorbite le questioni di legittimità costituzionale basate su norme di diritto internazionale e dell’Unione europea.

4. *Le ragioni dell’incostituzionalità della normativa de qua.*

L’ordinanza di rimessione del giudice emiliano ha l’indubbio merito di toccare una questione di cui da tempo si sottolineava la criticità. Non era infrequente che, per le persone con disabilità, il cammino verso l’acquisizione della cittadinanza presentasse, fra le altre, anche le difficoltà connesse a circostanze che comportassero l’impossibilità di prestare giuramento secondo quanto prescritto dalla normativa vigente⁵.

In dottrina, inoltre, si era già sottolineata in termini critici la scelta del legislatore di porre in capo al singolo individuo responsabilità di natura soggettiva e ‘volontaristica’ nel percorso che conduce alla cittadinanza, «ignorando, in particolare, le conseguenze che tale sopravvalutazione produce nei casi di fragilità psichica o mentale del soggetto chiamato a volere»⁶. Ciò ha prodotto, nel corso degli anni, diverse pronunce giurisprudenziali, a partire da un parere del Consiglio di Stato del 1987, sino alle sentenze di merito richiamate dall’ordinanza di rimessione modenese⁷. Il legislatore avrebbe ben potuto intervenire in materia, modificando la disciplina *de qua*: a tal riguardo, la dottrina già richiamata proponeva che si potesse sostituire alla dichiarazione di volontà positiva «una mera facoltà di rifiuto della cittadinanza altrimenti attribuita *ope legis*» e rifletteva sul fatto che «la conformità alla Costituzione del giuramento previsto dall’art. 10 della legge n. 91 del 1992 dipend[e] dal significato che l’interprete gli attribuisca e dal suo ambito soggettivo di applicazione, sembrando, a un tempo, opportuno valorizzarlo come momento di consapevolezza del “patto di cittadinanza” che in quel momento trova compimento solenne, ma anche configurandolo come obbligo giuridico al compimento dell’atto per sua natura riferibile solo a chi sia in effetti capace di compierlo e non come condizione legale di efficacia che discrimini i soggetti incapaci, in violazione del divieto di discriminazione ma anche [...] dell’art. 54 Cost., dato che la norma prevede per tutti i cittadini la fedeltà alla Repubblica, ma solo a quelli ai quali siano affidate funzioni pubbliche impone di giurare detta fedeltà [...]. Pienamente condivisibile è dunque l’orientamento, ormai sufficientemente

⁵ Si veda, in proposito, la panoramica offerta dalla pagina internet <https://www.cittadinanza.biz/cittadinanza-italiana-e-disabilita/>. Del resto, dopo la questione ‘a cui è scaturita la sentenza qui in commento lo stesso giudice tutelare ne ha sollevata un’altra su presupposti pressoché uguali e con identiche motivazioni: cfr. Trib. di Modena, ord. 07/02/2017

⁶ Così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Disabilità e capacità di volere nelle procedure di acquisto della cittadinanza*, in *Famiglia e diritto*, 11/2014, 1056 ss.

⁷ Per un’analisi delle pronunce in questione e ulteriori considerazioni sulle pronunce in questione e sugli atti personalissimi, oltre a P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Disabilità e capacità di volere*, cit., *passim*, si veda altresì I. SFORZA, *Cittadinanza e disabilità: giurisprudenza e dottrina a confronto*, in *Cultura giuridica e diritto vivente. Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza Università di Urbino Carlo Bo*, Vol. 1, 2014

consolidatosi del diritto vivente, che collocando il giuramento di fedeltà alla Repubblica tra gli atti personalissimi, ne esonera dal compierlo i soggetti incapaci»⁸

E, come spesso accade, a rimediare a questo scollamento fra diritto vivente e dettato normativo, nell'inerzia del legislatore, ha provveduto, con gli strumenti che le sono propri, la Corte costituzionale. Il punto dal quale prende le mosse la Consulta, come detto, è il giuramento, di cui all'art. 54 della Costituzione.

Sul giuramento, come precisato nelle prime righe dell'ordinanza di rimessione, si è da tempo rilevato il passaggio da una dimensione religiosa a una dimensione laica e ciò ha spinto a interrogarsi circa la sua «validità e utilità» come istituto giuridico: quello che Schopenhauer definiva “ponte metafisico dell'asino”, in quanto istituto in grado di unire aspetti mondani e ultramondani, pare essere ormai crollato⁹. Il principio del tramonto dell'egemonia del sacro nel giuramento si può collocare nell'assemblea costituente post-rivoluzionaria del 1790 e la dimensione del giuramento come atto afferente alla sfera del sacro pare oggi aver perso larga parte del suo interesse, eccezion fatta per l'ordinamento canonico¹⁰. Tuttavia, la previsione di un ‘momento solenne’ e moralmente rilevante connesso al momento dell'acquisto della cittadinanza è presente in numerosi ordinamenti: se nel Regno Unito è richiesta la pronuncia di un *Oath and Pledge to the United Kingdom*, negli Stati Uniti d'America lo *Immigration and Nationality Act* prevede un giuramento solenne; ma in entrambi gli ordinamenti ora menzionati le persone con disabilità accertate possono essere esentate dall'adempimento in questione¹¹.

La Corte, però, nel richiamare l'art. 54 Cost., non si sofferma sull'istituto del giuramento. Si può osservare, sulla scorta di quanto illustrato da Paolo Morozzo della Rocca, come l'assonanza della formula attualmente utilizzata nel giuramento dei nuovi cittadini (‘Giuro di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato’) con la solennità di quanto statuito all'art. 54 non possa oscurare come il giuramento sia costituzionalmente imposto solo ai pubblici funzionari, e non a tutti i cittadini o a tutti coloro che stiano per divenire tali. Piuttosto, la Corte costituzionale mette in relazione l'art. 54 con i «i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale». Effettivamente, se si legge attentamente la disposizione costituzionale in questione, si può concordare con chi, in letteratura, ha argomentato che oggetto della fedeltà «appare quindi la Costituzione nel suo insieme, con il suo complesso di principi e di valori, con le strutture istituzionali da essa poste in essere e legittimate, mentre oggetto del dovere di osservanza sono le singole norme»¹². Ora, se ciò è vero e si chiede ai cittadini di essere fedeli a una Carta costituzionale che pone al suo centro – come ribadito dalla Corte stessa – il principio del rispetto della persona umana e il conseguente inestricabile nesso fra sviluppo della persona e rimozione delle condizioni d'ineguaglianza che ostano a esso, sarebbe paradossale pretendere tale fedeltà e, al tempo stesso, impedire l'accesso al godimento del diritto fondamentale alla cittadinanza sulla base di una condizione personale come quella della persone con disabilità. In altri termini, sarebbe illogico negare l'accesso pieno a un sistema di principi e valori a cagione di una disabilità quando, alla base di quel sistema stesso, si colloca la negazione di qualsiasi discriminazione (anche) dovuta alla disabilità.

⁸ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Disabilità e capacità di volere*, cit., 1056-1057; il passo citato per esteso è a pagina 1061

⁹ In questi termini P. PRODI, *Il sacramento del potere*, Mulino, Bologna, 1992, 489 ss.; in una dimensione filosofica si veda anche G. AGAMBEN, *Il sacramento del linguaggio*, Laterza, Roma-Bari, 2008

¹⁰ Si veda G. FERRARI, *Giuramento, I, diritto pubblico*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1989, 2; fra i contributi dottrinali dedicati all'analisi del giuramento nel prisma del diritto costituzionale si vedano P. F. GROSSI, *Giuramento (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, 144 ss.; L. VENTURA, *Giuramento nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VII, Utet, Torino, 1991, 305 ss.

¹¹ Sul concetto di cittadinanza e sul suo rapporto con il giuramento, traendo spunto dalla decisione in commento, si sofferma da ultimo C. DOMENICALI, *La “doppia inclusione”*..., cit. 5 ss.

¹² Cfr. L. VENTURA, *Art. 54*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (curr.), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1985, 47 ss. (il passo qui citato è a pagina 58). Per un'analisi dell'art. 54 Cost. si veda altresì G. M. SALERNO, *Art. 54*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (curr.), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, UTET, Torino, 2006, 1075-1092. A proposito della fedeltà alla Repubblica, si rinvia agli studi monografici di A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2013 e di L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1984

Il giudice delle leggi, con la sua pronuncia, ha definitivamente chiarito un punto al quale – come detto – il diritto vivente aveva dato una sua risposta con una prassi ‘costituzionalmente orientata’. Tuttavia, è comunque rimarchevole la riaffermazione dei principi di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione, con cui la Corte ha provveduto a ‘correggere’ il dettato normativo, con una sentenza additiva di regola.

Il portato delle due norme costituzionali appena menzionate pare poter essere considerato, nel nostro ordinamento, il cardine attorno al quale fare ruotare la tutela dei diritti delle persone con disabilità, dal momento che l’osservazione formulata dalla Corte costituzionale al § 8.1 del ‘considerato in diritto’, a proposito dell’espressa considerazione riservata alla disabilità da parte del Costituente con la previsione di cui all’art. 38, non pare del tutto persuasiva¹³. Come è stato argomentato da chi ha commentato la decisione in questione, il riferimento alla pari dignità sociale diviene, in casi come quello di specie, un ambito nel quale assumere «la personalità umana in atto», inserita in una fitta rete di legami e connessioni sociali, quale fattore determinante, centrale e fondante della logica emancipativa di cui occorre permeare le politiche relative alla tutela dei diritti delle persone con disabilità; inoltre, il principio d’eguaglianza, scompaginando logiche di limitazione del godimento dei diritti costituzionali di alcune categorie di soggetti, consente di rinvenire «una composizione unitaria» con riferimento alla persona e alla sua dignità intrinseca: «il tema dei diritti delle persone disabili può essere quindi compreso entro la cornice rappresentata dai suddetti principi, che assegnano tra i compiti prioritari della Repubblica quello di costruire ed attuare un programma di giustizia sociale che elimini le diseguaglianze di fatto e liberi dalla condizione di bisogno i più deboli»¹⁴ (o – per dirla con Paolo Cendon – dei più indeboliti¹⁵). Quindi – come già osservato – il giudice delle leggi offre un tassello che «insiste sul momento stesso in cui il disabile, da straniero, fa ingresso nella comunità: doppiamente escluso, per esso il momento dell’integrazione sociale nel godimento dei diritti coincide con il momento dell’integrazione politica per l’inclusione nella *polis*»¹⁶

¹³ Si veda, in proposito, C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, ESI, Napoli, 2011, 66 *passim*; la condizione giuridica delle persone con disabilità trova invece espresso ed esplicita considerazione in altri testi costituzionali, come nella Costituzione spagnola del 1978 (il cui art. 49 dispone che «*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*») e nella Costituzione portoghese del 1976 (il cui art. 71 recita «*I. Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontram incapacitados. II. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores. III. O Estado apoia as organizações de cidadãos portadores de deficiência*»).

¹⁴ Così S. ROSSI, *Incapacitazione e acquisto della cittadinanza. Nota a prima lettura a Corte cost. n. 258/2017 in Forum di Quaderni costituzionali* 18. 12. 2017, 7-8. Sul tema della dignità delle persone con disabilità si veda, *ex multis*, S. GRAUMANN, *Human dignity and people with disabilities*, in M. DÜWELL – J. BRAAVIG – R. BROWNSWORD – D. MIETH (curr.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity. Interdisciplinary Perspectives*, CUP, Cambridge, 2014, 484 ss.

¹⁵ Cfr. P. CENDON, *I diritti delle persone deboli*, in AA. VV., *Storia d’Italia. Annali XIV. Legge, diritto, giustizia*, Einaudi, Torino, 1998, 177 e ss. Il saggio in questione è ora liberamente disponibile anche *online* all’indirizzo web https://www.personaedanno.it/dA/c664c928db/allegato/AA_000307_resource1_orig.pdf.

Sui ‘soggetti deboli’, cfr. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1, 1999, 25 ss. e – in una prospettiva giusprivatistica – D. POLETTI, *Soggetti deboli*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, Giuffrè, Milano, 2014, 962 ss. Diverso dal concetto di debolezza, il cui utilizzo presta il fianco a svariate possibili obiezioni, è quello di vulnerabilità, pure non esente da letture critiche. A tal proposito si rimanda ai saggi raccolti in F. IPPOLITO – S. IGLESIAS SÁNCHEZ (cur.), *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Hart, Oxford, 2015 (in particolare, cfr. A. WJESBROCK, *Disability as a Form of Vulnerability under Eu and CoE Law: Embracing the ‘Social Model’?*, 71-95 del volume in questione) e – nella prospettiva della filosofia del diritto – a S. ZULLO, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra «pretese di giustizia» e «pretese di diritto». Alcune considerazioni critiche*, in *Politica del diritto*, 2016, 475 ss. Da ultimo, si veda M. G. BERNARDINI, *Il soggetto vulnerabile. Status e prospettiva di una categoria (giuridicamente) controversa*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2017, 365 ss.

¹⁶ Cfr. C. DOMENICALI, *La “doppia inclusione”...*, cit., 5

5. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità come parametro interposto.

Un profilo che merita poi alcune considerazioni è un aspetto che in realtà non è stato preso in considerazione dalla Consulta; ci si riferisce al punto di cui il giudice rimettente sottolinea la possibile contrarietà della normativa *de qua* a fonti di carattere internazionale e sovranazionale¹⁷ e al possibile utilizzo di tali fonti quale parametro interposto¹⁸. A venire in considerazione sul punto, come già anticipato, sono la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU, a New York, il 13 dicembre del 2006, e il diritto dell'Unione europea. Preliminarmente, vanno segnalati due aspetti in qualche misura anomali; in primo luogo, il fatto che – nonostante venga invocata la Convenzione di New York – non si evoca l'art. 117, comma 1, Cost., a norma del quale «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.»¹⁹. Ma sul punto torneremo più diffusamente più avanti. Il secondo profilo 'anomalo' è dato dal fatto che si fa riferimento a una menzione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo all'interno della Convenzione ONU; ma di tale richiamo, all'interno della Convenzione non c'è traccia²⁰.

L'estensore, a causa di *lapsus calami*, faceva probabilmente riferimento alla Dichiarazione Universale dei diritti umani, richiamata nel Preambolo della Convenzione delle Nazioni Unite, alla lett. b, assieme ai Patti internazionali sui diritti umani. Sempre all'interno del Preambolo – va sottolineato -vengono citati, in ossequio «[al]l'universalità, [al]l'indivisibilità, [al]l'interdipendenza e interrelazione di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali» (lett. c), il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, il Patto internazionale sui diritti politici e civili, la Convenzione

¹⁷ Non è ovviamente possibile, in questa sede, dar conto del rapporto fra diritto internazionale pattizio e Corte costituzionale, reso ancor più complesso dalle 'sentenze gemelle' pronunciate dalla Consulta ormai più di dieci anni fa ([sentt. 348 e 349 del 2007](#)). Le due decisioni appena menzionate riguardano la Convenzione europea dei diritti dell'uomo quale parametro interposto nel giudizio di costituzionalità. Si rimanda, fra i tanti contributi dottrinali in materia, a M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 e ss. (all'A. in questione si deve, appunto, la fortunata definizione di "sentenze gemelle"); 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 *Diritto Pubblico*, 3/2014, 1075; G. MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei: CEDU e diritto comunitario nell'applicazione dei giudici nazionali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3/2010; A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 1/2010; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte 'ordinaria' a fonte 'sub-costituzionale' del diritto*, in *Quad. cost.*, 1/2008, 133-136. Circa l'utilizzo della CEDU quale parametro interposto, in un quadro più ampio relativo all'evoluzione complessiva della giurisprudenza costituzionale, cfr. S. BARTOLE, *Giustizia costituzionale (linee evolutive)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali VII*, Milano, 2014, in particolare 504 ss. Sull'utilizzo di fonti internazionali pattizie da parte della Corte si veda altresì G. BOGGERO – R. PERONA, *Progenie del "parametro interposto": da un ramo morto (dalle sentt. nn. 86 e 179/2009 alla sent. 7/2013) a due gemelle eterozigoti (sentt. nn. 49 e 50/2015)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015

Per un'analisi approfondita della giurisprudenza costituzionale e del suo rapporto col diritto internazionale nel periodo 2011-2013, si rinvia P. PASSAGLIA – T. GIOVANNETTI, in R. ROMBOLI (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, 369-426. Per una ricostruzione dei nodi problematici posti dall'art. 117, I comma, Cost., si rimanda a A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2008

¹⁸ Ovvero, "quali norme che costituzionali non sono dal punto di vista formale, ma alle quali la Costituzione accorda la sua protezione": in questi termini G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Mulino, Bologna, 2012, 237-244

¹⁹ Il punto in questione è segnalato anche da M. MASSA, all'interno del *Bollettino delle questioni pendenti e delle decisioni di rilievo costituzionale dei giudici comuni*, n. 3, 2017, 10, in [Forum di Quaderni costituzionali](#)

²⁰ "Lo scopo della Convenzione è quello di indurre gli Stati firmatari a promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità [...] Il testo normativo in questione richiama la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed è dotato di portata universale [...]": così il punto 9 dell'ordinanza di rimessione.

internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, la Convenzione contro la tortura e gli altri trattamenti crudeli, disumani o degradanti e la punizione, la Convenzione sui diritti del bambino e la Convenzione internazionale per la tutela dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei minori e dei membri delle loro Famiglie» (lett. d), oltre alle Regole standard per la parità di opportunità per le persone con disabilità, varate nel 1993 (lett. f). Tale *lapsus calami* è – in un certo senso – *felix*. Ma anche su questo punto si tornerà poco oltre, pur succintamente.

L'invocazione della Convenzione quale parametro per la valutazione della costituzionalità della normativa legislativa primaria non è una novità all'interno della giurisprudenza della Corte. Un primo richiamo alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità è rinvenibile nella [sent. 251 del 2008](#), nella quale la Convenzione viene evocata, pur priva di efficacia giuridica perché non ancora ratificata, quale atto avente «il valore di semplice ausilio interpretativo», in correlazione con l'art. 13, I comma, del Trattato CE e con la «Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 17 marzo 2008, sulla situazione delle persone con disabilità nell'Unione europea» (§ 12 del 'considerato in diritto')²¹.

Nell'[ord. n. 285 del 2009](#), nel disporre la restituzione degli atti al giudice *a quo* perché rivalutasse la rilevanza costituzionale della questione sottoposta, la Consulta faceva cenno al fatto «che, in data 14 giugno 2009, è entrata in vigore per l'Italia la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità», e si rimarcava, a proposito del trattato in questione, che «è, infatti, agevole rilevare che la pregnanza e specificità dei principi e delle disposizioni introdotti da tale Convenzione, indubbiamente si riflettono, quanto meno sul piano ermeneutico e di sistema, sulla specifica disciplina dettata in tema di indennità di frequenza, trattandosi di istituto coinvolgente i diritti di minori che, [presentano] – come nel caso di specie – «difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della [loro] età».

Di seguito, nella [sent. n. 80/2010](#), richiamata dalla Consulta nel caso in commento, la Convenzione, audacemente invocata sulla base dell'art. 10 della Carta repubblicana²², viene utilizzata per sottolineare la specifica tutela del diritto all'istruzione dei disabili, con particolare riferimento all'art. 24 del trattato in questione, per argomentare quindi l'incostituzionalità della normativa statale che imponeva un limite massimo di ore di fruizione dell'insegnamento di sostegno per gli alunni con disabilità, andando a ledere il 'nucleo essenziale' del diritto fondamentale all'istruzione²³.

²¹ Al riguardo, si è rilevato criticamente che la posizione della Corte non può essere completamente condivisa. «Si può essere d'accordo sul valore interpretativo del documento, ma per le stesse ragioni che inducono l'interprete ad avvalersi dei più disparati materiali culturali per intendere il significato delle disposizioni normative che è chiamato ad applicare. A documenti di tal genere si potrà anche assegnare un'importanza particolare, per la loro capacità di rivelare una temperie culturale data e le presumibili linee evolutive dell'ordinamento ma – se non si vuole smarrire la distinzione fra diritto positivo e ciò che diritto positivo non è o non è ancora – il loro trattamento non potrà essere qualitativamente diverso da quello del materiale culturale comunque a disposizione dell'interprete»: così M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (curr.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Jovene, Napoli, 2009, 1055-1071 (il passo qui riportato è a 1069-1070).

²² Secondo quanto riportato nel punto 1.1.3 del 'ritenuto in fatto' della sent. 80/2010, «Il giudice *a quo* ritiene, poi, che le disposizioni censurate siano in contrasto con l'art. 10 Cost., in relazione agli artt. 2, 3, secondo comma, 4, primo comma, 35, primo e secondo comma e 38, terzo comma, Cost. In particolare, l'art. 10, primo comma, Cost. impone l'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. Il rimettente, dopo aver premesso che l'ordinamento internazionale apparirebbe «univocamente orientato ad assicurare ai disabili una tutela effettiva e non meramente teorica», richiama diversi atti internazionali sia a livello universale che regionale a tutela dei disabili; atti che, a suo avviso, sarebbero stati violati dalle norme impugnate. In particolare, menziona la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a Parigi il 10 dicembre 1948; il Protocollo n. 1 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Parigi il 20 marzo 1952; la Carta sociale europea (riveduta), adottata a Strasburgo il 3 maggio 1996 e la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006.»

²³ A proposito della decisione in questione si rimanda alle analisi di F. MADEO, *Insegnante di sostegno: possibile la presenza per tutte le ore di sostegno dello studente disabile grave*, in *Giur. cost.*, 2010, 1831; A. PIROZZOLI, *La discrezionalità del legislatore nel diritto all'istruzione del disabile. Nota a Corte cost. 80 del 2010*, in [Rivista AIC](#),

Negli anni successivi, vengono in considerazione la sent. 236 del 2012, la sent. 2 del 2016 e 275 del 2016. Nella prima delle decisioni richiamate è invocato, quale parametro interposto di costituzionalità, l'art. 10 della Convenzione delle Nazioni Unite sulla base dell'art. 117, I comma, Cost. In questo caso specifico, la Corte giunge a dichiarare l'illegittimità della normativa regionale pugliese che limitava l'erogazione di alcune prestazioni di riabilitazione sulla scorta del fatto che la disciplina *de qua* andava a violare «*il principio di uguaglianza, garantito dall'art. 3 Cost., che trova, in riferimento alle persone disabili, ulteriore riconoscimento nella citata Convenzione internazionale delle Nazioni Unite sulle persone con disabilità, cui ha aderito anche l'Unione europea (Decisione del Consiglio n. 2010/48/CE, del 26 novembre 2009, relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità), e che pertanto vincola l'ordinamento italiano con le caratteristiche proprie del diritto dell'Unione europea, limitatamente agli ambiti di competenza dell'Unione medesima, mentre al di fuori di tali competenze costituisce un obbligo internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.*»

Una conclusione, quindi, a cui il giudice delle leggi sarebbe potuto comunque pervenire, ma in qualche modo corroborata dalla declinazione che la Convenzione di New York garantisce al principio d'eguaglianza a garanzia della tutela dei diritti delle persone con disabilità²⁴.

La seconda delle decisioni ora richiamate è quella forse complessivamente meno persuasiva: la Consulta, nel valutare la legittimità costituzionale della disciplina legislativa provinciale trentina in materia di valutazione della situazione economica delle persone con disabilità e dei loro familiari, davanti a un'ordinanza che faceva riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite come parametro interposto *ex art.* 117, I comma, Cost., ha recisamente argomentato in senso contrario rispetto a tale assunto, affermando che «*[...] quanto al rispetto degli obblighi internazionali, va rilevato come il principio del necessario rispetto, da parte dei legislatori interni, dei vincoli derivanti dall'adesione ad una Convenzione internazionale – nella specie, firmata dall'Italia il 30 marzo 2007 ma ratificata e resa esecutiva con la legge 3 marzo 2009, n. 18 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, con Protocollo opzionale, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità), in epoca dunque successiva alla promulgazione del provvedimento legislativo che contiene la disciplina censurata – si configura alla stregua, per così dire, di “obblighi di risultato”: gli strumenti pattizi si limitano, infatti, ordinariamente, a tracciare determinati obiettivi riservando agli Stati aderenti il compito di individuare in concreto – in relazione alle specificità dei singoli ordinamenti e al correlativo e indiscusso margine di discrezionalità normativa – i mezzi ed i modi necessari a darvi attuazione.*» (§ 3.1 del 'considerato in diritto')

La posizione della Corte, nella decisione ora richiamata, pare quindi di netta chiusura rispetto alla possibilità di utilizzare la Convenzione di New York quale parametro nell'ambito dei giudizi di costituzionalità; ciò non equivale però, come vedremo *infra*, a privare la Convenzione di una sua sensibile rilevanza e ad elidere alcuni suoi ragguardevoli effetti all'interno del nostro ordinamento²⁵.

La terza delle decisioni richiamate, la sent. 275 del 2016, ha goduto di una certa attenzione da parte della dottrina, giacché essa – relativa ai costi del trasporto scolastico per gli studenti con disabilità – pare aver segnato una riaffermazione della tutela dei diritti sociali rispetto alle esigenze

2.7.2010; C. S. VIGILANTI, *Il diritto all'istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 7 marzo 2012.

²⁴ Sulla decisione in questione si veda, volendo, P. ADDIS, *La Corte costituzionale, il diritto alla salute e la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità: alcune considerazioni sulla sentenza n. 236/2012*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2/2013

²⁵ Fra i commenti riguardanti la [sent. 2 del 2016](#), cfr. in senso critico D. AMOROSO, *Inutiliter data? La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza italiana*, in [SIDI Blog](#), 7 febbraio 2017 e S. MABELLINI, *La “declinazione sussidiaria” del principio di solidarietà ... ovvero un passe-partout per il principio dell'equilibrio di bilancio (Osservazione a Corte cost. 14 gennaio 2016 n. 2)*, in *Giur. cost.*, 2016, 32 ss., nonché, se si vuole, P. ADDIS, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e la Corte costituzionale. Osservazioni a partire dalla sentenza 2/2016*, in [Federalismi.it](#), Focus Human Rights, 2/2016

di bilancio delle casse pubbliche²⁶. Nel caso di specie si è tentato di percorrere lo stesso sentiero battuto nella [sent. 80 del 2010](#), invocando il necessario rispetto della Convenzione e del suo art. 24 ai sensi dell'art. 10 Cost.; ma l'accoglimento della questione prospettata è avvenuto con maggiore precisione rispetto a quanto avvenuto con la [sent. 80 del 2010](#) e la Consulta, pur richiamando la sentenza appena citata e sottolineando «la natura fondamentale del diritto [all'istruzione delle persone con disabilità], che è tutelato anche a livello internazionale dall'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite» (§ 5 del considerato in diritto), poco più avanti ha specificato che le censure prospettate con riferimento all'art. 10 della Costituzione sono state assorbite dalla censura fondata sull'art. 38 Cost., commi 3 e 4 (cfr. il § 20 del 'considerato in diritto').

Da quanto sinteticamente esposto, quindi, emerge un quadro che vede la Corte assumere posizioni non sempre nette e definite a proposito dello *status* da attribuire alla Convenzione ONU, invocata quale parametro sia *ex art. 10 Cost.*, sia *ex art. 117, I comma, Cost.*

Di fatto, però, essa è stata utilizzata in chiave prettamente ermeneutica, pur in presenza, come abbiamo visto, di una giurisprudenza non lineare e – anzi – addirittura contraddittoria; peraltro, come sottolineato in dottrina²⁷, il passaggio della [sent. 236 del 2012](#), sopra riportato, pare accordare alla Convenzione, «nelle materie di competenza dell'Unione europea [...] peculiare forza giuridica propria delle norme di origine sovranazionale».²⁸

Nell'ordinanza da cui è sorta la sentenza qui commentata, il giudice rimettente – salvo pensare a un'omissione preterintenzionale – pare aver evitato il riferimento alla Convenzione quale parametro interposto perché riteneva (giustamente, a parere di chi scrive) impercorribile la strada del ricorso all'art. 10 Cost.²⁹ e perché consapevole della fredda accoglienza che la Corte aveva riservato alla Convenzione con la [sent. 2 del 2016](#), nonostante le aperture presenti nelle altre decisioni sopra

²⁶ Fra i commenti alla [sent. 275 del 2016](#) si segnalano, *ex multis*, A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum costituzionale*, 11 gennaio 2017; F. BLANDO, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in [Federalismi.it](#), n. 10, 2017; R. CABAZZI, *Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo Corte costituzionale n. 275/2016*, in *Le Regioni*, 3/2017, 593 ss.; L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2016, 2339 ss.; E. FURNO, [Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale](#), in questa *Rivista*, [Studi 2017/1](#), 105 ss.; A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, in *Giur. cost.*, 2016, 2343 ss.; L. MADAU, *"È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Nota a Corte cost. n. 275/2016*, in [Osservatorio AIC](#), fasc. 1/2017; F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in *Giur. cost.*, 2016, 2698 ss.; S. ROSSI, *Limiti di bilancio e diritti fondamentali delle persone con disabilità – Corte cost. n. 275/2016*, in [Persona & Danno](#), 5 febbraio 2017.

²⁷ Così D. AMOROSO, *Inutiliter data?...*, cit.

²⁸ V. D. AMOROSO, *Inutiliter data?...*, cit. Per quanto concerne la Convenzione ONU all'interno del diritto dell'Unione europea, si rimanda, fra i tanti contributi dottrinali disponibili, a D. Ferri, *The Conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the EC/EU: A Constitutional Perspective*, in G. QUINN – L. WADDINGTON (cur.), *European Yearbook of Disability Law*, Vol. II, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2010, 47 ss. e a L. WADDINGTON, *The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Story of Exclusive and Shared Competences*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 18, 4, 2011, 431 ss.

²⁹ Per una ricognizione delle possibili criticità che rendono impossibile del ricorso all'art. 10 Cost. per l'utilizzo della Convenzione delle Nazioni Unite come parametro di costituzionalità, cfr. E. CANNIZZARO – A. CALIGIURI, *Art. 10*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino, 2006, 250 ss.; a proposito del ricorso *ex art. 10* nell'ambito della [sent. 275/2016](#), lo definisce "errato" D. AMOROSO, *Inutiliter data?...*, cit.

Come rilevato in letteratura, peraltro, nei tempi immediatamente successivi all'approvazione della l. cost. 3/2001 la Corte costituzionale si era dovuta occupare soltanto in due casi del contrasto fra una legge ordinaria e il contenuto di un trattato internazionale, «avendo avuto buon gioco nel ribadire l'inconferenza dell'art. 10 Cost., invocato ingenuamente dai giudici *a quibus*, che hanno ignorato nelle ordinanze di rinvio le potenzialità del nuovo art. 117 Cost.»: lo sottolineava N. PIGNATELLI, *Le norme interposte*, in R. ROMBOLI (cur.), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006, 297-315 (il passo qui citato è a pagina 310)

Sull'apertura dei padri costituenti rispetto al diritto internazionale e sovranazionale e sull'attualità dell'impostazione adottata in Costituente, cfr. da ultimo P. FARAGUNA, *Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale*, in F. CORTESE – C. CARUSO – S. ROSSI (curr.), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Franco Angeli, Roma, 2018, 63-96

richiamate; a ciò può essersi aggiunta anche la fiducia risposta nella robustezza delle argomentazioni edificate a partire dagli artt. 2 e 3 della Costituzione. Ciò però – giova rammentarlo – non è conforme a quanto prescritto dall'art. 23 della l. 23 marzo 1953, n. 87, in cui, alla lett. b) del I comma, si dispone che la questione di legittimità costituzionale sollevata in giudizio deve indicare «le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate» e che «la questione di legittimità costituzionale può essere sollevata, di ufficio, dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio con ordinanza contenente le indicazioni previste alle lettere a) e b) del primo comma e le disposizioni di cui al comma precedente.».

Va poi sottolineato, a proposito del richiamo alla Convenzione, il fatto che il giudice *a quo* abbia richiamato l'art. 18 della Convenzione medesima³⁰, disposizione già evocata in una sentenza del TAR Lazio di qualche anno fa, sempre in una controversia relativa all'art. 9 della Legge 91/1992 e di immediata rilevanza nel caso di specie³¹. Tuttavia, data l'impostazione complessiva dell'ordinanza di rimessione, sarebbe forse stato opportuno anche un richiamo all'art. 5 della Convenzione stessa, dedicato a «Eguaglianza e non discriminazione». Per quanto concerne i rimandi del giudice rimettente alla legislazione dell'Unione europea, essi paiono sostanzialmente utilizzati per sostenere che la tutela dei diritti umani all'interno dell'Unione europea non è condizionata da limiti di cittadinanza. Anche questo punto sarebbe stato forse meglio argomentabile; colpisce, ad esempio, il richiamo al solo II comma dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità») e non – come sarebbe stato logico – il primo comma della medesima disposizione («È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la *disabilità*, l'età o l'orientamento sessuale.»; corsivo aggiunto)³².

Si è accennato, infine, all'errato riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo come atto 'richiamato' nella Convenzione ONU. Tale *lapsus*, come detto, potrebbe essere considerato come *felix*, giacché consente di richiamare il fatto che fra le fonti che il giudice *a quo* avrebbe potuto richiamare c'è proprio la CEDU, il cui art. 14, nell'interpretazione evolutiva offerta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha acquisito una sempre maggiore rilevanza per la tutela della condizione giuridica delle persone con disabilità³³.

³⁰ L'articolo in questione recita: « I. Gli Stati Parti dovranno riconoscere il diritto delle persone con disabilità alla libertà di movimento, alla libertà di scelta della propria residenza e della cittadinanza, su base di eguaglianza con altri, anche assicurando che le persone con disabilità: (a) abbiano il diritto di acquisire e cambiare la cittadinanza e non siano privati della cittadinanza arbitrariamente o a causa della loro disabilità; (b) non siano privati a causa della disabilità, della capacità di ottenere, mantenere il possesso e utilizzare la documentazione relativa alla loro cittadinanza o di altra documentazione di identificazione, o di utilizzare processi relativi quali gli atti di immigrazione, che si rendano necessari per facilitare l'esercizio del diritto alla libertà di movimento; (c) siano liberi di lasciare qualunque Paese, incluso il proprio; (d) non siano privati, arbitrariamente o a motivo della loro disabilità, del diritto di entrare nel proprio Paese. II. I bambini con disabilità dovranno essere registrati immediatamente dopo la nascita e avranno diritto dalla nascita a un nome, al diritto di acquisire una cittadinanza, e, per quanto possibile, al diritto di conoscere i propri genitori e di essere da questi curati.». Per un commento puntuale, cfr. R. CERA, *Article 18*, in V. DELLA FINA – R. CERA – G. PALMISANO, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Springer, Cham, 2017, 339 ss.

³¹ Cfr. TAR Lazio 4 giugno 2013, n. 5568. Sulla pronuncia in questione, cfr. ancora P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Disabilità e capacità di volere*, cit., 1061-1062. In senso critico, cfr. M. ZAMBONI, *L'accesso alla cittadinanza italiana per le persone disabili: un percorso a ostacoli*, in *Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2013, 46-51

³² Per un commento all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cfr., *ex multis*, C. KILPATRICK, *Article 21 – Non discrimination*, in S. PEERS e al. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart, Londra, 2014, 579 ss.

³³ Sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti delle persone con disabilità, cfr. V. ZAMBRANO, *Il favor dei giudici di Strasburgo verso la protezione dei diritti delle persone con disabilità nel quadro dell'interpretazione evolutiva della CEDU*, in AA. VV., *Scritti in onore di Maria Rita Saulle*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 1657 ss., nonché, da ultimo, S. FAVALLI, *L'influenza sulla giurisprudenza di Strasburgo della Convenzione*

6. Conclusioni.

Nel caso di specie, quindi, la Corte costituzionale ha confermato la rilevanza della sua giurisprudenza nella tutela dei diritti delle persone con disabilità³⁴, emersa esemplarmente circa 30 anni prima della decisione qui commentata, con la sentenza 215/1987, richiamata anche dalla decisione in commento³⁵. A parte le decisioni sino a ora menzionate, la Consulta – pur con qualche battuta d’arresto – ha più volte confermato la sua attenzione ai diritti delle persone con disabilità e alla tensione solidale ed egualitaria che l’ordinamento, complessivamente inteso, deve perseguire nei loro confronti, ampliando i margini di tutela dei loro diritti e la dimensione inclusiva loro rivolta³⁶.

Per quanto concerne quest’ambito la Corte pare quindi davvero rivestire le funzioni di «autentico polmone respiratorio per l’intero ordinamento giuridico nella sua costante attenzione verso il continente parzialmente sommerso dei valori», attenta a recepire quanto emerge dalla società e – coerentemente con tali fattori- a dar tutela a chi, per le più svariate cause, venga a essere “indebolito” e si veda limitato, nel godimento dei propri diritti, da barriere costituzionalmente non più ammissibili³⁷.

ONU sui diritti delle persone con disabilità: considerazioni a margine della sentenza Guberina c. Croazia, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 11, 3, 2017, 623-642. Sull’art. 14, v. S. FREDMAN, *Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 16, 2016, 273 ss. Peraltro, in tempi recenti, si può segnalare una pronuncia del giudice di Strasburgo non in linea con il portato della Convenzione ONU: si tratta della sentenza *A.-M.V. c. Finlandia* (CEDU, I Sezione, 23 marzo 2017, ricorso n. 53251/13). Circa i nodi critici che la sentenza in questione può porre, cfr. la nota di D. AMOROSO, *L’autodeterminazione della persona disabile di fronte alla Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Giurisprudenza italiana*, maggio 2017, 1040-1041. In chiave critica anche C. COJOCARIU, *A.M.V. v. Finland: Independent Living, a Bridge Too Far for the European Court of Human Rights*, all’interno del blog www.strasbourgobservers.com, 10 maggio 2017. Secondo l’A. in questione, in particolare, la Corte EDU, oltre ad andare in senso contrario rispetto all’interpretazione dell’art. 12 della Convenzione di New York fornita nel *General Comment* del Comitato ONU (*General Comment n. 1 (2014)*), si riconetterebbe a una (pericolosa) linea di tendenza che vedrebbe il diritto all’autodeterminazione delle persone con disabilità come limitato in chiave ‘protezionistica’, in vista dello “interesse prevalente” della persona con disabilità. Come noto, l’azione del Consiglio d’Europa circa i diritti delle persone con disabilità beneficia anche di quanto previsto dalla Carta sociale europea e dell’operare del Comitato europeo dei diritti sociali: in proposito, si rinvia a G. PALMISANO, *La protezione dei diritti delle persone con disabilità nella Carta sociale europea*, in AA. VV., *Scritti in onore di Maria Rita Saulle*, cit., 1174 ss. Va sottolineato il fatto che, recentemente, anche la Carta sociale europea è stata invocata quale parametro di costituzionalità in una questione rimessa alla Corte costituzionale da parte dal Consiglio di Stato (Ordinanza del Consiglio di Stato del 4/05/2017, reg. ord. n. 111 del 2017 pubbl. in *G.U.* del 06/09/2017 n. 36): v. B. LIBERALI, *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in Federalismi.it, n. 17, 2017

³⁴ Cfr. G. ARCONZO, *La normativa a tutela delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. D’AMICO – G. ARCONZO (curr.), *Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all’inclusione a vent’anni dall’inclusione a vent’anni dalla L. 104/1992*, Franco Angeli, Roma, 2013, 17 ss. Si può peraltro sottolineare come, nell’elaborazione della l. 104/1992, si siano recepite alcune delle indicazioni emergenti dalla giurisprudenza costituzionale. Si veda, al riguardo, P. Cendon, *sub Art. 1*, in ID. (cur.), *Handicap e diritto. Legge 5 febbraio 1992, n. 104, legge-quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*, Giappichelli, Torino, 1997, 4 ss.

Va infine sottolineato come la pronuncia qui commentata abbia lasciato delle questioni aperte, che dovranno essere concretamente affrontate dall’ufficiale di stato civile: cfr. R. CALVIGIONI, *L’illegittimità costituzionale del giuramento per la cittadinanza dello straniero incapace*, in *Famiglia e diritto*, 3/2018, 233 - 240 (ma cfr., in particolare, 236 – 240)

³⁵ Sulla sentenza n. [215/1987](#) si rimanda alle puntuali osservazioni di R. BELLÌ, *Servizi per le libertà: diritto inviolabile o interesse diffuso?* in *Giur. cost.*, 1987, 1629 ss. e alla nota di C. MORO, *L’eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, *ibid.*, 3064 ss.

³⁶ Al riguardo, si veda da ultimo M. BARONE, *Tutela delle persone con disabilità grave: prospettive di ampliamento a partire dalla sentenza n. 213 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2/2017; peraltro, a proposito della L. 104/1992, richiamata nel testo della sentenza 258/2017, si può osservare come il testo legislativo in questione abbia a sua volta recepito alcune delle indicazioni emergenti dalla giurisprudenza costituzionale. Si veda, al riguardo, P. CENDON, *sub Art. 1*, in ID. (cur.), *Handicap e diritto. Legge 5 febbraio 1992, n. 104, legge-quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*, Torino, 1997, 4 ss.

³⁷ Il passaggio riportato fra virgolette è tratto da P. GROSSI, *L’invenzione della Costituzione: l’esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 3, 2016, 811 ss. (il passo citato è a pagina 819)

Linda Ardizzone*

La Consulta dichiara illegittimo il criterio della “residenza prolungata sul territorio regionale” per l’ammissione all’asilo nido: breve nota a Corte cost., [sent. 107/2018](#) (con un sintetico rinvio a [sent. 106/2018](#))

SOMMARIO: 1. Oggetto e parametro del giudizio. – 2. I minori di età come categoria di soggetti c.d. “vulnerabili” o “fragili”. – 3. L’*iter* decisionale seguito dalla Corte costituzionale. – 4. La [sentenza 106/2018](#): profili di analogia e di differenziazione con la [sentenza 107/2018](#). – 5. Note conclusive.

1. Oggetto e parametro del giudizio-

Lo Stato, per il tramite del Presidente del Consiglio dei ministri, ha proposto ricorso avverso la legge della regione Veneto n. 6/2017 (cfr. “Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 32/1990 – Disciplina agli interventi regionali per i servizi alla prima infanzia: asili nido e servizi innovativi”) censurando, in specie, l’art. 1, comma 1, della nella parte in cui ha riscritto l’art. 8, comma 4, della legge regionale n. 32/1990 (cfr. “Disciplina degli interventi regionali per i servizi educativi alla prima infanzia: asili nido e servizi innovativi”) introducendovi la lett. b).

Per effetto della suddetta integrazione, infatti, il testo del summenzionato comma 4 stabilisce infine che hanno titolo di precedenza per essere ammessi al nido: a) i bambini portatori di disabilità, b) *i figli di genitori residenti in Veneto anche in modo non continuativo da almeno quindici anni o che prestino attività lavorativa in Veneto ininterrottamente da almeno quindici anni, compresi eventuali periodi intermedi di cassa integrazione, di mobilità o di disoccupazione* (corsivo aggiunto).

Ebbene, la Parte ricorrente ha ritenuto che tale lett. b) fosse incostituzionale per violazione delle seguenti disposizioni costituzionali: art. 3 Cost., in relazione sia al principio di uguaglianza sia a quello di ragionevolezza; art. 31, comma 2, Cost., perché la disposizione lederebbe il valore della tutela dell’infanzia; artt. 16 e 120, comma 1, Cost., poiché ne risulterebbe limitata la libertà di circolazione; art. 117, comma 1, Cost., per violazione dell’art. 21 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) sempre in materia di libertà di circolazione; l’art. 24 della direttiva 2004/387 CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei componenti della loro famiglia di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; l’art. 11, par. 1, lett. d) ed f), della direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che soggiornino per un lungo periodo.

2. I minori di età come categoria di soggetti c.d. “vulnerabili” o “fragili”.

Nel caso posto all’attenzione della Corte, sono diversi i nuclei tematici rinvenibili: occorre sicuramente dare conto del fatto che ai genitori non radicati per un lungo periodo sul territorio regionale – giusto il termine indicato nell’art. 8, comma 4, lett. b), della l. regione Veneto n. 32/1990 – non sarebbe permesso di garantire ai propri figli il diritto all’educazione, a meno che gli stessi non siano in grado di provvedervi tramite percorsi alternativi quali asili nido privati o servizio di *baby-sitting*.

In tal senso – per la migliore comprensione dei fatti appena narrati ed, indi, dell’*iter* logico che ha indotto la Consulta a dichiarare fondate tutte le questioni sollevate dal ricorrente – pare opportuno ricordare che i minori di età e, nello specifico, gli infanti possono essere ricondotti entro la categoria delle c.d. “fragilità sociali”, ovvero di quei soggetti che godono di una particolare protezione da parte dell’ordinamento giuridico a causa della loro condizione di vulnerabilità indissolubilmente legata al principio costituzionale di uguaglianza.

* Dottoranda di ricerca in Scienze economiche, aziendali e giuridiche, Università degli studi di Enna “Kore”.

Ed in effetti, è massima di comune esperienza che la vita dell'uomo sia percorsa dalla "vulnerabilità", poiché nell'essere umano sono insite debolezze e necessità – sia psico-fisiche sia materiali – che lo connotano nella veste tanto di "soggetto sociale" che si relaziona con gli altri esseri umani – ed è, indi, vulnerabile a causa della perdita di un caro o di un abuso, della mancanza di cure, di umiliazioni, etc. – quanto di "essere socio-politico" vulnerabile, invece, a causa di manipolazioni, violenze ed abusi del diritto¹.

In termini strettamente giuridici, però, la predetta nozione implica una specifica riflessione sul concetto di "dignità umana" nonché – vieppiù – sui diritti umani (o fondamentali) e sul diritto c.d. "antidiscriminatorio" ovvero, in specie, sulle risposte concrete che l'ordinamento giuridico è capace di fornire in relazione a singoli casi di vulnerabilità o di svantaggio².

È dunque evidente che la "lotta" per l'affermazione dei diritti richiede – oltreché la conoscenza dei principi che li sorreggono – anche la comprensione delle strutture sociali nonché delle questioni istituzionali contestuali: affinché possa essere raggiunto un determinato "canone di giustizia", infatti, i predetti principi devono innestarsi nel relativo contesto socio-ordinamentale ed essere connaturali, indi, ad un concetto di "giustizia" consapevolmente declinato in un dato luogo materiale ed istituzionale; ed è così che si delinea, vieppiù, una visione della vulnerabilità come condizione umana "generale" che – pur materializzandosi in modi diversi, in società diverse – deve tuttavia essere contrastata "universalmente": fenomeni come dolore, umiliazione e sofferenza – modi appunto diversi di espressione della fragilità umana – contribuiscono univocamente a configurare il c.d. "universalismo della vulnerabilità"³.

È allora all'interno della superiore riflessione che il tema della vulnerabilità si lega indissolubilmente a quello della "dignità umana", nel senso che «le persone abbiano assicurate le condizioni affinché la loro vita possa essere considerata e sentita come una vita che valga la pena di essere vissuta (oltre che garantita in quanto tale) *attraverso l'eliminazione delle forme di vulnerabilità e [...] della sofferenza socialmente generata, che erode le basi della dignità, dell'eguale rispetto e della reciprocità dei riconoscimenti*»⁴; nonché a quello della "eguaglianza", considerato che – in termini strettamente normativi – «la nozione (giuridica) di soggetto "debole" si collega indissolubilmente a quella [appunto] di "eguaglianza": [infatti] un soggetto intanto è (giuridicamente) debole in quanto (giuridicamente) "non eguale"»⁵.

In tal senso, dunque, la condizione di "debolezza" risulta fortemente legata al principio di eguaglianza e concretamente definita dal patrimonio di diritti di cui un determinato soggetto è titolare: *rebus sic stantibus*, un soggetto è "debole" nella misura in cui non goda di alcun diritto oppure non goda dei medesimi diritti di cui possono beneficiare – *ceteris paribus* – tutti gli altri soggetti dell'ordinamento giuridico e sotto questo profilo è possibile, pertanto, distinguere tra condizioni di debolezza "naturali" (o "di fatto": donne, minori, anziani, etc.) e condizioni di debolezza "artificiali" (o "di diritto": minoranze linguistiche o religiose, lavoratori, carcerati, falliti, etc.); nonché fra debolezza "in senso stretto" (i.e. conseguente ad una discriminazione *ragionevolmente* posta in essere dal Legislatore, rispetto al godimento di un diritto fondamentale) ed una debolezza "in senso lato"

¹ In argomento, cfr. C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS, *Vulnerability, new essays in ethics and feminist philosophy*, Oxford, 2014.

² Si pensi, ad esempio, alla condizione sociale – oltreché dei minori – delle donne, degli anziani, dei soggetti affetti da disabilità, degli indigenti, degli inoccupati, dei gruppi etnici discriminati per motivi razziali e culturali, dei migranti, etc.

³ Il senso del suddetto "universalismo" può quindi sintetizzarsi nella ricorrenza di alcuni "valori" e "principi" – tipicamente ravvisabili in una determinata comunità – anche in altri, pur diversi, contesti socio-culturali; sul punto cfr. T. CASADEI, *Soggetti in contesto: vulnerabilità e diritti umani*, in *Diritti umani e soggetti vulnerabili violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino, 2012, 90-108.

⁴ Letteralmente B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, 2003, 44 e ss. (corsivi aggiunti).

⁵ Così in R. DI MARIA, *Brevi note sulla tutela dei soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in a cura di S. Andò, G. Alpa e B. Grimaldi (a cura di), *I diritti delle donne nell'area del mediterraneo. Civiltà a confronto, pari opportunità, identità e tutela delle differenze*, Roma-Napoli, 2010, 99.

(i.e. effetto di una *irragionevole* discriminazione, operata tra soggetti potenzialmente titolari dei medesimi diritti)⁶.

3. L'iter decisionale seguito dalla Corte costituzionale.

Poste le superiori premesse, atte a fornire una cornice di riferimento – pur senza alcuna pretesa di esaustività – utile per comprendere a pieno la complessità della tematica affrontata, si può analizzare la pronuncia della Corte costituzionale.

Orbene, con la [sentenza n. 107 del 2018](#), è stata dichiarata la fondatezza della questione di legittimità sollevata in via principale in ogni suo aspetto.

Già nell'*incipit* del considerato in diritto, la Consulta ha precisato che il “titolo di preferenza” di cui alla lett. b) dell'art. 8, comma 4, della legge impugnata, dispone un trattamento di riguardo per tutti i bambini i genitori dei quali si fossero insediati sul territorio regionale per un arco temporale lungo: il periodo considerato è – specificamente – di quindici anni, calcolato peraltro con riferimento a ciascun genitore, senza avere riguardo alla coppia nella sua unitarietà.

Ragionando in tal senso, si comprende che la disposizione tuteli una moltitudine di soggetti isolando però – allo stesso tempo – tutti coloro i quali non possiedono tali requisiti; la questione è stata considerata fondata, dunque, in ragione della interconnessione fra l'art. 3 Cost. ed un diritto fondamentale – tradotto in uno specifico servizio sociale – di cui dev'essere assicurato appunto l'eguale godimento, ovvero il godimento in condizione di sostanziale uguaglianza.

Com'è stato chiarito dalla Consulta, infatti, agli asili nido dev'essere attribuita una peculiare funzione appunto socio-assistenziale: permettere ai genitori di affidare i propri figli ad una struttura statale, piuttosto che ad una privata o ad una *baby-sitter*; e dunque, il fatto che al Legislatore sia consentito di introdurre una disciplina differenziata per l'accesso alle prestazioni assistenziali permette di bilanciare due differenti esigenze: da un lato, la massima fruibilità dei benefici previsti e, d'altro lato, la limitatezza delle risorse disponibili; tale, però, da non implicare una evidente violazione del principio di ragionevolezza causata da illegittimi canoni di accesso ai servizi sociali.

In base a tali premesse è chiaro che – se fossero necessari dei criteri di differenziazione – il Legislatore regionale potrà inserirli all'interno del dettato normativo, soltanto se la *ratio* sui cui essi si fondano non sia arbitraria o irrazionale; nello specifico, con particolare riferimento al requisito della residenza, essa normalmente costituisce un criterio ragionevole per godere di un trattamento di favore ma lo stesso ragionamento non vale se la residenza è protratta per un lungo periodo, poiché non è rinvenibile legame alcuno tra la durata prolungata e la situazione di bisogno insita in ogni persona.

L'*animus* che muove tali strutture è, infatti, una vocazione meramente sociale legata al servizio che esse sono chiamate a svolgere e, conseguentemente, all'art. 3, comma 2, Cost. Il richiamo a tale principio consente ai genitori – ed, in special modo, alle madri lavoratrici – di svolgere un'attività lavorativa e, al contempo di poter provvedere ai propri figli – appunto affidandoli ad un asilo statale – alla stessa stregua di chi, invece, abbia viceversa deciso di occuparsene personalmente.

È proprio partendo dai superiori presupposti che – a detta del Giudice delle leggi – la norma impugnata, prescindendo da un fattore meramente economico ed ergendo a titolo di preferenza la residenza prolungata, introduce quale parametro di riferimento un requisito ontologicamente contrario alla vocazione sociale ed universalistica degli asili nido. Sotto questo profilo sono allora due gli aspetti da considerare: *in primis*, la funzione sociale ed educativa di tali strutture, per cui è irragionevole pensare che i figli di genitori venuti da lungo tempo presentino delle necessità educative maggiori rispetto a quelle degli altri bambini; *in secundis*, la loro vocazione universalistica e, dunque,

⁶ Cfr. sempre M. DELLA MORTE, cit., 2, che – parafrasando M. L. SALVADORI, *La grammatica di Destra e Sinistra, Introduzione all'edizione del ventennale*, Roma, 2014, XIX – considera, fra le suddette, le prime come «espressione della molteplicità dei tipi umani e delle personali caratteristiche» e le seconde, invece, «frutto degli abusi di potere e dei privilegi».

l'ammissibilità di un parametro come la "residenza protratta" per l'eventuale preclusione dell'accesso alle prestazioni pubbliche, tanto nella regione di residenza quanto in quella di provenienza, rischiando così di privare alcuni soggetti delle prestazioni pubbliche per il semplice fatto di avere esercitato un diritto loro costituzionalmente garantito: la libertà di circolazione (art. 16 Cost.).

Nel sostenere l'infondatezza della questione sollevata dal Presidente del Consiglio dei ministri, la Regione ha sostenuto che il requisito di cui alla lett. b) assicurerebbe la (tendenziale) corrispondenza fra il pagamento dei tributi regionali ed il godimento del servizio sociale *de quo*, in specie da parte di coloro i quali abbiano risieduto in quel territorio per un lungo periodo. In tal senso, però, deve precisarsi che la fonte di sostentamento degli asili nido può essere regionale o meno; laddove il finanziamento fosse regionale, allora bisognerebbe comunque distinguere all'interno del bilancio, comunale o regionale, tra finanza "propria" e "derivata". Deve peraltro considerarsi, sul punto, che il c.d. "contributo pregresso" assegna al dovere tributario finalità commutative, mentre esso dovrebbe essere paradigma del dovere di solidarietà sociale: applicare dunque tale criterio alle prestazioni sociali è contraddittorio, poiché porta a limitare l'accesso proprio ai soggetti che ne hanno più bisogno.

Anche la censura inerente all'art. 117, comma 1, Cost. e all'art. 21 TFUE è stata ritenuta fondata.

Nello specifico, l'art. 21 stabilisce che i cittadini dell'Unione europea hanno il diritto di circolare liberamente sul territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni dei trattati nonché delle disposizioni adottate in applicazione degli stessi. Con riferimento ai requisiti di residenza prolungata, la stessa Corte di giustizia U.E. ha affermato che una norma nazionale – come ad esempio quella che in esame – implica una restrizione dei diritti che sono riconosciuti dall'art. 21, n. 1, TFUE. La Corte pertanto afferma che – per non escludersi *in limine* un requisito come quello di cui alla lett. b) della disposizione censurata – è necessario che esso persegua uno scopo legittimo, ovvero sia proporzionato, e che non escluda una categoria troppo ampia di soggetti; il che non si riscontra nella norma impugnata, che appare viziata per quanto riguarda lo scopo perseguito nonché sproporzionata, con riferimento all'arco temporale di residenza richiesto.

Le altre questioni inerenti all'art. 117 sono state tutte assorbite.

Riguardo poi la questione relativa all'art. 120, comma 1, Cost., in essa è compresa anche quella inerente all'art. 16 Cost.: l'art. 8 della legge regionale non incide direttamente sul diritto di circolazione e di svolgere l'attività lavorativa, non viola immediatamente i divieti posti dall'art. 120, comma 1, Cost., essa pone un ostacolo all'esercizio dei diritti ivi previsti, per le stesse ragioni illustrate con riferimento all'art. 21 TFUE.

Seguendo il ragionamento della Consulta, è evidente che un genitore che voglia trasferirsi in Veneto, per motivazioni meramente lavorative, possa trovare ostacoli nello stabilirsi sul territorio regionale perché, ad esempio, non può permettersi un asilo nido privato, struttura quest'ultima che non escluderebbe alla propria prole l'accesso, non vincolando al possesso di determinati requisiti. E dunque, posto che, al contrario, la legge regionale inerente all'asilo pubblico, come nel caso della Regione Veneto, pone una specifica limitazione, è necessario vedere se essa sia tollerabile o meno.

A tal proposito, la Corte, avendo memoria della [sentenza n. 51 del 1991](#), ha individuato i seguenti criteri per verificare la tollerabilità del requisito: «a) se si sia in presenza di un valore costituzionale in relazione al quale possano essere posti limiti alla libera circolazione delle cose o degli animali; b) se, nell'ambito del suddetto potere di limitazione, la regione posseda una competenza che la legittimi a stabilire una disciplina differenziata a tutela di interessi costituzionalmente affidati alla sua cura; c) se il provvedimento adottato in attuazione del valore suindicato e nell'esercizio della predetta competenza sia stato emanato nel rispetto dei requisiti di legge e abbia un contenuto dispositivo ragionevolmente commisurato al raggiungimento delle finalità giustificative dell'intervento limitativo della regione, così da non costituire in concreto un ostacolo arbitrario alla libera circolazione delle cose fra regione e regione»⁷.

⁷ Corte cost., sent. 107/2018, n. 5 del *considerato in diritto*.

Infine, anche la questione sull'art. 31, comma 2, Cost. è stata ritenuta fondata: tale ultima disposizione è posta a tutela della maternità, dell'infanzia e della gioventù fortificando gli istituti atti al perseguimento di tale scopo.

L'articolo 8, infatti, si pone in netta contrapposizione rispetto all'art. 31, comma 2 Cost, deformandone la funzione: non più a tutela delle famiglie bisognose ma di quelle residenti in Veneto per un lungo periodo, creando le condizioni per privare una categoria di bambini del loro diritto all'istruzione.

Ebbene, sulla scorta di tutto quanto appena esposto, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge della Regione Veneto 21 febbraio 2017, n. 6 (Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 23 aprile 1990, n. 32, «Disciplina degli interventi regionali per i servizi educativi alla prima infanzia: asili nido e servizi innovativi»), nella parte in cui modifica l'art. 8, comma 4, della legge della Regione Veneto 23 aprile 1990, n. 32 (Disciplina degli interventi regionali per i servizi educativi alla prima infanzia: asili nido e servizi innovativi), introducendovi la lettera b).

4. La [sentenza 106/2018](#): profili di analogia e di differenziazione con la [sentenza 107/2018](#).

Nel corso di tale *excursus*, sembra particolarmente utile un confronto della pronuncia appena esaminata con la [sent. 106/2018](#) relativa alla legge regionale ligure n. 13 del 2017 sull'edilizia pubblica.

A primo acchito, parrebbe che i profili affrontati nelle due decisioni presentino alcuni elementi sovrapponibili: tale assunto può essere valutato come vero soltanto in parte.

Infatti, la legge veneta – a differenza di quella ligure – non introduceva requisiti di accesso differenziali per italiani e stranieri, limitandosi a prevedere un requisito di “radicamento territoriale” dei genitori quale titolo di precedenza per l'accesso all'asilo nido, un requisito, tra l'altro, talmente sproporzionato e rigido (15 anni, appunto) da precluderne l'ingresso – stante la scarsità di posti disponibili – a tutti i residenti da tempo inferiore.

Vale la pena sottolineare, inoltre, che differenti sono anche i diritti che emergono dallo studio delle sentenze: mentre nella [106/2018](#) la Corte tutela il diritto di abitazione, nella [107/2018](#) è il diritto all'istruzione ad essere oggetto di protezione.

Tramite una lettura sinottica delle decisioni suddette, si rinvengono, però, dei *modus operandi* seguiti dal Legislatore regionale (sia nelle legge regionale veneta che nella ligure) e dalla Corte (in ambo le pronunce) totalmente agli antipodi: se da un lato l'uno ha perseguito obiettivi di maggiore tutela per i cittadini italiani, l'altra – in netto contrasto con il primo indirizzo - ha valorizzato alcuni principi costituzionali quali solidarietà e politica sociale che, precedentemente, erano stati eclissati dall'esigenza di “radicamento territoriale”.

Inoltre, nella sentenza [107/2018](#) – diversamente da quanto accaduto per la [106/2018](#) – la dichiarazione di incostituzionalità non affonda le proprie radici nell'annosa questione inerente alla “discriminazione dello straniero” (richiamata soltanto nella misura in cui la Corte ha fornito particolare rilevanza al principio di libera circolazione infra-comunitaria).

Ed invero, nella seconda delle predette pronunce, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, della legge della regione Liguria n. 13/2017, ha specificamente riguardato la subordinazione al requisito della residenza prolungata da «almeno dieci anni consecutivi nel territorio nazionale» della assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica (c.d. “ERP”) a beneficio dei cittadini extracomunitari; sicché il Presidente del Consiglio dei ministri – parte ricorrente per lo Stato – ne ha denunciato il contrasto, appunto, con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 4 e 11 della direttiva 2003/109/CE, del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano “soggiornanti di lungo periodo” recepita con il decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 il cui articolo 9 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero).

In tal senso – nel motivare la fondatezza del ricorso – la Corte costituzionale ha affermato come già in altre circostanze fosse accaduto che «la previsione dell’obbligo di residenza da almeno otto anni nel territorio regionale, quale presupposto necessario per la stessa ammissione al beneficio dell’accesso all’edilizia residenziale pubblica (e non, quindi, come mera regola di preferenza), determina un’irragionevole discriminazione sia nei confronti dei cittadini dell’Unione, ai quali deve essere garantita la parità di trattamento rispetto ai cittadini degli Stati membri (art. 24, par. 1, della direttiva 2004/38/CE), sia nei confronti dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, i quali, in virtù dell’art. 11, paragrafo 1, lettera f), della direttiva 2003/109/CE, godono dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda anche l’accesso alla procedura per l’ottenimento di un alloggio» ([sentenza n. 168 del 2014](#))»⁸.

5. Note conclusive.

Sulla scorta delle superiori considerazioni, sorgono spontanee alcune, riflessioni, ulteriori rispetto a quelle già anticipate nei precedenti paragrafi.

Spesso accade che il Legislatore operi seguendo indirizzi diversi rispetto a quelli tracciati dalla Corte – nel pieno rispetto della propria discrezionalità politica – valorizzando così alcuni diritti a scapito di altri; in specie, dai casi *supra* esaminati pare emergere – anche alla luce delle motivazioni elaborate dalla Consulta – un indirizzo normativo improntato alla promozione di un eccessivo “localismo”, tale da connotare le relative leggi regionali – prima che discriminatorie – come irragionevoli e sproporzionate.

Conseguenza di tali norme poco oculate è, dunque, la creazione di scompensi e di squilibri all’interno del complesso sistema di tutele atte a proteggere non soltanto i cittadini italiani – seppur residenti in Regioni diverse – ma anche gli stranieri.

Sotto questo profilo appare certamente rilevante il ruolo della Corte, quale giudice del corretto (ed eventuale) “bilanciamento” fra diritti ugualmente fondamentali⁹: è così, infatti, che il sistema costituzionale italiano può effettivamente risultare rispettoso dei diritti della persona (i.e. “dell’uomo”) mediante la costante opera di adeguamento dei livelli di protezione e tutela dei predetti diritti alle variabili circostanze sociali ed economiche – ed ai conseguenti scompensi – che contraddistinguono l’ordinamento socio-giuridico.

⁸ Corte cost., [sent. 106/2018](#), n. 3 del *considerato in diritto*. Sulla decisione, cfr. A. TRANFO, [Una manifestazione del diritto all’abitazione: l’edilizia residenziale pubblica per gli stranieri \(osservazioni a margine della sent. n. 106/2018 della Corte costituzionale\)](#), in questa [Rivista, Studi 2018/II](#), 453 e ss.

⁹ In argomento si rammenta la ormai risalente – ma sempre attuale – analisi di O. CHESSA, soprattutto in ID., *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998, 1170-1177, ed ID., *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, *ivi*, 3925-3952.

Alessia Tranfo*

**Un profilo del diritto all'abitazione: l'edilizia residenziale pubblica per gli stranieri
(a margine della [sent. n. 106/2018](#) della Corte costituzionale)**

SOMMARIO: 1. Il diritto all'abitazione e le sue fonti. – 2. L'edilizia residenziale pubblica come materia "trasversale". – 3. La disciplina statale dell'edilizia residenziale pubblica per gli stranieri tra disarmonie e aggravamenti. – 4. La legislazione regionale ed il problematico criterio della "residenza qualificata". – 5. L'"irragionevolezza" della legge ligure nella sentenza n. 106 del 2018 della Corte costituzionale. – 6. Cenni conclusivi.

1. Il diritto all'abitazione e le sue fonti.

La recente sentenza n. 106 del 2018 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, della legge della Liguria del 6 giugno 2017, n. 13, in quanto prescrivente per i soggiornanti stranieri di lungo periodo un requisito temporale di residenza più esteso rispetto alla legislazione nazionale (dieci anni contro cinque) ai fini dell'accesso all'edilizia residenziale pubblica, offre lo spunto per una riflessione di carattere ancor più generale sull'esistenza stessa nel nostro ordinamento di un vero e proprio diritto all'abitazione.

Da questo punto di vista, l'unica previsione della Costituzione repubblicana che menziona il concetto di *abitazione* è l'art. 47 Cost.; ma sembra dubbio che la disposizione possa interpretarsi nel senso che ciascun individuo abbia diritto alla disponibilità di un'abitazione, sol che si rifletta sul fatto che la proprietà dell'abitazione vi si configura essenzialmente come forma naturale e privilegiata di destinazione del risparmio popolare¹.

Sebbene, dunque, la Costituzione italiana non riservi alcuna esplicita previsione al diritto in questione², ciò non significa che esso sia escluso e che non possa invece dedursi in via sistematica da altre disposizioni costituzionali, qualora si concepisca il diritto alla casa nella sua accezione di una rivendicazione giuridicamente rilevante di uno "spazio" protetto nel quale trovi espressione adeguata la personalità umana.

Si noti, infatti, come l'abitazione costituisca imprescindibile presupposto per il godimento di libertà e diritti costituzionalmente garantiti, quali la libertà di domicilio (art. 14 Cost.), che implica la disponibilità di un ambiente idoneo a salvaguardare la riservatezza e l'intimità, il diritto dell'individuo alla formazione di una famiglia e all'adempimento dei relativi compiti (artt. 29 e ss. Cost.), il diritto alla salute (art. 32 Cost.), che esige un ambiente dove vivere in maniera salubre. Pare, inoltre, sensato ritenere che la disponibilità di un alloggio costituisca un requisito imprescindibile per la concreta realizzazione di quei diritti fondamentali che gravitano attorno al diritto e al dovere al lavoro (art. 4 Cost. e artt. 36 e ss.)³. Per converso, in assenza di un alloggio, sarebbero notevolmente limitati il principio di eguaglianza, il rispetto della dignità di ciascun individuo nonché i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.

* *Dottoranda di ricerca in Diritto (curriculum: Diritto pubblico interno, comparato ed europeo), Università degli studi di Genova.*

¹ In proposito, v. D. SORACE, *A proposito di "proprietà dell'abitazione", "diritto d'abitazione", e "proprietà (civiltica) della Casa"*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1977, 1175; G. PACIULLO, *Il diritto all'abitazione nella prospettiva dell'housing sociale*, Napoli, 2008, 50. Dottrina minoritaria aderisce tuttavia alla tesi secondo cui l'art. 47 Cost. rappresenti l'ancoraggio giuridico costituzionale per l'affermazione del diritto all'abitazione, M. A. CIOCIA, *Il diritto della abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Napoli, 2009, 43.

² Diversamente, in altri ordinamenti è richiamato espressamente in Costituzione "il diritto ad una abitazione adeguata": a titolo meramente esemplificativo, v. l'art. 47 della Costituzione spagnola, l'art. 62, comma 2, della Costituzione portoghese, l'art. 23, comma 3, della Costituzione del Belgio.

³ Sul legame imprescindibile tra diritto all'abitazione e altri diritti costituzionali la letteratura è cospicua. Si segnala T. MARTINES, *Il "diritto alla casa"*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974, 391 e ss.

Su queste basi, sembra possibile affermare che il diritto all'abitazione, inteso come godimento durevole di un bene provvisto di qualità idonee a garantire, secondo le esigenze di una società determinata, l'armonico sviluppo psico-fisico dei soggetti insediati nel nucleo abitativo⁴, rientri tra i diritti sociali e contribuisca alla realizzazione sostanziale, e non solo formale, del principio di eguaglianza⁵.

D'altro, al medesimo proposito, non sono assolutamente da trascurare gli obblighi assunti dall'Italia a livello internazionale e sovranazionale. In tal senso, rileva la stessa Dichiarazione universale dei diritti umani (art. 25) in cui l'*abitazione* viene annoverata tra le condizioni che permettono uno *standard* di vita adeguato. Un riferimento esplicito al diritto di abitazione è ancora rinvenibile nel Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 delle Nazioni Unite (art. 11). Ma altri testi si potrebbero citare, tra cui la Convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965 (art. 5), la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 1979 (art. 14), la Convenzione sui diritti dell'infanzia del 1989 (articolo 27) e, nell'ambito del Consiglio d'Europa, la Carta sociale europea del 1961 e 1996 (artt. 30 e 31). Infine, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dispone all'art. 34, c. 3 che "(...) l'Unione riconosce e rispetta il diritto alla casa e all'housing sociale, al fine di assicurare un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non siano in possesso delle risorse minime, in accordo alle regole stabilite dalla legislazione Comunitaria e dalla legislazione e pratiche internazionali".

2. L'edilizia residenziale pubblica come materia "trasversale".

Se si condividono le anzidette premesse, è chiaro che i problemi reali attengano ai modi con cui dare sufficiente effettività al diritto all'abitazione.

A tale scopo, tra le vie percorribili dal legislatore (statale e regionale), a cui il precetto è principalmente destinato, rilevano, tra le altre, la tutela di chi già dispone di un'abitazione, e in particolare la categoria dei conduttori individuati quali parte debole del rapporto privatistico derivante dalla locazione degli immobili ad uso abitativo⁶ e, più in generale, l'allestimento di provvidenze per chi ne sia del tutto privo o disponga di locali inadeguati, attraverso specialmente la costruzione, la gestione, nonché l'assegnazione di alloggi a coloro che non possono provvedere, con le proprie risorse e secondo le regole del libero mercato (si tratta dell'attività di edilizia residenziale pubblica o, in senso ormai atecnico, edilizia popolare)⁷.

⁴ U. BRECCIA, *Il diritto dell'abitazione*, Milano, 1980, 17.

⁵ Un primo riconoscimento del diritto all'abitazione, quale fondamentale diritto sociale, si ravvisa nel testo della [sentenza della Corte cost. n. 217 del 1988](#): "In breve, creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso". Di analogo tenore la [sentenza della Corte cost. n. 404 del 1988](#): "indubbiamente doveroso da parte della collettività intera impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione".

⁶ Si pensi all'art. 2 della l. n. 431 del 9 dicembre 1998 (sulle locazioni abitative della c.d. prima casa) che prescrive una durata minima di tre anni del contratto di locazione, detto concordato, o di quattro anni nelle locazioni a canone libero, sancendo la nullità delle clausole contrattuali che derogano a tali disposizioni; si pensi, inoltre, alla nullità delle scritture private che obblighino il conduttore al pagamento di canoni superiori a quelli indicati nel contratto formalmente registrato. La stessa l. n. 392 del 27 luglio 1978 (c.d. legge dell'equo canone) fornisce ulteriori strumenti di tutela a favore del locatore, in particolare, l'art. 7 sanziona con nullità la clausola che preveda lo scioglimento del vincolo di locazione in caso di vendita del bene locato, l'art. 38 sancisce il diritto di prelazione per il locatore in caso di alienazione dell'immobile locato o l'art. 39 che afferma il diritto di riscatto in capo al locatore. Infine, ma non meno importante, si fa riferimento al meccanismo del c.d. contratto a canone concordato che prevede canoni ricompresi entro limiti minimi e massimi, determinati sulla base di accordi raggiunti in sede locale tra le organizzazioni della proprietà edilizia e quelle degli inquilini al fine di sottrarre la disciplina al sistema del libero mercato, garantendo dunque prezzi meno onerosi.

⁷ A. M. CIOCIA *Il diritto dell'abitazione*, cit., 43.

Concentrandoci su quest'ultima soluzione, a cui specificamente si orienta la sentenza in commento, sembra opportuno ricordare preliminarmente che la Corte costituzionale ha definito l'edilizia residenziale pubblica come "quel complesso di interventi pubblici di varia natura che concretano il servizio sociale della provvista degli alloggi a favore dei ceti sociali meno abbienti"⁸.

Del resto, fin dai primi anni della Repubblica⁹, si è ragionato del legame tra gli alloggi popolari e il secondo comma dell'art. 3 Cost. nella misura in cui, come già accennato, "la mancanza di un tetto è il primo o fra i primissimi ostacoli che (...) impediscono il pieno sviluppo della persona umana"¹⁰. Ciononostante, il settore della edilizia residenziale pubblica non è stato originariamente inteso come rivolto ai bisogni della collettività nella sua più ampia accezione, bensì soprattutto ideato per favorire la classe lavoratrice¹¹.

Solo a partire dagli anni Settanta¹², infatti, il tema dell'edilizia popolare ha cominciato ad essere interpretato e regolato in senso redistributivo e ad essere concepito come un bene disancorato dall'individuo-lavoratore e collegato all'individuo in quanto tale, pertanto, meritevole del soddisfacimento di bisogni primari¹³.

Si è passati, dunque, da un sistema di alloggi popolari strettamente interconnessi ai diritti del lavoratore ad un sistema di edilizia residenziale pubblica a più ampio spettro, che ha continuato ad allargare le proprie maglie, estendendo l'accesso alle abitazioni sociali anche al non cittadino che versi in condizioni di disagio e di bisogno e che risieda regolarmente sul territorio nazionale¹⁴.

Ma prima di tornare sul profilo messo in tensione nella sentenza n. 106 del 2018, occorre ricordare quali siano state le maggiori criticità suscitate dalla disciplina dell'edilizia popolare, dal momento che, trattandosi di materia avente natura trasversale, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi in diverse occasioni¹⁵ soprattutto al fine di delineare i confini del riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni sul tema.

Né è infatti emersa una configurazione della materia ripartita su tre distinti livelli¹⁶: un primo livello rientrante nella potestà legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., comprendente la determinazione dell'offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti; un secondo, rientrante nella materia governo del territorio di legislazione concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., circa la programmazione degli insediamenti di edilizia residenziale pubblica; ed un terzo, ricadente nella potestà legislativa residuale delle Regioni in base all'art. 117, comma 4, Cost., riguarda la gestione del patrimonio immobiliare di edilizia residenziale pubblica esistente in ambito regionale.

⁸ Corte cost. sent. n. 94/2007, punto 4 in diritto.

⁹ R. C. MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2010, 173.

¹⁰ M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico, (considerazioni generali) (1957)*, in ID., *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 1976, 53.

¹¹ Si ricordi la l. n. 43/1949 c.d. "Piano Fanfani", che istituì l'Ina-Casa strutturata come un sistema mutualistico con un notevole *favor* verso i lavoratori; per gli anni successivi, occorre citare la l. n. 60/1963, che liquidò l'Ina-Casa e istituì il GESCAL (Gestione Case Lavoratori), con la previsione di un programma decennale di offerta abitativa popolare.

¹² L. n. 865/1971 e d.p.r. n. 1036/1972.

¹³ Per un approfondimento sul punto si rimanda a T. MARTINES, *Il "diritto alla casa"*, cit., 397.

¹⁴ In relazione agli stranieri presenti irregolarmente sul territorio nazionale, benché essi non abbiano diritto all'accesso alla edilizia residenziale pubblica, godono pur sempre della disponibilità di altre soluzioni abitative assistenziali (tra cui le varie forme che i c.d. centri di accoglienza hanno acquisito negli anni). È chiaro infatti che la loro posizione non sia equiparabile a quella degli stranieri regolari, pur tuttavia, è altresì innegabile che non sarebbe concepibile per gli stranieri irregolari una soppressione del diritto all'abitazione in quanto funzionale al godimento di altri diritti fondamentali. Sul punto. cfr. F. SCUTO, *Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri «irregolari»: livelli di tutela*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2/2008, 381 ss.

¹⁵ Corte cost. sentt. nn. 451/2006; 94/2007; 166/2008; 209/2009; 121/2010 e 273/2016.

¹⁶ Tali considerazioni valgono a seguito della l. cost. 3 del 18 ottobre 2001. La versione precedente dell'art. 117 Cost. induceva ad annoverare la materia dell'edilizia pubblica tra le materie di potestà legislativa concorrente dell'"urbanistica" e dei "lavori pubblici di interesse regionale". Rilevante è la sent. n. 27/1996 della Corte cost. con cui è attribuita ampia autonomia legislativa alle Regioni asserendo che poteva «ritenersi ormai formata, nell'evoluzione dell'ordinamento, una "nuova" materia di competenza regionale (...) avente una sua consistenza indipendentemente dal riferimento all'urbanistica e ai lavori pubblici» ossia l'edilizia residenziale pubblica.

Tale architettura della materia è derivata dall'affermata necessità di una determinazione uniforme su scala nazionale di livelli minimi di offerta di alloggi per le fasce di soggetti meno abbienti al fine di evitare di creare disparità nell'esercizio del diritto all'abitazione. A cui peraltro, ha fatto riscontro il riconoscimento del ruolo delle Regioni quali realtà in grado di valutare al meglio, nella cornice dettata dalla legislazione statale circa i livelli essenziali di fabbisogno abitativo, quali siano le esigenze del territorio. In tal modo, se, da un lato, è stata garantita una certa autonomia regionale in materia, dall'altro, i requisiti di accesso all'edilizia residenziale pubblica – nonché a tutti i servizi di agevolazione del credito ad essa collegati – risultano non derogabili *in pejus* né dalle legislazioni regionali né dalle delibere di quei comuni che, in concreto, garantiscono l'accesso all'edilizia residenziale pubblica emanando gli specifici bandi di gara¹⁷.

3. La disciplina statale dell'edilizia residenziale pubblica per gli stranieri tra disarmonie e aggravamenti.

Circa, dunque, il problema abitativo nei confronti degli stranieri, è noto come esso inizi a porsi in modo significativo con la pratica dei ricongiungimenti familiari¹⁸, che hanno evidenziato in termini più sistematici e diffusi le esigenze abitative non più di singoli lavoratori, ma di interi nuclei familiari. Non è, del resto, casuale che l'aumento del rilascio di permessi di soggiorno per motivi familiari – risalente alla fine degli anni '90 – sia coevo all'introduzione dell'accesso alle forme di edilizia pubblica anche per gli stranieri. Infatti, l'esigenza di garantire anche ai non cittadini la possibilità di godere di alloggi di edilizia pubblica trova spazio a livello statale per la prima volta nell'art. 40, comma 6, del d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (Testo Unico per l'Immigrazione) ove si legge che “gli stranieri titolari di carta di soggiorno (oggi, permesso di soggiorno UE di lunga durata) e gli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica (...)”.

Emerge però anche da una prima lettura come la normativa in esame crei un cortocircuito sotto più profili.

Innanzitutto, si subordina l'accesso agli alloggi pubblici, tra gli altri requisiti, al possesso del permesso di soggiorno UE di lunga durata che, tuttavia, può essere rilasciato e rinnovato ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. b) del TUI a condizione che il richiedente dimostri la disponibilità di un alloggio idoneo che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda sanitaria locale competente per territorio¹⁹. Di fatto, lo straniero extracomunitario deve dimostrare di godere già della disponibilità di un'abitazione per poter aspirare all'accesso all'edilizia pubblica.

¹⁷ A. GIORGIS, E. GROSSO, M. LOSANO, *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'eguaglianza formale*, Milano, 2017, 257. La giurisprudenza ordinaria è intervenuta per l'annullamento di discipline regionali o comunali che prevedevano deroghe peggiorative rispetto agli standard minimi essenziali fissati dalla legislazione statale. Si pensi all'annullamento dei bandi comunali regolanti l'accesso agli alloggi pubblici che attribuivano un punteggio superiore ai cittadini italiani a scapito dei richiedenti stranieri (Trib. Milano sent. n. 3614/2002 su reperibile su *Il Foro Italiano*, Vol. CXXVI, anno 2003, 3175).

¹⁸ Ministero dell'Interno, *Primo rapporto sugli immigrati in Italia*: “Sul totale dei permessi di soggiorno rilasciati nel nostro paese tra il 1992 e il 2007, quelli accordati per motivi familiari sono più che raddoppiati (dal 14% al 31%), a decremento percentuale degli altri; e tale crescita è costante e progressiva, a differenza di quella dei permessi di soggiorno rilasciati per motivi di lavoro, che aumentano in maniera discontinua e condizionata dalle periodiche campagne di regolarizzazione. Da ciò consegue che l'incremento percentuale della presenza immigrata nel nostro paese è spiegato in maniera significativa e progressiva dai ricongiungimenti familiari”.

¹⁹ Altri requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno UE di lunga durata sono: 1) il possesso di un permesso di soggiorno in corso di validità di almeno cinque anni 2) la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale.

Criticità si manifestano poi in merito al possesso del permesso di soggiorno biennale, quale requisito alternativo al permesso di soggiorno UE di lunga durata, per l'accesso all'edilizia pubblica. Si rileva infatti come il permesso biennale sia eventualmente rilasciato dal Questore in modo discrezionale a fronte di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato oppure di lavoratore autonomo. La normativa vigente non obbliga il Questore al rilascio di tale titolo di soggiorno anche in presenza di uno dei predetti contratti di lavoro, bensì lascia all'autorità amministrativa una mera facoltà.

Inoltre, nulla preclude che possano verificarsi situazioni secondo cui, a uno straniero al primo ingresso, venga rilasciato un permesso di soggiorno biennale che gli darà diritto al godimento dell'edilizia residenziale pubblica, mentre uno straniero residente in Italia da più tempo - ma non abbastanza per ottenere il permesso di soggiorno UE di lunga durata - potrebbe vedersi rinnovato annualmente il titolo di soggiorno, non potendo dunque godere degli alloggi pubblici perché sprovvisto sia del permesso di lunga durata che di quello biennale.

A tal proposito, degne di nota sono le censure già formulate dal TAR Lombardia all'art. 40, comma 6, TUI in relazione all'art. 3 Cost. Nell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale si legge infatti che l'adozione del criterio della durata del permesso di soggiorno, svincolato da ogni riferimento «alla complessiva regolare presenza» del lavoratore extracomunitario in Italia, risulterebbe irragionevole e realizzerebbe una ingiusta disparità di trattamento, poiché attribuirebbe rilevanza «ad un dato estrinseco, che non necessariamente è significativo rispetto alla *ratio legis*» della disposizione precitata, potendo accadere che un lavoratore extracomunitario, appena giunto in Italia, ottenga un permesso di soggiorno della durata di due anni, in considerazione della stipula di contratto di lavoro subordinato di durata indeterminata, diversamente da un altro lavoratore extracomunitario, che pure si trovi in Italia da più tempo.²⁰

Le restrizioni al godimento dell'accesso all'edilizia popolare ai soli stranieri lavoratori in possesso di taluni specifici titoli di soggiorno hanno suscitato dubbi anche in relazione all'art. 10, comma 2, Cost. che prescrive che la condizione giuridica dello straniero sia regolata in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Si è osservato, infatti, come l'art. 40, comma 6, del TUI sembri in contrasto con la Convenzione OIL n. 97 del 1949 sui lavoratori migranti che garantisce ai lavoratori stranieri regolari il principio di parità di opportunità e trattamento rispetto ai cittadini nazionali anche in materia di accesso agli alloggi pubblici, senza alcuna discriminazione di reddito, o basate sull'anzianità, o sul consolidamento del loro soggiorno²¹.

Successivamente al TUI, e alla luce degli interventi della Corte costituzionale circa il riparto di competenze sulla materia, è stato approvato il nuovo «Piano nazionale di edilizia abitativa»²², con l'obiettivo di garantire su tutto il territorio nazionale il rispetto dei livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo per il pieno sviluppo della persona umana attraverso la costruzione di nuove abitazioni o il recupero di quelle esistenti da destinare prioritariamente alle categorie sociali svantaggiate (art. 11, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con modif. nella l. 6 agosto 2008, n. 133). Tale disposto, dunque, prevedendo l'approvazione di un piano nazionale di edilizia abitativa, ha fissato i principi che devono presiedere alle programmazioni regionali nel settore. Esso ha inoltre introdotto nuovi profili nella disciplina relativa all'accesso, da parte degli stranieri regolari, all'edilizia residenziale pubblica, riconoscendo, in particolare, (l'art. 11, comma 2, lett. g) il diritto di godere di alloggi di residenza pubblica solo qualora coloro che ne facciano richiesta siano in possesso

²⁰ La Corte, tuttavia, non ha avuto modo di pronunciarsi sul merito essendosi limitata a concludere la questione con un'ordinanza di inammissibilità (n. 76/2010).

²¹ Cfr. B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Atti del XXIV Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti svoltosi a Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli 2010, 178 e ss.

²² Per una dettagliata descrizione circa l'evoluzione legislativa in tema di edilizia pubblica fino al primo decennio degli anni 2000 si rinvia a S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1/2010, 163.

del requisito di una residenza decennale nel territorio nazionale o, in subordine, quinquennale nel territorio della Regione interessata²³.

Di fronte pertanto alla concessione di talune agevolazioni ai non cittadini subordinatamente alla loro permanenza in Italia né precaria, né transitoria, la normativa sembra aggravare maggiormente la già debole posizione del non cittadino in relazione alla disponibilità di alloggi pubblici. Dunque, alle previsioni dell'art. 40, comma 6, del TUI, con l'art. 11, lett. g) del Piano Casa 2008, viene affiancata l'ulteriore restrizione della platea dei beneficiari dell'edilizia popolare, fondata sulla durata della residenza sul territorio, senza peraltro precisare se la titolarità del permesso di soggiorno biennale o di lunga durata sia requisito alternativo o cumulativo.

4. La legislazione regionale ed il problematico criterio della "residenza qualificata."

Venendo al livello regionale, si evidenzia come quasi tutte le Regioni abbiano disciplinato il diritto alla casa²⁴ - del resto, come accennato, il loro ruolo è fondamentale per l'effettiva attuazione di tale diritto - e come, per questa via, possano offrirsi opportunità di inclusione per gli stranieri²⁵.

Le Regioni peraltro godono della facoltà di apportare deroghe in materia in tema di accesso per gli stranieri all'edilizia residenziale pubblica, ravvisandone il fondamento giuridico nell'art. 9, comma 12, lett. c) del TUI, ove si ammette un'espresa riserva di «disporre diversamente» in tema di accesso dei soggiornanti di lungo periodo alla procedura per ottenere l'assegnazione di alloggi popolari, pur dimostrando «l'effettiva residenza» dello stesso sul territorio nazionale.

In estrema sintesi, per le Regioni che non si limitano a riprodurre i requisiti previsti dalla legislazione statale dettata dal TUI art. 40, comma 6, sembra principalmente manifestarsi la propensione all'introduzione di requisiti ulteriori rispetto alla sola residenza, oltre alla sussistenza di condizioni di difficoltà economica, denotata da un reddito sotto una certa soglia; segnatamente, da un lato, la previsione dello svolgimento di attività lavorativa, talvolta pluriennale; e, dall'altro, la richiesta di una residenza pluriennale sul territorio statale e/o regionale (la c.d. residenza qualificata).

Per quest'ultimo aspetto, la cittadinanza italiana sembra dunque perdere la sua rilevanza nel godimento dell'accesso agli alloggi popolari, lasciando spazio a questo nuovo *status* esistenziale. Pertanto, l'incidenza della durata della residenza sul territorio sull'accesso all'edilizia residenziale pubblica - e più in generale delle svariate prestazioni assistenziali - contribuisce a delineare un sistema di tutela dei diritti a carattere fortemente locale, idoneo a incidere non solo la condizione del cittadino straniero, ma anche quella del cittadino italiano o europeo proveniente, ad esempio, da un'altra Regione.

È intuitivo però come la residenza qualificata possa divenire un ostacolo alla libera circolazione delle persone, in quanto l'esclusione dal *welfare* può dissuadere coloro che versino in uno stato di bisogno dal trasferirsi da una Regione all'altra, incrinando così la libertà di circolazione espressa all'art 120 Cost. Anche se, da un lato, è pur vero che ancorare il godimento dell'accesso all'edilizia residenziale pubblica al requisito della residenza qualificata possa anche interpretarsi come una politica volta a favorire forme di appartenenza a una comunità locale tale da rendere maggiormente inclusivo l'ambiente in cui si inserisce il singolo²⁶ ma, dall'altro, siffatto criterio potrebbe portare ad

²³ Peraltro, tale disposizione ha suscitato dubbi di costituzionalità in relazione al principio di uguaglianza, di cui tuttavia la Corte costituzionale non ha ravvisato la fondatezza: cfr. [Corte cost. sent. n. 121/2010](#), punto 7 del diritto.

²⁴ P. VIPIANA, *La tutela del diritto all'abitazione a livello regionale*, in [www.federalismi.it](#), 10/2014, 6; A. LOLLO, *Abitazione degli stranieri e diritti*, in L. TRUCCO, A. MORELLI (a cura di), *Diritti e territorio: Il valore delle autonomie nell'ordinamento repubblicano*, Torino, 2015, 122.

²⁵ F. CORVAJA, *L'accesso allo straniero extracomunitario all'edilizia residenziale pubblica* in *Dir. Imm. e Citt.* 2009, 3/2009, 95.

²⁶ P. PALERMO, *Welfare e immigrazione. Disuguaglianza, discriminazione e libera circolazione* in *Riv. di dir. delle autonomie territoriali*, 1/2018, 268. In senso critico, v. C. PANZERA, *Autonomia regionale, diritto europeo e inclusione sociale*, in *Riv. di dir. delle autonomie territoriali*, 1/2018, 286.

un'esclusione sistematica da ogni forma di assistenza sociale di quei cittadini e stranieri che mutino frequentemente la propria residenza da regione a regione.

Sul profilo della residenza qualificata, la Corte costituzionale si è più volte pronunciata – soprattutto in merito alle provvidenze sociali di varia natura – dichiarando in diverse occasioni l'illegittimità delle leggi regionali che introducevano un periodo di residenza qualificata accedervi²⁷.

Meno omogenea è, invece, la giurisprudenza costituzionale in materia di accesso all'edilizia pubblica, vincolato al requisito – prescritto a livello regionale – di una residenza protratta nel tempo sul territorio nazionale e/o regionale, che dunque esula dagli *standard* essenziali stabiliti dalla legge statale. Nel contesto dell'edilizia popolare, infatti la Corte, nelle occasioni in cui ha avuto modo di pronunciarsi, ha conosciuto periodi di chiusura verso il requisito della residenza qualificata, affermando l'irragionevolezza del requisito di un radicamento territoriale più incisivo richiesto ai soli cittadini di paesi terzi al fine dell'accesso a prestazioni sociali quali, tra le altre, senz'altro l'accesso agli alloggi sociali²⁸ e, per contro, periodi di maggior apertura giustificati dalla necessità di garanzie di stabilità che scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati e repentini dei conduttori tali da aggravare l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia²⁹.

5. *L'“irragionevolezza” della legge ligure nella sentenza n. 106 del 2018 della Corte costituzionale.*

E se, è essenzialmente sul piano della ragionevolezza, che la Corte si orienta per ravvisare la legittimità o meno del requisito della residenza qualificata in materia di accesso all'edilizia residenziale pubblica, la sentenza n. 106 del 2018 ne fornisce un ulteriore luminoso esempio³⁰.

²⁷ [Sent. n. 4/2013](#), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della l. della Regione Calabria n. 4/2011 in quanto subordinava l'accesso al Fondo regionale per la non autosufficienza al possesso della Carta di soggiorno, che presuppone una residenza qualificata di almeno cinque anni sul territorio dello Stato. Rileva ancora la [sent. n. 133/2013](#), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge della Regione autonoma del Trentino-Alto Adige n. 8/2011 nella parte in cui condizionava l'erogazione dell'assegno sociale al nucleo familiare al requisito di una residenza da almeno cinque anni sul territorio regionale. V. anche [Corte cost. sent. n. 107/2018](#), per quanto riguarda l'accesso al servizio degli asili nido, su cui L. ARDIZZONE, *La Consulta dichiara illegittimo il criterio della “residenza prolungata sul territorio regionale” per l'ammissione all'asilo nido: breve nota a Corte cost., sent. 107/2018 (con un sintetico rinvio a sent. 106/2018)*, in questa [Rivista, Studi 2018/II](#), 447 e ss.

²⁸ [Sent. n. 222/2013](#), con cui è stata accolta la questione di incostituzionalità sollevata in relazione all'art. 2 della l. autonoma del Friuli-Venezia Giulia n. 16 del 2011 che prescriveva il requisito di una residenza di almeno ventiquattro mesi sul territorio regionale per i fruitori – fossero essi cittadini o stranieri extracomunitari in possesso di permesso di soggiorno di lunga durata – di un contributo economico straordinario. La Corte rileva che la normativa discrimina gli stranieri extracomunitari in ragione dell'ulteriore requisito della residenza nazionale per non meno di cinque anni, richiesto per ottenere il titolo di soggiornante di lungo periodo, che si aggiungerebbe al requisito di una residenza qualificata sul territorio regionale per almeno ventiquattro mesi. Similmente, la [sent. n. 168/2014](#) dichiara incostituzionale l'art. 19, comma 1, lettera b), della legge della Regione autonoma Valle d'Aosta 3/2013 nella misura in cui prevedeva una residenza qualificata di ben otto anni sul territorio regionale per poter godere della disponibilità di una abitazione di edilizia residenziale pubblica.

²⁹ [Ord. n. 32/2008](#) con cui la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità sollevata in via principale sull'art. 3, comma 41-*bis*, della legge della Regione Lombardia n. 1 del 2000 nella parte in cui sanciva l'obbligo di una residenza per almeno cinque anni nel territorio regionale per poter accedere agli alloggi popolari. In estrema sintesi, nelle proprie argomentazioni la Corte evidenzia come non sussista una violazione dell'art. 3 Cost. in quanto il criterio della residenza qualificata, strutturato come quello della normativa censurata, pare essere un limite non irragionevole quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire, specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco.

³⁰ Potrebbe forse sembrare ultroneo che la Corte, almeno nel caso di specie, richiami l'elemento della ragionevolezza, dato che il requisito di una residenza qualificata – richiesta espressamente solo ai cittadini di paesi terzi – è sempre stato dichiarato incostituzionale per violazione delle fonti europee in materia di divieto di discriminazione tra cittadini e stranieri regolari nel godimento delle prestazioni sociali, senza necessità di ulteriori argomentazioni.

La legge n. 13 della Regione Liguria 6 giugno 2017 aveva apportato infatti modifiche alla previgente disciplina in materia di gestione e assegnazione del patrimonio di edilizia pubblica³¹ introducendo con l'art. 4, comma 1, una rilevante modifica all'art. 5, comma 1, lett. a) della previgente legge regionale n. 10 del 2004. La novella aveva stabilito che i cittadini extracomunitari avrebbero potuto disporre degli alloggi di residenza pubblica a condizione che dimostrassero una «regolare residenza sul territorio nazionale da almeno dieci anni consecutivi». Laddove, invece, il testo previgente della normativa si limitava ad individuare, quali condizioni dettate per gli stranieri di Paesi terzi per partecipare all'assegnazione di alloggi di edilizia pubblica, cumulativamente il possesso di un permesso di soggiorno UE di lunga durata o di un permesso di soggiorno almeno biennale, e l'esercizio di una regolare attività di lavoro autonomo o subordinato, limitandosi, dunque, a ripetere i criteri delineati dalla normativa statale dettata dall'art. 40, comma 6, del TUI³².

La novella del 2017, poiché impositiva di una residenza qualificata di almeno dieci anni sul territorio nazionale, è stata, dunque, deferita alla Consulta, ravvisando una lesione dell'art. 117, comma 1 Cost. in relazione agli artt. 4 e 11 della direttiva 2003/109/CE, che, all'art. 4, riconosce lo *status* di soggiornante di lungo periodo «ai cittadini di paesi terzi che risiedano regolarmente in uno Stato membro da almeno cinque anni».

Il precetto eurounitario è stato recepito nel TUI all'art. 9, comma 1, con il d. lgs. n. 3/200, sicché il cittadino extracomunitario che, sulla base di un permesso di soggiorno in corso di validità risiede in Italia da almeno cinque anni, può acquisire, in presenza degli altri requisiti di legge, lo *status* di soggiornante di lunga durata, conseguendo anche il diritto all'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica ai sensi dell'art. 40, comma 6, del TUI.

In altre parole, una volta acclarato il possesso del titolo di soggiorno di lungo periodo, in presenza degli altri requisiti, lo straniero dovrebbe poter godere dell'accesso agli alloggi di edilizia pubblica al pari di un cittadino italiano. In applicazione della novellata normativa ligure, invece, lo straniero soggiornante di lungo periodo avrebbe dovuto dimostrare di risiedere in Italia da almeno dieci anni, requisito che non sarebbe stato invece richiesto al cittadino italiano.

La Corte non ha avuto difficoltà nel procedere succintamente all'annullamento, riconoscendo l'irragionevolezza.

È vero che la Regione Liguria aveva richiamato, nel perorare la legittimità della legge, da un lato, il Piano Casa 2008, in base al quale si richiede che gli stranieri regolari a basso reddito, che vogliono accedere agli alloggi popolari, siano residenti in Italia da almeno dieci anni oppure da almeno cinque anni nella stessa Regione. Dall'altro, aveva sostenuto di aver agito entro i margini della normativa statale ai sensi di quella facoltà, di cui si è detto nel paragrafo precedente, di «disporre diversamente» rispetto al dettato dell'art. 9, comma 12, del TUI, esponendo, oltre tutto, la necessità di prendere in considerazione un rapporto stabile tra richiedente della soluzione abitativa residenziale pubblica e territorio, quale condizione per l'accesso a un bene di primaria importanza e «a godimento tendenzialmente duraturo» come l'abitazione.

Circa il richiamo al Piano Casa 2008, la Corte ha però evidenziato come il requisito decennale introdotto dalla normativa statale del 2008 sia un requisito alternativo e non cumulativo rispetto alla residenza da almeno cinque anni nella Regione. Al contrario, la novella ligure sembra presupporre, in primo luogo, il soggiorno minimo di cinque anni necessario per ottenere il permesso di soggiorno di lunga durata a cui si aggiunge, in secondo luogo, un ulteriore requisito di residenza decennale.

La Corte, ha inoltre osservato che la previsione dell'obbligo di residenza decennale difetterebbe anche di coerenza perché fa riferimento a una residenza sul territorio nazionale, anziché su quello regionale, per giustificare un radicamento continuativo sul territorio ove si intende abitare. Ad avviso

³¹ L. reg. n. 10 del 29 giugno 2004 e l. reg. 38 del 3 dicembre 2007.

³² V. *supra* il par. 3

della Corte, non vi sarebbe poi alcun motivo in base a cui il requisito del radicamento possa essere richiesto ai soli stranieri e non agli italiani³³.

In conclusione, la sentenza ha permesso la reviviscenza della precedente normativa che garantisce l'accesso all'edilizia residenziale pubblica agli stranieri titolari di permesso di soggiorno o di permesso biennale, a prescindere dalla durata della residenza degli stessi sul territorio ligure.

5. Cenni conclusivi

Tornando rapidamente al tema generale, sembra di poter concludere che gli interventi della Corte in materia tendono sempre, finanche nella sentenza commentata, a ribadire che l'accesso al bene abitazione si inserisce a pieno titolo nel percorso di integrazione della persona straniera nella comunità locale e, pertanto, la sua eventuale limitazione deve essere ragionevolmente ponderata.

Benché la Corte costituzionale non manchi di riconoscere come la crisi economico-finanziaria abbia determinato un abbassamento del livello di tutela dei diritti sociali, in quanto diritti che implicano un costo, rendendo necessaria una scrematura tra i beneficiari³⁴, la stessa Corte non rinuncia a sottolineare che le contingenze non possono mai divenire pretesto per discriminare irragionevolmente di fronte ad un diritto primario come quello all'abitazione in sé considerato e come strumentale alla tutela della libertà e della dignità individuale.

³³ Tanto è vero che, come già detto, la Corte ha in passato sempre dichiarato incostituzionali le norme relative alle prestazioni assistenziali, che prevedevano requisiti di lungo-residenza per i soli stranieri, anche quando si trattava di requisiti di gran lunga inferiori ai dieci anni: [sentt. nn. 2/2013](#) e [40/2011](#).

³⁴ [Sent. n. 222/2013](#).

Omar Caramaschi*
Dal nesso funzionale esterno alla continenza interna?
Recenti tendenze in tema di insindacabilità parlamentare
(nota a [Corte cost., sent. n. 59/2018](#))

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso Calderoli-Kyenge: la fattispecie. – 3. (*segue*): le conferme giurisprudenziali. – 4. Verso la verifica del superamento dei limiti della libertà di espressione dei parlamentari anche *intra moenia*?

1. *Premessa.*

La sentenza in commento si colloca senz'altro nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale in tema di insindacabilità parlamentare.

Dopo la sentenza [n. 1150 del 1988](#), nella quale il giudice costituzionale ritenne, infatti, possibile valutare le modalità di esercizio del potere delle Camere di dichiarare l'insindacabilità¹, il giudizio della Corte in materia di prerogative parlamentari *ex art. 68*, primo comma, Cost., ha ampliato i propri confini, spingendosi, a partire dalla c.d. "giurisprudenza Sgarbi"², oltre la "verifica esterna" della correttezza della pronuncia di insindacabilità per accertare anche la sussistenza dell'insindacabilità stessa.

Oltre a queste conferme giurisprudenziali, la sentenza sembra tuttavia segnalarsi per il fatto nuovo di una qualche ulteriore dilatazione del controllo esercitato dalla Corte sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello procedurale.

* Dottorando di ricerca in Diritto (*curriculum: Diritto pubblico interno, comparato ed europeo*), Università degli studi di Genova.

¹ Tale sindacato è possibile in quanto il conflitto di attribuzione «non si configura nei termini di una *vindicatio potestatis* (il potere di valutazione del Parlamento non è in astratto contestabile), bensì come contestazione dell'altrui potere in concreto, per vizi del procedimento oppure per omessa o erronea valutazione dei presupposti di volta in volta richiesti per il valido esercizio di esso» (Corte cost., [sentenza n. 1150 del 1988](#)). Nello stesso senso, si vedano A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014, spec. 301, secondo cui non si tratta di un conflitto da *vindicatio potestatis* (o da usurpazione), bensì di un conflitto da menomazione dal momento che si lamenta solamente «un cattivo o *improprio esercizio* di competenze la cui titolarità non è in discussione»; G. SERIO, *La funzione parlamentare attraverso la casistica*, in M. ANGELINI – M. OLIVIERO (a cura di), *Le immunità nel diritto interno e comparato*, Torino, Giappichelli, 2014, spec. 250, osserva che, secondo la dottrina, la Corte è giunta ad una soluzione da un lato di compromesso (tra le esigenze opposte di autonomia delle Camere e di tutela dell'onorabilità dei cittadini), ma dall'altro ha mancato l'occasione per una compiuta definizione dei confini interpretativi dell'art. 68, primo comma, Cost. Per alcuni commenti della sentenza, si rimanda a, *ex plurimis*, R. MORETTI, *Nota a commento della sentenza n. 1150 del 1988*, in *Foro it.*, I, 1989, 328 ss.; N. ZANON, *La Corte e la giurisprudenza parlamentare in tema di immunità: affermazioni di principio o regola del caso concreto?*, in *Giur. cost.*, 1988/1, 5595-5605; in senso critico, si veda A. PACE, *Il "nulla osta" parlamentare a che il giudice possa decidere la causa nel merito: una questione, ex artt. 24 comma 1, 68 comma 1 e 101 comma 2 Cost., ormai da archiviare?*, in *Giur. cost.*, 1996/1, 1132-1135.

² Cfr. P. COSTANZO, *Immunità parlamentare: la "giurisprudenza Sgarbi" alla ricerca di un punto fermo*, in *Danno e responsabilità*, 2000/4, 381 ss. In modo particolare, si vedano le [sentenze nn. 10 e 11 del 2000](#). Per alcuni commenti, si rimanda a, *ex multis*, R. ROMBOLI, *Immunità parlamentare per opinioni espresse e conflitto tra poteri dello Stato*, in *Foro it.*, 2000/1, 331-333; G. AZZARITI, *Cronaca di una svolta: l'insindacabilità dei parlamentari dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2001/4, XXXII, 585-632; A. RUGGERI, *Le opinioni insindacabili dei parlamentari davanti alla Corte: connotati e criteri formali-sostanziali di riconoscimento, al crocevia dei rapporti tra diritto costituzionale e "diritto politico"*, in *Giur. it.*, 2000/6, 1110 ss.; P. BERTELLI, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di insindacabilità delle opinioni espresse dai membri delle Camere*, in *Danno e responsabilità*, 2000/10, 965-973; T.F. GIUPPONI, *La Corte costituzionale giudice di "merito" delle delibere parlamentari di insindacabilità*, in *Giur. it.*, 2000/6, 1105 ss.

2. Il caso Calderoli-Kyenge: la fattispecie.

Nella fattispecie, a seguito della diffusione, tramite organi di stampa, di alcune affermazioni ingiuriose pronunciate dal senatore Roberto Calderoli all'indirizzo della Ministra Kyenge, era stato promosso presso la Procura della Repubblica di Bergamo un procedimento penale per il reato di diffamazione con le aggravanti sia del ricorso ad un particolare mezzo di pubblicità, quale il comizio (art. 595, terzo comma, cod. pen.), sia della finalità di discriminazione razziale (art. 3 del d.l. n. 122 del 1993)³.

Il Tribunale ordinario di Bergamo, non ravvisando, di fronte alle eccezioni difensive, "l'evidenza del collegamento funzionale tra le dichiarazioni dell'imputato e la sua attività politica", aveva disposto la trasmissione degli atti al Senato della Repubblica, ai sensi dell'art. 3, quarto comma, della legge n. 140 del 2003⁴, affinché venisse accertato se, al fatto oggetto del procedimento, fosse applicabile l'ipotesi di espressione di opinioni insindacabili a norma dell'art. 68, primo comma, Cost.

La Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato, come per "tradizione", si esprimeva a favore dell'insindacabilità del senatore leghista, in primo luogo, ravvisando una corrispondenza sostanziale di contenuto critico rispetto all'operato della Ministra tra il comizio del senatore e i due atti di sindacato ispettivo⁵, riscontrando quindi la presenza del nesso funzionale tra questi, e, in secondo luogo, rilevando la presenza del cosiddetto "legame temporale" tra la dichiarazione *extra moenia* e l'atto parlamentare tipico, atteso che i due atti di sindacato ispettivo in parola erano stati presentati nel periodo immediatamente antecedente al comizio.

A seguito della deliberazione parlamentare, il Tribunale, con ordinanza-ricorso depositata il 29 gennaio 2016, promuoveva conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del Senato della Repubblica.

3. (segue): le conferme giurisprudenziali.

Il ricorso si presenta strutturato secondo un duplice profilo.

Vi si sostiene in primo luogo che il compito delle Camere, ai sensi degli artt. 68, primo comma, Cost., e 4 della legge n. 140 del 2003, sarebbe limitato alla valutazione della eventuale sussistenza del nesso tra le opinioni espresse dal parlamentare e l'esercizio delle funzioni di questo, mentre la «qualificazione giuridica del fatto» rientrerebbe tra i compiti assegnati alla giurisdizione. Sicché, il Senato della Repubblica avrebbe invaso un «settore riservato alla giurisdizione», col ritenere la

³ D.l. recante *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, conv., con modif., nella l. 25 giugno 1993, n. 205.

⁴ "Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato". L'art. 3, quarto comma, disciplina il meccanismo della c.d. "pregiudizialità parlamentare", il quale prevede una doppia possibilità di intervento delle Camere: da un lato, vi è l'obbligo del giudice di coinvolgere pregiudizialmente la Camera di appartenenza del parlamentare circa la valutazione *ex art.* 68, primo comma, Cost., quando il parlamentare proponga l'eccezione nel corso del procedimento giurisdizionale, cui fa seguito la sospensione del giudizio ordinario nell'attesa della vincolante deliberazione parlamentare; dall'altro lato, le Camere possono valutare l'applicabilità delle garanzie parlamentari direttamente, ossia su istanza dello stesso parlamentare che è sottoposto a procedimento giurisdizionale. Nel caso in cui il giudice non sia concorde con la deliberazione parlamentare, l'unica strada percorribile resta quella del conflitto tra poteri dello Stato, con conseguente intervento dirimente della Corte costituzionale. Per una trattazione più completa del tema, si vedano, *ex multis*, T. F. GIUPPONI, *La nuova "pregiudizialità" e i confini dell'insindacabilità parlamentare*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004; C. MARTINELLI, *Legge n. 140 del 2003: attuazione o violazione della Costituzione?*, in *Studium Iuris*, 2004/1, 34-41; M. MEZZANOTTE, "Pregiudizialità parlamentare" e legittimazione al conflitto tra poteri del singolo parlamentare, in *Giur. it.*, 2000/1, 146-149; A. PACE, *La legge n. 140/2003 e i principi costituzionali violati*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, Vol. 3, 15-38; R. ROMBOLI, *Pregiudizialità parlamentare, effetto inibente della delibera delle Camere e una lettura più morbida del "nesso funzionale" da parte della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004/1, 1228 ss..

⁵ Atti nn. 4-00166 del 14 maggio 2013 e 4-00324 del 6 giugno 2013.

sussistenza della sindacabilità quanto alla diffamazione aggravata e dell'insindacabilità della circostanza aggravante della discriminazione razziale: in questo modo, infatti, il Senato avrebbe «apprezzato non un fatto, naturalisticamente unitario, ma la sua qualificazione giuridica», con la conseguenza che il Tribunale potrebbe trovarsi a giudicare su un fatto qualificato in modo diverso rispetto a quello contestato dal Pubblico Ministero.

Sotto un secondo aspetto, il Tribunale ricorrente ritiene che le dichiarazioni del senatore Calderoli non ricadrebbero nella tutela offerta dall'art. 68, primo comma, Cost., non avendo queste un contenuto sostanzialmente identico a quello delle opinioni espresse negli atti di sindacato ispettivo richiamati dalla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari.

Rispondendo ad entrambe le questioni, la Corte costituzionale giudica il ricorso fondato, conseguentemente annullando la delibera del Senato della Repubblica del 16 settembre 2015.

Ed infatti, quanto al primo profilo, la Corte rileva come la deliberazione parlamentare non colleghi la statuizione circa l'insindacabilità tanto alle dichiarazioni del parlamentare in se stesse, quanto piuttosto alle dichiarazioni così come calate in un particolare contesto punitivo, quello dell'aggravante della finalità di discriminazione razziale. Nella specie, pertanto, il Senato della Repubblica sarebbe intervenuto, in maniera incontestabile, sulla qualificazione giuridica delle opinioni espresse dal senatore Calderoli, nel momento in cui avrebbe valutato tali opinioni relativamente al reato di diffamazione, integrato dalle aggravanti della particolare pubblicità del comizio e dalla finalità della discriminazione razziale, considerandoli come due fatti storici autonomi. Il Senato della Repubblica, quindi, esprimendosi sulla qualificazione giuridica del fatto e verificando la sussistenza o meno delle circostanze aggravanti, avrebbe invaso un campo costituzionalmente riservato al potere giudiziario, non essendosi limitato al proprio compito, il quale consiste nel valutare il legame tra opinioni espresse ed esercizio della funzione parlamentare, al di là di eventuali conseguenze giuridiche⁶.

Relativamente al secondo profilo, le opinioni espresse dal senatore Calderoli non esibiscono, secondo la Corte, alcun nesso funzionale⁷ con l'esercizio dell'attività parlamentare, dato che una dichiarazione resa durante un comizio politico può ritenersi collegata da un nesso funzionale all'esercizio del mandato parlamentare solo se costituisce la fedele riproduzione, e anche la divulgazione o la rappresentazione successiva all'esterno, dei contenuti esatti di atti tipici⁸.

Più precisamente, la prima delle interrogazioni parlamentari richiamate nella relazione della Giunta (n. 4-00166 del 14 maggio 2013), nelle sue premesse, criticava alcune dichiarazioni dell'allora Ministra Kyenge, che aveva definito «la clandestinità un “non reato”», e chiedeva al Ministro dell'Interno quali interventi intendesse adottare al fine di mettere in atto una politica di contrasto

⁶ Nella sentenza in commento la Corte costituzionale rileva, inoltre, come il Senato della Repubblica si sia spinto a valutare il fatto in parte sindacabile e in parte no, fra l'altro “nel quadro di una non consentita scissione del concetto di insindacabilità delle opinioni espresse da un membro del Parlamento, tra contenuto della opinione in sé e finalità che caratterizzerebbe quella esternazione” (punto 5.1 del considerato in diritto).

⁷ A partire dalla [sentenza n. 10 del 2000](#), al fine di verificare se l'insindacabilità sussista, quindi se si tratti o meno di una opinione espressa nell'esercizio delle funzioni parlamentari, viene ridefinita la nozione di “nesso funzionale” che ricorre – come è stato nel corso degli anni meglio precisato dalla giurisprudenza costituzionale, partendo da quell'originario orientamento – quando siano presenti due requisiti: a) un legame di ordine temporale fra l'attività parlamentare e l'attività esterna, tale che quest'ultima assuma una finalità divulgativa della prima; b) una corrispondenza di significato sostanziale tra le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni e gli atti esterni «al di là delle formule letterali usate ([sentenza n. 333 del 2011](#)), non essendo sufficiente né un semplice collegamento tematico o una corrispondenza contenutistica parziale ([sentenza n. 334 del 2011](#)), né un mero contesto politico entro cui le dichiarazioni *extra moenia* possano collocarsi ([sentenza n. 205 del 2012](#)), né, infine, il riferimento alla generica attività parlamentare o l'inerenza a temi di rilievo generale, seppur dibattuti in Parlamento» ([sentenza n. 144 del 2015](#)). Si vedano, inoltre, le [sentenze nn. 265, 222, 221 e 55 del 2014](#); [n. 313 del 2013](#); [n. 39 del 2012](#); [nn. 194, 97, 82, 81 del 2011](#).

⁸ La [sentenza n. 115 del 2014](#), ripresa dalla successiva [sentenza n. 264 del 2014](#), ha ribadito la precedente giurisprudenza e la ha altresì integrata, nel momento in cui ha aggiunto che qualsiasi diversa lettura del nesso funzionale e della insindacabilità «dilaterebbe il perimetro costituzionalmente tracciato, generando un'immunità non più soltanto funzionale, ma, di fatto, sostanzialmente “personale”, a vantaggio di chi sia stato eletto membro del Parlamento».

all'immigrazione irregolare. La seconda interrogazione (n. 4-00324 del 6 giugno 2013) correlava alcune dichiarazioni della Ministra Kyenge, relative all'abrogazione del reato di clandestinità e all'introduzione del c.d. *ius soli*, con l'aumento di sbarchi sulle coste italiane, per poi chiedere al Governo quali interventi di contrasto all'immigrazione irregolare intendesse adottare, con particolare riguardo ai minori e alle donne in stato di gravidanza.

Secondo la Corte, risulta, dunque, del tutto evidente come le dichiarazioni del senatore Calderoli non possono considerarsi divulgazione del contenuto delle interrogazioni, in quanto la sostanziale corrispondenza di contenuto fra le une e le altre è rinvenibile solo nella parte del comizio in cui il senatore critica la politica di contrasto all'immigrazione del Governo. Non sussisterebbe insomma quel legame tra l'attività parlamentare e l'attività esterna del comizio, tale da far assumere a quest'ultimo una finalità divulgativa della prima, e nemmeno si avrebbe una corrispondenza di significato sostanziale tra le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni e gli atti esterni.

4. *Verso la verifica del superamento dei limiti della libertà di espressione dei parlamentari anche intra moenia?*

Fin qui, dunque, come si diceva, una serie di conferme della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di insindacabilità parlamentare. La Corte non si limita a riconoscere l'assenza di nesso funzionale, ma ribadisce altresì che l'uso di espressioni «sconvenienti» non può essere ritenuto esercizio della funzione parlamentare, dal momento che la prerogativa, di cui all'art. 68, primo comma, Cost., non potrebbe estendersi «sino a ricomprendere gli insulti – di cui è comunque discutibile la qualificazione come opinioni – solo perché collegati con le “battaglie” condotte da esponenti parlamentari»⁹. Per questa via, la Corte sembra intenda alimentare proprie precedenti aperture circa la possibile esistenza di limiti e condizioni quanto alla libertà di espressione dei parlamentari anche *intra moenia*, in modo particolare al fine di tutelare i diritti fondamentali delle persone oggetto di tali dichiarazioni¹⁰.

Nella giurisprudenza costituzionale in tema di insindacabilità resta, in effetti, una zona di maggiore ombra, quella della possibile esistenza di margini di sindacato rispetto alle affermazioni dei parlamentari *intra moenia*. Il nodo centrale, infatti, è se davvero qualsiasi affermazione presente in atti parlamentari tipici ricada in una “zona franca” dell'ordinamento giuridico, in base alla quale si dovrebbe considerare sempre giuridicamente insindacabile l'opinione di un parlamentare, nonostante questo esprima, in un atto parlamentare tipico, opinioni gravemente lesive della reputazione di terzi, eventualmente poi divulgandole all'esterno¹¹.

A questo interrogativo sembra ora potersi rispondere negativamente – benché si tratti di una tendenza ancora *in nuce*¹² – come emergerebbe sia dagli spunti presenti nella giurisprudenza costituzionale richiamata¹³, sia da talune autorevoli prese di posizione della dottrina

⁹ Corte cost., punto 5.2.1 del considerato in diritto della [sentenza n. 59/2018](#), in cui si richiama la [sentenza n. 137 del 2001](#) (punto 3 del considerato in diritto); in maniera analoga, [sentenza n. 257 del 2002](#).

¹⁰ Cfr. A. GULLO, *Il caso Calderoli davanti alla Consulta: una utile riaffermazione dei limiti di applicabilità dell'art. 68 Cost.*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2018.

¹¹ Cfr. A. GULLO, *Le immunità come limite alla tutela penale? Una riflessione sull'insindacabilità nel quadro della sistematica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007/1, spec. 202-203.

¹² Non sono mancate, ad esempio, occasioni in cui la Corte costituzionale si è pronunciata nel senso dell'insindacabilità di espressioni anche “forti” di un parlamentare rese *intra moenia*: è il caso, ad esempio, della [sentenza n. 79 del 2002](#), inerente ad espressioni offensive rese nel corso di una conferenza dei capigruppo, poi riprodotte in un'intervista diffusa da una testata nazionale, caso nel quale la Corte ha accertato la sostanziale coincidenza tra le dichiarazioni rese nell'intervista e con il contenuto dell'atto parlamentare.

¹³ In modo particolare le [sentenze n.137 del 2001](#), [nn. 51 e 257 del 2002](#) e [n. 249 del 2006](#). Che possa esserci uno spazio entro cui sindacare anche le affermazioni *intra moenia* emerge anche dal punto 4 del considerato in diritto della [sentenza n. 379 del 2003](#). La Corte respinge la corrispondenza tra inammissibilità dell'interrogazione ed estraneità di questa rispetto all'esercizio della funzione parlamentare, in ragione della «ampiezza dei criteri del controllo preventivo

costituzionalistica, secondo cui la prerogativa dell'insindacabilità non potrebbe ricomprendere espressioni che siano diffamatorie e offensive per le modalità attraverso cui sono espresse, arrivandosi a concludere che vi sarebbero dei limiti anche rispetto alle dichiarazioni rese *intra moenia* dal parlamentare¹⁴.

In questo senso, è possibile ancora osservare come vi sono talune decisioni in cui la Corte costituzionale sembra prospettare la possibilità di un sindacato anche con riguardo a quest'ultimo tipo di affermazioni. Esemplarmente, da ultimo, rileva la [sentenza n. 59 del 2018](#), in cui la Corte, pur risolvendo il caso di specie richiamandosi alla propria giurisprudenza relativa al nesso funzionale tra dichiarazione *extra moenia* e atto parlamentare tipico, ha sottolineato che in nessun caso insulti, ingiurie e turpiloquio, anche se usati nell'ambito dell'agire parlamentare¹⁵, possono considerarsi ricompresi nella garanzia *ex art. 68*, primo comma, Cost. in quanto queste espressioni non sono qualificabili come opinioni, né tantomeno come esercizio delle funzioni parlamentari¹⁶.

del Presidente sul contenuto degli atti di iniziativa dei singoli deputati», ma aggiunge la Corte che «ciò non significa, però, che qualunque testo scritto, in ipotesi presentato da un parlamentare come interrogazione, ma non ammesso dalla Presidenza, quale che ne sia il contenuto, costituisca sempre di per sé opinione da ritenersi espressa nell'esercizio delle funzioni parlamentari, come tale automaticamente coperta dalla insindacabilità. Il vaglio negativo di ammissibilità potrebbe, in fatto, anche corrispondere alla verifica di una non riconducibilità "assoluta" dello scritto presentato all'esercizio di funzioni parlamentari, e quindi della sua estraneità alla sfera della prerogativa di cui all'art. 68, primo comma, della Costituzione. Occorre dunque, caso per caso, valutare il contenuto dell'atto e le ragioni della sua mancata ammissione».

¹⁴ Secondo A. PACE, *Davvero insindacabili ex art. 68 Cost. le espressioni diffamatorie per i 'modi usati'?*, in *Giur. cost.*, 2002/2, spec. 757, infatti, «un'espressione che sia diffamatoria per i modi usati non rientra mai nella garanzia costituzionale ancorché formalizzata in un atto parlamentare, e ciò per il semplice fatto che l'offesa "per i modi usati" non è, per definizione, (proprio perché gratuita), mai funzionale ai compiti di un parlamentare». L'A. richiama, inoltre, una precedente decisione della Corte ([sentenza n. 82 del 2000](#), punto 4 del considerato in diritto, in cui essa aveva stigmatizzato l'uso di un «linguaggio non consentito nemmeno in Parlamento»), da cui ricava, seppur implicitamente, che secondo la Corte anche in Parlamento si devono rispettare alcuni limiti modali.

¹⁵ In questo senso, la Corte costituzionale ha già avuto occasione di sostenere che l'insindacabilità delle opinioni espresse non può derivare, automaticamente, dal solo fatto di essere state rese all'interno delle aule parlamentari, poiché si deve ugualmente valutare se esse «per le modalità ed il luogo in cui sono state espresse, possano costituire, di per sé, una forma di esercizio di funzioni parlamentari». Così la [sentenza n. 509 del 2002](#), dove la Corte, al punto 3 del considerato in diritto, afferma che «nella giurisprudenza di questa Corte non si è infatti mai accolto, in base alla formulazione dell'art. 68, primo comma, della Costituzione, il criterio della mera "localizzazione" dell'atto, ma si è invece specificato che sono coperti dall'immunità gli atti svolti all'interno dei vari organi parlamentari, o anche paraparlamentari (cfr. [sentenze n. 10 e n. 11 del 2000](#) e [n. 79 del 2002](#)), cioè atti che si esplicano nell'ambito di lavori comunque rientranti nel campo applicativo del "diritto parlamentare", in quanto proprio tale condizione connota l'esercizio di funzioni parlamentari. In base a questo criterio, dunque, si debbono ritenere coperti dall'insindacabilità gli "atti di funzione", anche se posti in essere *extra moenia*, mentre invece non si possono ritenere coperti da tale immunità gli atti non "di funzione", anche se compiuti all'interno della sede della Camera o del Senato. In definitiva, il criterio di delimitazione dell'ambito della prerogativa dell'immunità è quello funzionale e non già quello spaziale ([sentenza n. 10 del 2000](#))».

¹⁶ Si vedano diverse decisioni, da ultimo la [sentenza n. 59 del 2018](#), in cui la Corte costituzionale ha sottolineato come in nessun caso gli insulti siano coperti dall'insindacabilità parlamentare, in quanto è discutibile la qualificazione di questi come opinioni: in questo senso, T. F. GIUPPONI, *Le immunità costituzionali*, in M. ANGELINI – M. OLIVIERO (a cura di), *Le immunità nel diritto interno e comparato*, cit., spec. 69. L'A. evidenzia come la Corte abbia escluso dagli «atti insindacabili prima i comportamenti materiali, non qualificabili come opinioni; poi [...] gli insulti e le minacce», richiamando in questo senso le [sentenze n.137 del 2001](#) (punto 3 del considerato in diritto), [nn. 51 e 257 del 2002](#); infine, ciò che è stato considerato puro e semplice «dileggio, insulto gratuito, ingiuria» ([sentenza n. 421 del 2002](#)). Con specifico riferimento ad un caso relativo ad affermazioni rese *extra moenia*, ma con argomentazione di carattere più generale, si veda Corte cost., [sentenza n. 313 del 2013](#), nella quale, al punto 6 del considerato in diritto, la Corte afferma che «per altro verso – e come implicitamente può trarsi dalla giurisprudenza costituzionale, proprio in tema di vilipendio e di libertà di critica (già la [sentenza n. 20 del 1974](#)) – occorre pur sempre che la divulgazione *extra moenia* possa, essa stessa, qualificarsi come "opinione", vale a dire come illustrazione più o meno argomentata di una tesi, senza che possano reputarsi attratte, all'interno della portata espressiva di questo vocabolo, espressioni o valutazioni almeno incongrue, indipendentemente dal loro carattere eventualmente offensivo o denigratorio». La Corte prosegue, sottolineando come le espressioni in esame presentino «[...] una indubbia eccentricità rispetto a ciò che possa intendersi per "opinione"».

Un sindacato giurisdizionale ad opera della Corte sulle dichiarazioni *intra moenia* sembrerebbe quindi possibile, anche considerando che all'interno delle aule parlamentari la libertà di espressione del parlamentare subisce delle limitazioni ad opera dei regolamenti parlamentari. In modo particolare, nella [sentenza n. 249 del 2006](#), oltre a ribadire la propria costante giurisprudenza, la Corte ha precisato come le espressioni vietate, in quanto sconvenienti, all'interno delle Camere, non potrebbero essere in alcun modo coperte dall'insindacabilità¹⁷. In questa sentenza, anzi, la Corte avrebbe proposto un ragionamento di diritto, che individua le espressioni insindacabili sulla base della loro astratta ammissibilità alla luce dei regolamenti parlamentari, ovvero sia a prescindere dal fatto che queste siano state o meno già utilizzate all'interno delle Aule parlamentari¹⁸. Sicché, dopo il caso degli insulti rivolti alle forze dell'ordine¹⁹, per la seconda volta, con tale [sentenza](#), la Corte avrebbe riconosciuto come si imponga al parlamentare che voglia giovare della insindacabilità un limite non puramente procedurale, ma sostanziale e insuperabile; e ciò avviene in quanto la Corte trova a sua disposizione e utilizza, come criterio interpretativo dell'insindacabilità *ex art. 68, primo comma, Cost.*, norme contenute nei regolamenti parlamentari²⁰. Il limite così imposto all'esercizio del mandato parlamentare, nel caso di specie il divieto di turpiloquio, risulterebbe conclusivamente invocato dalla Corte non in quanto imposto *ab externo*, ma giacché fondato sulla disciplina che le stesse Camere hanno adottato *ex art. 64 Cost.*, ossia i regolamenti parlamentari.

¹⁷ Si veda Corte cost., [sentenza n. 249 del 2006](#), punto 3.2 del considerato in diritto. La Corte sostiene che «l'uso del turpiloquio non fa parte del modo di esercizio delle funzioni parlamentari ammesso dalle norme che dall'art. 64 Cost. traggono la competenza a disciplinare in modo esclusivo l'ordinamento interno delle Camere del Parlamento».

¹⁸ M. MANETTI, *Sindacabilità del turpiloquio (o del vilipendio alla bandiera?) e regolamenti parlamentari*, in *Giur. cost.*, 2006/2, 2526-2530.

¹⁹ Corte cost., [sentenza n. 137 del 2001](#).

²⁰ In modo particolare, si vedano l'art. 139-*bis* del regolamento della Camera dei Deputati in base a cui, quanto a mozioni, interpellanze e interrogazioni, «il Presidente valuta altresì l'ammissibilità di tali atti con riguardo [...] alla tutela della sfera personale e dell'onorabilità dei singoli e del prestigio delle istituzioni. Non sono comunque pubblicati gli atti che contengano espressioni sconvenienti», e l'art. 146 del regolamento del Senato della Repubblica, secondo cui «Il Presidente, accertato che l'interrogazione corrisponde per il suo contenuto a quanto previsto dall'articolo precedente e non è formulata in termini sconvenienti, ne dispone l'annuncio all'Assemblea e la pubblicazione nei resoconti della seduta». Inoltre, l'art. 89 del regolamento della Camera stabilisce che «Il Presidente ha facoltà di negare l'accettazione e lo svolgimento di ordini del giorno, emendamenti o articoli aggiuntivi che siano formulati con frasi sconvenienti [...]», così come l'art. 97 del regolamento del Senato dispone che «Sono improponibili ordini del giorno, emendamenti e proposte che siano estranei all'oggetto della discussione o formulati in termini sconvenienti». In modo meno esplicito, si vedano anche l'art. 59 del regolamento della Camera il quale prevede, al primo comma, che «Se un deputato pronuncia parole sconvenienti oppure turba col suo contegno la libertà delle discussioni o l'ordine della seduta, il Presidente lo richiama nominandolo» e l'art. 66 del regolamento del Senato, in base al quale, analogamente, «Se un Senatore turba l'ordine o pronuncia parole sconvenienti, il Presidente lo richiama all'ordine e può disporre l'iscrizione del richiamo nel processo verbale».

Simone Frega*
L’Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale
(osservazioni alla [sentenza n. 58 del 2018](#))

SOMMARIO: 1. Il giudice penale offre un nuovo “assist” alla Corte costituzionale – 2. ... e la Corte cerca opportunamente di aggiustare il tiro in tema di tutela dei diritti fondamentali. – 3. Brevi e sospese conclusioni.

1. *Il giudice penale offre un nuovo “assist” alla Corte costituzionale ...*

La [decisione della Corte costituzionale n. 58 del 2018](#), con cui sono stati dichiarati incostituzionali sia l’art. 3 del d.l. n. 92 del 2015, sia gli artt. 1, comma 2, e 21-*octies* della l. n. 132 del 2015¹, trae origine dal procedimento penale a carico dei dirigenti e dei tecnici dello stabilimento Ilva di Taranto per presunta violazione degli artt. 437 e 589 del codice penale², a seguito del decesso di un operaio colpito da materiale incandescente fuoriuscito da un altoforno.

Il Governo, infatti, a seguito del contestuale provvedimento di sequestro della struttura³, al fine di impedire che l’attività negli stabilimenti di interesse strategico nazionale potesse essere impedita da provvedimenti di tal genere, disposti in base ad ipotesi di reato riguardanti la sicurezza dei lavoratori, aveva adottato il d.l. n. 92 del 2015⁴, introducendo in tal modo alcune “norme finalizzate a neutralizzare gli effetti concreti di provvedimenti cautelari reali assunti dall’Autorità tarantine”⁵.

* *Dottorando di ricerca in Diritto (curriculum: Diritto pubblico interno, comparato ed europeo), Università degli studi di Genova.*

¹ Recanti, rispettivamente, misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l’esercizio dell’attività d’impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale; e la conversione in l., con modif., del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell’amministrazione giudiziaria. La Corte ha esteso il giudizio di costituzionalità agli artt. 1, comma 2, e 21-*octies* della l. n. 132 del 2015, poiché ha rilevato che se è vero che l’art. 1 della l. n. 132 del 2015 (l. di conversione di un altro decreto l.) ha abrogato l’art. 3 del d.l. n. 92 del 2015 (con la previsione della clausola di salvezza per gli atti ed i provvedimenti adottati, gli effetti prodottosi e i rapporti giuridici sorti in base allo stesso art. 3 del d.l. n. 92 del 2015), è anche vero che l’art. 21-*octies* della stessa l. ha reintrodotto integralmente l’art. 3 del d.l. n. 92 del 2015. Così facendo il legislatore con “la l. n. 132 del 2015 ha formalmente abrogato e simultaneamente salvaguardato il precetto normativo contenuto nell’impugnato art. 3 del d.l. n. 92 del 2015”, in opposizione ad ogni regola di buona tecnica normativa; infatti, secondo la Corte, la tecnica normativa utilizzata “reca pregiudizio alla chiarezza delle leggi e alla intellegibilità dell’ordinamento, in conseguenza dell’uso tutto anomalo della l. di conversione”. V. [Corte cost. sent. n. 58 del 2018](#), punti 2.1 e 2.2. del diritto.

² Nell’ordinanza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Taranto del 14 luglio 2015, che ha promosso la questione di costituzionalità dell’art. 3 del d.l. 4 luglio 2015, n. 92, si descrive sinteticamente le fattispecie di reato contestate, riportando “la rubrica provvisoria contenuta nella richiesta di sequestro preventivo del pubblico ministero” ossia la violazione dell’art. 437 codice penale per aver omesso di predisporre “protezioni del tipo «cover» e [...] qualsiasi altro dispositivo idoneo a garantire l’incolumità dei lavoratori presso l’altoforno 2 dello stabilimento «Ilva» di Taranto, in caso di proiezioni di materiale incandescente, nonché alla omissione di strumentazioni per il prelievo della ghisa e la misurazione della relativa temperatura, idonee a garantire l’incolumità dei lavoratori” e dell’art. 589 codice penale “per avere, in tal modo, e così violando la normativa antinfortunistica [...], determinato il decesso dell’operaio”.

³ Disposto dal Pubblico Ministero il 18 giugno 2015: provvedimento convalidato nei giorni seguenti dallo stesso rimettente (in quanto Giudice per le indagini preliminari competente).

⁴ Più nel dettaglio, nel primo dei cinque commi di cui era composto l’art. 3 del d.l. n. 92 del 2015, si era stabilito che, al fine di garantire *il necessario bilanciamento tra le esigenze di continuità dell’attività produttiva, di salvaguardia dell’occupazione, della sicurezza del luogo di lavoro, della salute e dell’ambiente salubre, nonché delle finalità di giustizia, l’esercizio dell’attività di impresa [...] non è impedito dal provvedimento di sequestro*. A tenore dei seguenti commi, l’attività di impresa, vista la rilevanza degli interessi in gioco, non si sarebbe però potuta protrarre per oltre dodici mesi dal provvedimento di sequestro, mentre per la stessa prosecuzione dell’attività, l’impresa avrebbe dovuto (entro trenta giorni dal provvedimento di sequestro) predisporre *un piano recante misure e attività aggiuntive [...] per la tutela della sicurezza sui luoghi del lavoro, riferite all’impianto oggetto del provvedimento in sequestro*.

⁵ Così REDAZIONE, *La Consulta riconosce l’illegittimità del d.l. mirato a neutralizzare gli effetti concreti del sequestro preventivo disposto per prevenire infortuni sul lavoro (ancora sulla decretazione “salva Ilva”)*, in [Diritto Penale](#)

Ne sarebbe risultato pertanto violato, secondo il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Taranto, l'art. 2 Cost. poiché si sarebbe consentito l'esercizio di un'attività d'impresa pericolosa "per la vita o l'incolumità umana [...], senza pretendere dall'azienda l'adeguamento degli stessi alle più avanzate tecnologie di sicurezza"⁶. Inoltre, il decreto censurato avrebbe operato un ingiustificato trattamento di favore per le sole attività imprenditoriali di interesse strategico nazionale⁷, mentre anche il diritto al lavoro sarebbe stato vulnerato dalla mancanza di condizioni di massima sicurezza⁸. Lo stesso diritto alla salute sarebbe poi stato messo illegittimamente a rischio in quanto "il bene in pericolo è rappresentato non già, o non solo, dal generico benessere psicofisico, quanto piuttosto dalla stessa vita e dall'incolumità del cittadino lavoratore"⁹. Per queste stesse ragioni, la disciplina avrebbe contraddetto anche l'art. 41 Cost., dal momento che l'iniziativa economica non potrebbe essere svolta arrecando *danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*¹⁰. Infine¹¹, secondo il giudice rimettente, l'art. 3 del d.l. n. 92 del 2015, "privando di efficacia i provvedimenti preventivi doverosamente adottati [...] dalle competenti autorità giudiziarie" per impedire il permanere di un'attività illecita, si sarebbe posto in contrasto con l'art. 112 Cost. che, stabilendo l'obbligatorietà dell'azione penale, prevede, quale compito dell'Autorità giudiziaria, oltre alla "repressione dei reati [...] anche la loro prevenzione"¹².

2. ... e la Corte cerca opportunamente di aggiustare il tiro in tema di tutela dei diritti fondamentali.

Venendo alla sentenza annotata, può subito osservarsi che la Corte ha nel complesso riscontrato positivamente i dubbi del giudice *a quo*, consentendo sul fatto che il legislatore abbia privilegiato eccessivamente la "prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti

[Contemporaneo](#), 26 marzo 2018. In effetti, dopo soli quattro giorni dall'entrata in vigore del decreto l. citato, e precisamente il giorno 8 luglio 2015, i legali di «ILVA s.p.a. in a.s.» depositavano l'istanza di dissequestro dell'area dello stabilimento.

⁶ Ordinanza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Taranto del 14 luglio 2015, che ha promosso la questione di costituzionalità dell'art. 3 del d.l. n. 92 del 2015, punto 4.3.1.

⁷ M. MASSA, *Il commissariamento dell'ILVA e il diritto delle crisi industriali*, in *Quaderni costituzionali*, 17 giugno 2013, dove si sottolinea che "proprio nella sentenza n. 85 del 2013 la Corte costituzionale si è mostrata dell'avviso che sia non solo legittima, ma in certa misura doverosa una disciplina differenziata per le imprese caratterizzate da particolari dimensioni e incidenza sul mercato: differenziata anche nel senso di prevedere un adattamento alle particolari contingenze del temperamento tra valori costituzionali, pure di rango costituzionale o primario."

⁸ Ordinanza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Taranto, punto 4.3.3.

⁹ Ivi, punto 4.3.4.

¹⁰ Cfr. M. MASSA, *Il diritto del disastro. Appunti sul caso ILVA*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2013, fasc. 2, pp. 7-8, secondo il quale "La dignità umana è evocata come principio doppiamente unificante: come presupposto di ogni diritto e interesse costituzionalmente rilevante; come criterio di bilanciamento che, fermo il nucleo essenziale di ciascuno di essi, consente l'adattamento della loro tutela alle diverse situazioni storiche. Può sorprendere che il sacrificio di salute e ambiente, a vantaggio di produzione industriale e occupazione, sia dichiarato legittimo proprio in nome della dignità umana", ma, ricorda, come ciò sia frutto di "un'impostazione teorica già avanzata dal relatore e redattore della sentenza anche in sede scientifica".

¹¹ Il G.I.P. rimettente, diversamente dal Pubblico Ministero, non ha ravvisato un contrasto tra il d.l. n. 92 del 2015 e l'art. 77 c. 2 Cost., in quanto "nel caso specifico [...] trattandosi di questione comunque incidente sull'attività di uno stabilimento dichiarato dalla l. come di «interesse strategico nazionale», non risulta evidente il difetto di tali requisiti e, dunque, non si pone *extra ordinem* il ricorso del Governo allo strumento del decreto l." (ordinanza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Taranto, punto 4.3.7).

¹² V. R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013, pp. 2 e 6, dove ci si domanda a chi spetti (tra amministrazione e giurisdizione) reprimere i reati ambientali, rilevandosi come il sequestro preventivo abbia "una valenza plurima: talvolta può servire – ed è questo aspetto che suscita le preoccupazioni maggiori – da strumento afflittivo, come anticipazione della pena; ma la sua finalità può essere anche quella più strettamente preventiva". Infine ritiene che il legislatore debba intervenire "a regolare il concorso delle due autorità", giurisdizionale ed amministrativa, in quanto è necessario avere "regole più generali, che disciplinino i ruoli ispettivi e i rapporti reciproci tra un'autorità amministrativa – così spesso inattiva – e l'autorità giudiziaria che è chiamata a supplire le inefficienze della prima".

costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui” è “inseparabilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso”. In questo quadro, l’eliminazione di tutti i possibili pericoli “per la salute, l’incolumità e la vita dei lavoratori” si pone, per la Corte, come la condizione necessaria perché l’attività di impresa possa essere svolta “in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona”¹³.

La Corte, peraltro, mostra di essere approdata a tali conclusioni alla luce della precedente decisione [n. 85 del 2013](#), di cui, dunque, si rivela opportuno rammentare, seppure in estrema sintesi, i punti fondamentali.

Il nodo fondamentale che la Corte costituzionale aveva dovuto, in allora, sciogliere era stato “se un’attività che si svolga conformemente al provvedimento autorizzativo che la facoltizza possa comunque violare (altre) disposizioni normative (e, dunque, se prescrivere la conformità dell’attività all’autorizzazione, che ne consente l’esercizio, sia garanzia sufficiente per la tutela dei diritti)”¹⁴. La Corte aveva risposto in senso affermativo¹⁵, stimando la procedura di autorizzazione, prevista dalla norma impugnata, in grado di garantire “un sufficiente livello di tutela dell’ambiente”¹⁶. In particolare, era stata “considerata lecita la continuazione dell’attività produttiva di aziende sottoposte a sequestro, a condizione che ven[issero] osservate le prescrizioni dell’AIA riesaminata, nelle quali si riassumono le regole che limitano, circoscrivono ed indirizzano la prosecuzione dell’attività stessa”¹⁷.

Si era in sostanza ritenuto che la procedura stabilita dalla norma impugnata garantisse un bilanciamento in grado di evitare un’espansione illimitata di un diritto (o più) sugli altri, in quanto rispondente ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza grazie ai limiti specifici previsti dalle disposizioni oggetto della questione di costituzionalità, nonché alle norme in tema di controllo e sanzioni ivi previste¹⁸.

¹³ [Sentenza n. 58 del 2018](#), punto 3.3 del diritto.

¹⁴ Sul punto, v. L.G. SATÈ, “*Caso Ilva*”: la tutela dell’ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013)”, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 16 maggio 2013, 3.

¹⁵ V. L.G. SATÈ, “*Caso Ilva*”, cit., 6, secondo cui la Corte ha ritenuto infondata la questione di legittimità riconoscendo “alla norma impugnata un sufficiente livello di tutela dell’ambiente attraverso la valorizzazione del carattere formale del diritto: la conformità di un’attività autorizzata alla relativa autorizzazione non può determinare alcuna illiceità se non per illegittimità dell’autorizzazione stessa, e questo equivale a sostenere che (come in ogni sistema chiuso e retto da criteri meramente formali) la valutazione circa la legittimità di un fenomeno regolato dal diritto va condotta secondo modalità compiutamente riconducibili al sistema del diritto, ossia va necessariamente ridotta alla valutazione della validità delle fonti che lo disciplinano”.

¹⁶ V. M. BONI, *Le politiche pubbliche dell’emergenza tra bilanciamento e compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in [Federalismi.it](#), 2014, 3, pp. 27 e 29, dove si afferma “che la scelta della Corte, di salvaguardare quasi esclusivamente il diritto all’occupazione, rischia in realtà di legittimare il fenomeno del cd. *dumping* politico (ossia la «competitività del sistema-paese»), cui si assiste a livello globale, e di cui il caso Ilva è forse oggi il fenomeno più evidente nel nostro Paese”, e viene altresì rilevata la responsabilità del decisore politico, “a prescindere dalla interpretazione scelta, è certo che la (mancata) responsabilità del decisore politico ha svolto, nella vicenda Ilva, un ruolo non secondario, obbligando la magistratura ad un intervento in parte sostitutivo. La Corte ha cercato di districare il nodo che a Taranto aveva creato un corto circuito dagli effetti drammatici sulla prospettiva occupazionale di migliaia di persone nonché, in termini generali, su quelle di un importante settore dell’industria nazionale. Se questo però sia stato in grado di risolvere definitivamente il problema del corretto bilanciamento di tutti i valori interessati, nonché quello della scarsa efficacia delle politiche pubbliche in Italia, al momento non appare ancora chiaro”.

¹⁷ [Sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013](#), punto 9 del diritto. Infatti la Corte ritiene che “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 [...] nucleo essenziale” dei principi e diritti fondamentali, quali il valore dell’ambiente e della salute.

¹⁸ Sul punto V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2013, pp. 3-4, dove si afferma che le “chiare e insistenti puntualizzazioni della Corte riconducono [...] al punto essenziale, al «cuore» del problema [...]: quale sia il confine fra i compiti degli organi politici e compiti dei giudici, quando si tratti di apprezzare gli effetti futuri di un’attività di per sé lecita, i rischi che vi possono essere collegati e l’equilibrio fra i rischi

Anche ora la Corte, richiamando il suo precedente, ritiene che la prosecuzione dell'attività produttiva possa avere luogo, solo se siano state poste (e quindi debbano essere osservate dall'impresa) regole che prevedano un progetto di risanamento, volto alla tutela di “tutti i beni ed i diritti costituzionalmente protetti, tra cui il diritto alla salute, il diritto all'ambiente salubre e il diritto al lavoro”¹⁹, così operandosi “un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco”, in modo tale da evitare “la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti” ed “il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistematica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati”²⁰.

Il caso in parola si differenzia tuttavia notevolmente da quello precedente, in quanto in quella circostanza la norma che aveva stabilito la prosecuzione dell'attività di impresa, aveva previsto anche specifici limiti realizzatisi in provvedimenti amministrativi (l'AIA – autorizzazione integrata ambientale), del tutto assente nella disciplina prevista dall'art. 3 del d.l. n. 92 del 2015. Secondo la Corte, infatti, il legislatore non ha ora “rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti”, particolarmente perché la predisposizione del piano di risanamento è stata completamente rimessa all'impresa senza il coinvolgimento di nessun'altra partecipazione pubblica o privata²¹. Oltre a ciò, la Corte, rileva come manchi “del tutto la richiesta di misure immediate e tempestive atte a rimuovere prontamente la situazione di pericolo per l'incolumità dei lavoratori”²².

3. *Brevi e sospese conclusioni.*

Può a questo punto osservarsi come la Corte costituzionale, se con la sentenza annotata abbia voluto precisare meglio, chiarendo i dubbi suscitati nel 2013, che l'inviolabilità dei diritti alla vita e alla salute non è suscettibile di cedere davanti ai diritti al lavoro e all'attività d'impresa, non sembri aver rinunciato a ragionare della possibilità di un ragionevole bilanciamento “tra esigenze della produzione ed esigenze di tutela della vita e della salute delle persone”²³.

e i vantaggi. Apprezzamento tipicamente discrezionale, che non vuol dire privo di ogni limite e incontrollabile, ma che non può essere demandato in ultimo alla discrezionalità dei giudici senza alterare l'equilibrio dei poteri”, ritenendo per questo motivo che la [sentenza n. 85 del 2013](#) “ancorché resa in un giudizio sulla l., appartiene piuttosto al *genus* delle pronunce che risolvono conflitti di attribuzione fra poteri”. L'A. sottolinea altresì che “la Corte ancora una volta, in piena coerenza, ha confermato che decisioni, dirette a consentire o a vietare attività suscettibili di incidere su diritti fondamentali, ma in base a valutazioni e a bilanciamenti discrezionali diretti a stabilire il punto di equilibrio fra diritti e interessi contrapposti, sono bensì soggette a un controllo di ragionevolezza (o meglio di non irragionevolezza), ma non possono essere affidate in ultima istanza al potere giudiziario”.

¹⁹ [Sentenza n. 58 del 2018](#), punto 3.1 del diritto.

²⁰ [Sentenza n. 58 del 2018](#), punto 3.1 del diritto. Relativamente alla considerazione riguardante il bilanciamento proporzionale e ragionevole, la Corte richiama due decisioni precedentemente assunte, ossia la [n. 63 del 2016](#) e la [n. 264 del 2012](#).

²¹ V. [Sentenza n. 58 del 2018](#), punto 3.2 del diritto. La Corte censura il fatto che tale disciplina abbia del tutto estromesso qualsiasi autorità pubblica dalla predisposizione del piano di risanamento dell'impresa (si ricorda che è prevista solo la mera comunicazione all'Autorità giurisdizionale procedente del piano già predisposto dall'impresa). Inoltre si osserva che anche se la disciplina prevede l'attribuzione di poteri di controllo e di vigilanza in capo a Vigili del Fuoco, INAIL e ASL, “tale potere [...] si limita alla verifica della corrispondenza tra le misure aggiuntive indicate nel piano e quelle in concreto attuate dall'impresa, così da renderne ambigua e indeterminata l'effettiva possibilità di incidenza”.

²² Tale circostanza comporta che sicuramente per trenta giorni, tempo necessario per predisporre il piano, ma forse anche per più tempo, i lavoratori sarebbero esposti ai rischi che hanno, di fatto, causato la morte di uno dei loro colleghi; inoltre la disposizione impugnata non definisce le misure che devono essere adottate dal piano, neppure rinviando alla disciplina della sicurezza sul lavoro o ad altre discipline preventive ed organizzative, e, in tal modo, lascia “sfornito l'ordinamento di qualsiasi concreta ed effettiva possibilità di reazione per le violazioni che si dovessero perpetrare durante la prosecuzione dell'attività”. (v. [sentenza n. 58 del 2018](#), punto 3.2 del diritto).

²³ REDAZIONE, *La Consulta riconosce l'illegittimità del d.l. mirato a neutralizzare gli effetti concreti*, cit.

È vero infatti che la Corte ha a prima vista cercato di superare il precedente della [sentenza n. 85 del 2013](#), col trattare “il problema in modo ben diverso, privilegiando, nella motivazione non tanto i bilanciamenti e [i] compromessi quanto la fondamentale importanza del diritto alla salute”²⁴, ma resta il fatto che sempre ad un bilanciamento si fa appello per uscire dalle secche della situazione. Secondo la Corte, “non può infatti ritenersi astrattamente precluso al legislatore di intervenire per salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l’economia nazionale e per garantire i correlati livelli di occupazione, prevedendo che sequestri preventivi disposti dall’autorità giudiziaria nel corso di processi penali non impediscano la prosecuzione dell’attività d’impresa; ma ciò può farsi solo attraverso un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco”. E per “essere tale, il bilanciamento deve essere condotto senza consentire «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» (...). Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati”²⁵.

I corollari evidenti di questo teorema paiono dunque che taluni diritti fondamentali, se bilanciati, sia pure con criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, proprio fondamentali non sarebbero, ma in certa misura negoziabili. Tale negoziazione sarebbe affidata *in primis* al legislatore e in seconda battuta alla Corte (mai al giudice ordinario), rivelandosi suscettibile di variare con i tempi e con i luoghi, rendendo così mutevole il grado di protezione dei diritti in gioco (ciò che ne snatura ulteriormente la “fondamentalità”). Che, se è vero che comunque mai potrebbe esserne intaccato il nucleo essenziale, sorge spontaneo l’interrogativo su quale sia siffatto nucleo con riferimento alla salute, ma soprattutto alla vita.

²⁴ Il precedente della Corte, richiamato più volte anche in questa nota, aveva suscitato qualche perplessità: di fatto aveva finito con il privilegiare l’attività di impresa, sacrificando il diritto alla salute e all’ambiente in forza della stessa dignità umana (G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*”, in [Questione Giustizia](#), 10 aprile 2018, p. 4).

²⁵ [Sentenza n. 58 del 2018](#), punto 3.1 del diritto.

Fulvia Passananti*

Riflessioni sugli obblighi vaccinali, tra esigenze di unitarietà e ridotti spazi per le Regioni

SOMMARIO: 1. Il contesto normativo. – 2. La vicenda della Regione Veneto. – 3. La [sentenza n. 5 del 2018](#): le questioni promosse in riferimento all'art. 117, commi 3 e 4, Cost. – 4. Lo svuotamento dell'obbligo vaccinale e la sua sospensione da parte della Regione Veneto. – 5. L'obbligatorietà della vaccinazione ed i principi fondamentali in materia di tutela della salute. – 6. Le «ragioni logiche prima che giuridiche». – 7. La profilassi internazionale e le norme generali sull'istruzione. – 8. Brevi conclusioni.

1. Il contesto normativo

Il d.l. 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale e convertito con modificazioni dalla legge 31 luglio 2017, n. 119, ha disposto l'obbligatorietà di dieci vaccinazioni per i minori in età pediatrica ed adolescenti. Le disposizioni urgenti adottate in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci hanno seguito di pochi mesi il Piano Nazionale Prevenzione Vaccinale (PNPV) 2017 - 2019¹, su cui è intercorsa l'Intesa in Conferenza Stato-Regioni², e che, in modo significativo, si apre facendo riferimento agli obiettivi ed ai contenuti del Piano d'azione Europeo per le vaccinazioni 2015 - 2020 (*European Vaccine Action Plan 2015 - 2020 EVAP*)³, a sua volta contestualizzazione nell'area europea del Piano Globale dell'OMS (*Global Vaccine Action Plan 2011 - 2020 GVAP*)⁴.

Al PNPV 2017 - 2019 si accompagna il calendario vaccinale, e, tutti i vaccini ivi contenuti, sono inseriti nel DPCM che definisce i nuovi LEA⁵, ragion per cui, nel rispetto della calendarizzazione e della previsione delle fasce di età, essi sono garantiti dal Sistema Sanitario Nazionale gratuitamente⁶.

Il d.l. n. 73/2017, così come parzialmente modificato con la legge di conversione, introduce nell'ordinamento italiano un complesso apparato normativo avente quali principali destinatari non solo i genitori o i tutori dei vaccinati, ma altresì gli operatori sanitari e scolastici, nonché di riflesso il personale amministrativo di ASL e di istituti scolastici e servizi educativi.

Con il susseguirsi di una serie di circolari ministeriali, si è poi provveduto a fornire istruzioni operative circa l'attuazione delle norme sull'obbligo vaccinale entrato in vigore sostanzialmente a ridosso dell'inizio dell'anno scolastico 2017/2018. In particolare, il Ministero della Salute ne ha emanate due a distanza di pochi giorni l'una dall'altra nell'agosto del 2017⁷ e, successivamente, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR), di concerto con il Ministero della Salute ne ha diramata una il 1° settembre 2017, contenente indicazioni operative relative all'allora

* Dottoranda in *Fundamental Rights in the Global Society* presso l'Università degli Studi di Camerino.

¹ Il PNPV 2017-2019, datato 17 gennaio 2017, è consultabile sul sito del Ministero della Salute all'indirizzo http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2571_allegato.pdf; più in generale, si tenga presente che dal 1996 ad oggi, in parallelo all'attività legislativa statale e regionale, si sono susseguiti a livello governativo una serie di atti di programmazione vaccinale (Piano sanitario nazionale per il triennio 1996-1998, Piano nazionale vaccini 1999-2000, Nuovo piano nazionale vaccini 2005-2007, Piano nazionale prevenzione vaccinale 2012-2014 ed infine il Piano nazionale prevenzione vaccinale 2017-2019) e relativi calendari vaccinali che riportavano vaccinazioni obbligatorie e raccomandate.

² L'Intesa CSR 10/19 gennaio 2017, è stata pubblicata in *G.U.* 18 febbraio 2017. n. 41.

³ Il Piano d'azione europeo per le vaccinazioni 2015-2020 è consultabile all'indirizzo web: http://www.euro.who.int/data/assets/pdf_file/0007/255679/WHO_EVAP_UK_v30_WEBx.pdf?ua=1.

⁴ Il Piano d'azione globale per le vaccinazioni 2011/2020 è scaricabile, in lingua inglese, dal sito: http://www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/GVAP_doc_2011_2020/en/.

⁵ Il DPCM del 12 gennaio 2017 è stato pubblicato in *G.U.* 18 febbraio 2017. n. 41, Suppl. n. 15.

⁶ Oltre all'inserimento nei LEA, la l. 11 dicembre 2016, n. 232, definisce un finanziamento specifico per il concorso al rimborso alle Regioni per l'acquisto dei vaccini ricompresi nel Piano Nazionale Prevenzione Vaccinale.

⁷ Il Ministero ha adottato le circolari del 14 agosto 2017 e del 16 agosto 2017 (rispettivamente in www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2017&codLeg=60284&parte=1%20&serie=null e www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2017&codLeg=60282&parte=1%20&serie=null).

esordiente anno scolastico; poi, com'era prevedibile, a metà gennaio 2018 le Regioni hanno richiesto la predisposizione di un circolare rivolta agli operatori e recante le indicazioni per il recupero dei minori inadempienti⁸. Per quanto riguarda le ulteriori indicazioni relative agli anni scolastici 2017/2018 e 2018/2019, il MIUR ed il Ministero della Salute hanno pubblicato la nota congiunta del 27 febbraio 2018⁹. Da ultimo, un'altra circolare congiunta proveniente dagli stessi Ministeri ha previsto la possibilità di presentare agli istituti scolastici, per l'imminente anno scolastico, autocertificazioni attestanti l'avvenuto adempimento degli obblighi¹⁰.

In questo flusso di circolari ministeriali sono confluiti anche due provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, il primo datato 1° settembre 2017, con cui l'*Authority* ha ritenuto in linea con quanto disposto dal Codice in materia di protezione dei dati personali la trasmissione degli elenchi degli iscritti dagli Istituti scolastici e servizi educativi per l'infanzia alle Asl competenti per territorio, al fine di consentire una più agevole verifica della regolarità vaccinale del minore. Il secondo provvedimento del 22 febbraio 2018 consiste in un parere richiesto dal Ministero della Salute su un documento relativo alle modalità tecniche per lo scambio dei dati inerenti la situazione vaccinale degli alunni tra le istituzioni scolastiche/educative e le ASL.

2. La vicenda della Regione Veneto

Benché la Regione Veneto, alla data del 21 luglio 2017, avesse già promosso la questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni del d.l. n. 73/2017 dinanzi alla Corte costituzionale, non si ritiene sia stata questa la prima *battaglia*¹¹ intrapresa dalla stessa contro l'allora Governo Gentiloni sul fronte della previsione dell'obbligo vaccinale. Anteriore, infatti, alla sentenza [n. 5 del 2018 della Corte costituzionale](#), è il parere n. 2065 reso dal Consiglio di Stato e, specificamente, dalla Commissione speciale, in data 26 settembre 2017. In quell'occasione, il Presidente della Regione Veneto aveva richiesto un parere circa l'interpretazione di alcune disposizioni del decreto-legge che egli riteneva «*non si prest[assero] a un'esegesi univoca e che occorr[esse] un chiarimento in merito alle conseguenze della mancata presentazione della documentazione che dimostri l'avvenuto adempimento agli obblighi vaccinali. Più in dettaglio (...) se già con decorrenza dall'anno scolastico (...) 2017/2018, si debba ritenere preclusa la frequenza scolastica ai minori i cui rappresentanti legali (...) non abbiano presentato la documentazione occorrente*».

Nello specifico, ancorché successivamente alla diffusione della sopracitata circolare congiunta dei Ministeri del 1° settembre 2017, il Direttore generale – Area sanità e sociale – della Regione Veneto, il 4 settembre 2017, adottava il decreto n. 111, con cui forniva indicazioni operative in regime transitorio per l'attuazione del decreto-legge sui vaccini, sostanzialmente stabilendo che, in attesa di ulteriori chiarimenti ministeriali sulla frequenza dei servizi per l'infanzia e le scuole dell'infanzia dall'anno scolastico 2017/2018, per i bambini già iscritti, si sarebbe potuto applicare il regime transitorio fino al 2019/2020, anno in cui è prevista la decadenza dall'iscrizione in caso di inosservanza di tale obbligo.

Orbene, il Consiglio di Stato, con il parere n. 2065/2017, ha ritenuto che, anche alla Regione Veneto, così come in tutte le altre Regioni d'Italia, si dovesse applicare la norma, non soggetta ad altra interpretazione se non a quella secondo cui, già a decorrere dall'anno scolastico 2017/2018 «*la*

⁸La circolare diramata dal Ministero della Salute del 15.1.2018 è consultabile al sito: <http://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2018&codLeg=62700&parte=1%20&serie=nu>

⁹ Cfr. la nota del MIUR – Ministero della Salute del 27 febbraio 2018, prot. n. 467; comunque, per un'approfondita disamina del contenuto del d.l. n. 73/2017 e delle relative circolari, cfr. M. MONTANARI – L. VENTALORO, *La nuova legge sui vaccini tra prevenzione, obblighi e criticità*, in *Famiglia e Diritto*, 2, 2018.

¹⁰ La circolare, adottata dal MIUR di concerto con il Ministero della Salute, è stata pubblicata il 6 luglio 2018 (<http://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2018&codLeg=64928&parte=1%20&serie=nu>).

¹¹ Di “*battaglia*” della Regione Veneto, parla anche G. PASCUZZI, *Vaccini: quale strategia*, in *Il Foro Italiano*, 3, 2018, 738.

presentazione della documentazione attestante l'avvenuto adempimento dell'obbligo vaccinale costituisce requisito di accesso ai servizi educativi per l'infanzia e alle scuole dell'infanzia».

Qualche mese dopo, la Corte costituzionale, con la [sentenza n. 5 del 2018](#), ha rigettato tutte le questioni di legittimità che la Regione Veneto aveva proposto con due distinti ricorsi: il primo, avverso il d.l. n. 73/2017, ed il secondo, contro lo stesso decreto-legge, come conv., con modif., nella l. n. 119/2017.

La Regione Veneto, nei due ricorsi il cui contenuto si riporta ora in via estremamente sintetica, ha dedotto come primo motivo di censura la violazione dell'art. 77, comma 2, Cost. da parte del decreto-legge, sia nella sua interezza, sia in relazione a singole disposizioni, non sussistendone i presupposti di necessità ed urgenza. Inoltre, tale violazione si sarebbe ripercossa anche sulle attribuzioni regionali di cui agli artt. 117, commi 3 e 4, e 118 Cost. Nel secondo motivo di censura, rivolto ad una serie di articoli del decreto-legge, sia nella versione originaria, sia nel testo convertito, la ricorrente ha denunciato la violazione degli artt. 2, 3, 5, 31, 32, 34 e 97 Cost., quest'ultimo in combinato disposto con gli artt. 117, commi 3 e 4, e 118 Cost. Tuttavia, quello che per la Regione costituirebbe un unico motivo di censura, ha invece, secondo la Corte, un «*contenuto eterogeneo*», riguardando sia la violazione di parametri estranei al Titolo V, con ridondanza sulle competenze regionali, sia la violazione diretta di queste ultime. Infine, con il terzo motivo, la Regione Veneto ha lamentato la violazione dell'art. 81, comma 3, Cost., con ridondanza su quanto garantito dall'art. 119, commi 1 e 4, Cost., in ordine alla propria autonomia finanziaria.

3. La [sentenza n. 5 del 2018](#): le questioni promosse in riferimento all'art. 117, commi 3 e 4, Cost.

Data la copiosità e l'importanza dei temi trattati dal giudice delle leggi nell'anzidetta sentenza, verosimilmente destinata ad imprimere nell'ordinamento un'impronta indelebile sul tema dell'obbligatorietà della vaccinazione con riguardo ai molteplici profili affrontati¹², si è scelto di circoscrivere l'ambito di indagine, soffermandosi esclusivamente sull'aspetto, di rilevante interesse, concernente il riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni.

Prima di entrare nel merito della questione, per completezza espositiva, è necessaria una sintetica premessa: la perentorietà della profilassi vaccinale è considerata pressoché pacificamente, da dottrina e giurisprudenza costituzionale, un trattamento sanitario obbligatorio¹³. Il trattamento sanitario obbligatorio assume un rilievo pubblicistico dal momento che rappresenta uno dei «*problemi che l'intervento pubblico a tutela della salute suscita nei suoi rapporti con le norme costituzionali*»¹⁴ e, specificamente, con le condizioni di legittimità costituzionale sancite dall'art. 32 Cost., cui sono assoggettate le leggi impositive dei suddetti trattamenti¹⁵. Orbene, in base all'art. 32 Cost., l'obbligatorietà di un determinato trattamento sanitario può essere previsto solo da una disposizione

¹² A. IANNUZZI, [L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche](#), in questa [Rivista](#), Studi 2018/I, 87-88, individua quattro profili di interesse della decisione: 1) la scelta della fonte, il decreto-legge; 2) quanto attiene al merito della scelta normativa ed in particolare il profilo della discrezionalità legislativa come esercitata per disporre il parziale superamento della strategia di persuasione in campo vaccinale in favore di un più ampio ricorso all'obbligo; 3) la legittimità del ricorso allo strumento del decreto-legge ad efficacia differita e 4) la legittimità dell'intervento statale in ambiti materiali in cui vantano titoli competenziali anche le Regioni.

¹³ Cfr. [Corte cost. sent. n. 132 del 1992](#), che ha riconosciuto la configurabilità della vaccinazione obbligatoria come un trattamento sanitario obbligatorio e non invece coattivo, osservando come «*la vaccinazione - o qualunque altro trattamento sanitario attuato nei confronti del bambino non ancora capace di intendere e di volere - non è configurabile quale trattamento coattivo né quando sia attuata dai genitori o su loro richiesta, né quando sia disposta, in loro sostituzione ed anche contro la loro volontà, dal giudice dei minori*»; in dottrina, fra i tanti, M. LUCIANI, voce *Salute*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 10.

¹⁴ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1979, 875 ss. ed aggiornato in *Scritti in onore di E. Tosato*, II, Padova, 1982, 127 ss.; sul punto, anche A.A. NEGRONI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni (decreto legge n. 73/2017) è questione eminente di diritto costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2017.

¹⁵ C. COLAPIETRO – M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Giappichelli, Torino, 2014, 108.

di legge che non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Con riguardo al tipo di riserva di legge contenuta nell'articolo, che riconosce il *fondamentale* diritto alla salute, se in dottrina dubbi continuano a permanere circa il suo carattere assoluto o relativo, ma comunque rinforzato¹⁶, particolarmente solida resta invece la convinzione che si tratti di una riserva di legge statale, anche a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione¹⁷.

Sul punto si rileva immediatamente che la [sentenza n. 5/2018](#) nulla dice sulla riserva di legge dell'art. 32 Cost., anche laddove invece sarebbe stato auspicabile¹⁸. Difatti, se la riserva di legge prevista in materia di trattamenti sanitari obbligatori dovesse intendersi in senso assoluto, viene da sé che non potrebbe trovare spazio alcuno l'intervento di fonti secondarie e, quindi, anche quanto previsto dall'art. 1, comma 1-ter del d.l. n. 73/21017 come convertito, sulla possibilità del Ministro della salute, con proprio decreto, previa acquisizione di pareri qualificati e nel rispetto di determinate condizioni, di cessare l'obbligatorietà di alcuni vaccini, tra l'altro attraverso una «*delegificazione anomala della disciplina concernente quattro vaccinazioni*»¹⁹, striderebbe con il sistema di garanzie così interpretate che corroborano il diritto alla salute. Di contro, qualificare la riserva di legge di cui all'art. 32 Cost. come relativa, avrebbe suffragato con apprezzabili argomentazioni giuridiche la posizione di grande favore della Corte nei confronti del sistema introdotto dal legislatore nel suddetto articolo²⁰. Di certo però non può ignorarsi che, nel caso in esame, il legislatore statale ha rinviato ad una fonte diversa da quella di rango primario non l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio – certamente coperto da riserva di legge –, bensì la cessazione di tale obbligo.

La Regione Veneto ha lamentato, con il secondo motivo di censura, che il carattere dettagliato delle norme del decreto-legge non permetterebbe di qualificarle come principi fondamentali in materia di tutela della salute e che, inoltre, sarebbero state violate le competenze regionali in materia

¹⁶ Fra i sostenitori della relatività della riserva, cfr. F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1982, 313; S.P. PANUNZIO, *op. cit.*, 901; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. e Soc.*, 1982, 558-559; fra i propensi alla sua assolutezza, cfr., P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 385; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e Soc.*, 1983, 28, nonché D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, 47. Come illustrato da A. IANNUZZI, [L'obbligatorietà](#), *cit.*, 92, anche nella sentenza ora in esame, come si avrà modo di tornare in seguito, la Corte costituzionale parrebbe qualificare come relativa la riserva di legge di cui all'art. 32 della Costituzione; più recentemente invece, per l'assolutezza della riserva propende anche A.A. NEGRONI, *Decreto legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2017.

¹⁷ In proposito cfr. A. NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in [Rivista AIC](#), 4, 2017; S. AGOSTA, [Il legislatore ed il nodo di Gordio della prevenzione vaccinale](#), in questa [Rivista, Studi 2018/I](#), 386, nonché M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 458, secondo cui la Corte è stata particolarmente esigente nell'interpretare la previsione dell'art. 32, comma 2, Cost., «*richiedendo che ciascun trattamento sanitario sia specificamente individuato dalla legge statale. Si tende ad escludere che in questo ambito possano agire le regioni attraverso la propria autonoma legislazione*»; sul punto invece, D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002, 199, già rifletteva sulle conseguenze circa la possibilità di prevedere accanto a trattamenti sanitari obbligatori statali, anche quelli regionali; altresì D. MESSINEO, *Problemi in tema di discipline regionali sui trattamenti sanitari: il caso dei vaccini*, in *Le Regioni*, 2009, 336, chiarisce che non è comunque possibile affermare in modo categorico l'incompetenza assoluta della legge regionale in materia di trattamenti sanitari obbligatori, infatti, la legittimità delle differenziazioni regionali dovrebbe valutarsi caso per caso, sottoponendo le stesse ad un sindacato di razionalità strumentale in relazione all'obiettivo di tutela della salute.

¹⁸ A riguardo c'è da dire che in passato la giurisprudenza costituzionale si era già espressa, sempre in materia di obbligatorietà della vaccinazione, a favore della relatività della riserva *ex art. 32, comma 2, Cost.* nella [sent. n. 258/1994](#) in cui si legge che «*proprio la necessità (...) di realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva (...) si renderebbe necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico - a livello primario attesa la riserva relativa di legge, ed eventualmente a livello secondario integrativo- (...)*»

¹⁹ Testualmente, A. IANNUZZI, [L'obbligatorietà](#), *cit.*, 92, che infatti sottolinea come «*la circostanza che la Corte abbia invitato il legislatore ad estendere la portata normativa di questa misura lascia pensare, tuttavia, che potrebbe propendere per la configurazione di una riserva di legge relativa in materia*».

²⁰ Anche sotto questo profilo emerge quanto osservato da C. PINELLI, *L'obbligatorietà di vaccinazione fra Stato e Regioni*, in [diritto e salute](#), 2, 2018, 33, secondo cui la sentenza in esame risulta «*proiettata verso l'esterno e attenta alle interazioni fra scelte legislative e processi di formazione dell'opinione pubblica*» e riflette quindi l'intenzione di fornire all'opinione pubblica punti fermi su un tema così delicato.

di istruzione, di formazione professionale, e l'autonomia amministrativa regionale. Nel secondo ricorso, ha lamentato altresì la violazione dell'art. 5 Cost., in quanto l'uniformità imposta dalla normativa non prenderebbe in considerazione la più equilibrata ed efficiente attuazione dei principi costituzionali a livello regionale.

Al punto 7 della parte in diritto della sentenza ora in esame, la Corte dichiara inammissibili le censure riferite agli artt. 5 e 118 Cost. per carenza e genericità della motivazione e si sofferma invece sulle questioni promosse in riferimento agli artt. 117, commi 3 e 4, Cost., che comunque non ritiene fondate, pur avendo raggiunto la soglia dell'ammissibilità.

Dalla sentenza emerge che, in realtà, non dovrebbero sorgere dubbi in merito alla competenza del legislatore statale con riguardo alla normativa impugnata, giacché, sebbene il decreto-legge intersechi materie di legislazione concorrente, prime fra tutte la "tutela della salute" e "l'istruzione", il suo oggetto è catturato nella sfera di potestà legislativa dello Stato grazie a plurimi titoli competenziali descritti nei commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost., con particolare riguardo ai principi fondamentali in materia di tutela della salute, ai livelli essenziali di assistenza, alla profilassi internazionale e alle norme generali sull'istruzione.

Infatti, la Corte mostra come siano lapalissianamente «*prevalenti i profili ascrivibili alle competenze legislative dello Stato*» e, a rafforzare ulteriormente tale statuizione, adduce l'argomentazione secondo cui il legislatore statale già da praticamente mezzo secolo è solito adottare norme che disciplinano e dispongono l'obbligatorietà della profilassi vaccinale. A ciò si aggiunga che, come già anticipato, i vaccini sono inclusi negli atti nazionali di programmazione sanitaria e nei LEA già dal 2011.

Ma se tale conclusione era, come si vedrà di seguito, prevedibile perché già preconizzata dalla stessa Corte²¹, ci si domanda allora come mai si sia resa necessaria una pronuncia della Consulta volta a pietrificare nella competenza statale le norme sull'obbligatorietà della vaccinazione e perché tale competenza statale non sia stata reclamata quando le Regioni, ai tempi, affiancavano a disposizioni statali delle norme regionali chiaramente non in linea con il riparto di competenze delineato nell'ordinamento giuridico italiano ed oggi rimarcato dalla sentenza in esame.

4. Lo svuotamento dell'obbligo vaccinale e la sua sospensione da parte della Regione Veneto

Occorre innanzi tutto illustrare molto rapidamente l'impianto normativo italiano sulla profilassi vaccinale prima del 2017, soffermandosi sulle scelte e posizioni assunte in tale contesto dalla Regione Veneto.

Prima del d.l. n. 73/2017 gli obblighi vaccinali dell'età pediatrica erano solo quattro e consistevano nella perentorietà della vaccinazione antidifterica, antitetanica, antipoliomelitica e contro l'epatite virale B²². Sicché, prima della fine del XX secolo, il sistema normativo prevedeva che all'atto di iscrizione alle scuole primarie e ad altre collettività infantili venisse presentata la documentazione comprovante l'avvenuta vaccinazione e, disponeva, nei casi di inottemperanza, sanzioni amministrative pecuniarie. L'impianto sanzionatorio era reso particolarmente efficace da quanto disposto dall'art. 47 del d.p.r. n. 1518 del 1967, secondo cui i direttori delle scuole e i capi degli istituti di istruzione pubblica o privata non potevano ammettere alla scuola o agli esami gli alunni che non avessero comprovato di essere stati sottoposti alle vaccinazioni imposte, nonché ai relativi richiami. A causa della crescente pressione esercitata da vasti movimenti di pensiero il cui obiettivo è stato, e continua ad essere, la dimostrazione dell'inutilità e della dannosità dell'inoculazione e

²¹ Cfr. [Corte cost., ord. n. 87 del 2010](#) di cui si dirà nel successivo paragrafo.

²² L'obbligatorietà della vaccinazione contro la difterite è stata disposta dalla l. 6 giugno 1939, n. 891; rendono obbligatoria la vaccinazione pediatrica: contro il tetano la l. 5 marzo 1963, n. 292 e contro la poliomielite la l. 4 febbraio 1966, n. 51 ed infine, più recentemente, la l. 27 maggio 1991, n. 165 ha imposto l'obbligo della profilassi vaccinale contro l'epatite virale B.

l'esistenza di un vero e proprio "dogma della vaccinazione" da osteggiare²³ attraverso la rivendicazione di una sorta di *obiezione di coscienza*²⁴; sul finire degli anni '90 prevalse la tendenza a favorire soluzioni di facoltatività piuttosto che di perentorietà. Pertanto si superò quanto previsto dall'art. 47 attraverso il d.p.r. n. 355 del 1999, secondo cui la mancata certificazione dell'avvenuta vaccinazione non comportava più il rifiuto di ammissione dell'alunno alla scuola dell'obbligo o agli esami. Permase dunque solamente un controllo sulle certificazioni relative alle vaccinazioni e rivaccinazioni obbligatorie all'atto dell'ammissione alle scuole o agli esami e la segnalazione delle eventuali omissioni, nonché il potere dell'autorità sanitaria in determinati casi di adottare interventi d'urgenza²⁵.

A questo punto, senza ripercorrere nel dettaglio la normativa intervenuta nel settore²⁶, anche i pochi elementi evidenziati sono sufficienti per comprendere come la propensione a valorizzare sempre più il principio del consenso abbia contribuito a dissipare gradualmente l'effettività degli obblighi vaccinali attraverso l'erosione del sistema di sanzioni ad essi connesso²⁷. Quindi, ferma restando l'obbligatorietà delle quattro vaccinazioni suddette, tra l'altro introdotte con interventi legislativi «a singhiozzo, episodici e privi di qualsiasi collegamento tra loro»²⁸, verso la fine del secolo scorso si aggiunsero al Piano Sanitario Nazionale 1996-1998 ulteriori vaccinazioni soltanto *raccomandate*, anche perché non trovavano fondamento in una norma di legge, dando vita ad un sistema in cui la differenza fra profilassi vaccinale obbligatoria e facoltativa quasi non si avvertiva più²⁹. L'intento delle scelte intraprese in quel periodo era quello di far conciliare la libertà di autodeterminazione dei genitori con il mantenimento di una sufficiente soglia di copertura vaccinale³⁰ tramite l'adozione di politiche incentrate sulla prevenzione e sull'informazione con cui semplicemente si *raccomandava* l'inoculazione di vaccini (ulteriori rispetto ai quattro obbligatori), sulla falsariga di quei paesi europei che non prevedono alcun obbligo di vaccinazione³¹.

Tuttavia, l'effettività dell'obbligo vaccinale sembrerebbe essere stata fortemente compromessa dalla riforma costituzionale del 2001 che, con la nuova formulazione dell'art. 117 Cost., ha causato la frammentazione delle politiche di immunizzazione da malattie infettive sul territorio italiano³² ed

²³ C. COLAPIETRO, *La valutazione costi-benefici nei trattamenti sanitari obbligatori: il bilanciamento tra gli interessi del singolo e quelli della collettività*, in *Nomos*, 3, 1997, 57.

²⁴ A tal riguardo, evidenziano L. MUSSELLI - C.B. CEFFA, *Libertà religiosa obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, II, Giappichelli, Torino, 2017, 132, che in dottrina viene spesso negata a questa fattispecie la qualificazione di obiezione di coscienza, mancando il requisito del carattere personale dell'obiezione, inoltre osservano che «l'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie, per essere riconosciuta dovrebbe recare a proprio fondamento un profondo convincimento interiore che non può essere riscontrato laddove ad essere messa in discussione sia la razionalità di una norma positiva o il suo fondamento scientifico».

²⁵ M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in *Dirittifondamentali.It*, 1, 2017, 5, ricostruendo le norme sulle vaccinazioni che si sono susseguite nel tempo, sottolinea però che è già dalla l. n. 689 del 1981 che «iniziò il disarmo dell'apparato sanzionatorio sotto ogni forma», depenalizzando il reato di omessa vaccinazione e trasformandolo in illecito amministrativo.

²⁶ Al proposito, v. la [sent. n. 5 del 2018](#) dal punto 3 in poi della parte in diritto.

²⁷ Sempre in M. PLUTINO, *Le vaccinazioni*, cit., 5; sulle politiche vaccinali di alcune Regioni cfr. P. D'ONOFRIO, *Obblighi vaccinali ed intervento delle Regioni*, in [Federalismi.it](#) (*Osservatorio di diritto sanitario*), 2017, 16 ss.

²⁸ L. FADIGA, *Vaccinazioni obbligatorie e profili di costituzionalità della relativa disciplina*, in *Corriere Giur.*, 4, 2018, 441.

²⁹ Sempre in L. FADIGA, *Vaccinazioni obbligatorie*, cit., 442.

³⁰ D. MESSINEO, *Problemi*, cit., 339.

³¹ Per una analisi comparata cfr. M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *DPCE*, 2, 2017, 455 ss.

³² Cfr. la legge della Regione Veneto del 23 marzo 2007 n. 7, recante "sospensione dell'obbligo vaccinale per l'età evolutiva" o, di segno opposto, la l. della Regione Emilia-Romagna n. 19 del 25 novembre 2016 che all'art. 6 prevede quale requisito d'accesso all'asilo nido "l'aver assolto agli obblighi vaccinali prescritti dalla normativa vigente"; L. FADIGA, *Vaccinazioni obbligatorie*, cit., 442, ricorda che «i riflessi di questi successivi interventi nel campo delle vaccinazioni pediatriche sono stati profondi e hanno dato luogo a ingiustificabili differenze tra Regione e Regione, facendo fondatamente parlare di federalismo vaccinale e di Italia frantumata»; più di recente, C. PINELLI,

ha introdotto la “*tutela della salute*” nell’ambito delle materie oggetto di legislazione concorrente fra Stato e Regioni³³. Per tale motivo si ritiene che il punto nodale della questione riposi proprio nel riparto di competenze tra Stato e Regioni.

Infatti, in tale contesto, la Regione Veneto, con la legge regionale 23 marzo 2007, n. 7 (*B.U.R. Veneto n. 30/2007*), statuiva la “*sospensione dell’obbligo vaccinale per l’età evolutiva*” per tutti i nuovi nati a partire dal 1° gennaio 2008, pur continuando le quattro vaccinazioni obbligatorie a costituire livello essenziale di assistenza ai sensi e per gli effetti della normativa allora vigente e restando inserite nel calendario vaccinale dell’età evolutiva, approvato e aggiornato dalla Giunta regionale, in conformità agli indirizzi contenuti nel Piano nazionale vaccini. Orbene, la stessa legge prevedeva che, al fine di valutare gli effetti derivanti dall’applicazione della sospensione dell’obbligo vaccinale, era istituito un Comitato tecnico scientifico presso la struttura della Giunta regionale competente in materia di prevenzione e che, previa intesa con il Ministro competente, alle riunioni del Comitato partecipassero il Direttore del Centro Nazionale per la Prevenzione ed il Controllo delle malattie ed un rappresentante dell’Istituto Superiore di Sanità. La legge regionale disponeva anche che, in caso di pericolo per la salute pubblica conseguente al verificarsi di eccezionali e imprevedibili eventi epidemiologici relativi alle malattie di cui l’obbligatorietà della vaccinazione era stata sospesa, ovvero in situazioni di allarme per quanto atteneva i tassi di copertura vaccinale, con ordinanza motivata, il Presidente della Giunta regionale poteva sospendere quanto disposto dalla legge regionale³⁴.

La legge regionale del Veneto è stata circondata sin da subito da dubbi riguardo la sua legittimità costituzionale³⁵. Tali norme regionali, rimaste in vigore quasi per dieci anni, sono ormai state superate dal decreto-legge impugnato, ma vale comunque la pena esaminarne alcuni profili critici di rilevante interesse, anche per evitare che un tale schema possa riproporsi in un futuro³⁶.

La sospensione da parte della Regione Veneto di obblighi vaccinali previsti da una serie di leggi statali, sembrerebbe poter trovare fondamento solo in quanto disposto dal Piano Nazionale Vaccini (PNV) 2005-2007³⁷. Nello specifico, il PNV è stato adottato dal Ministero della Salute in conferenza Stato-Regioni ed è qualificabile come atto di programmazione³⁸. Esso prevedeva, in modo assolutamente generico, che: «*tra gli indicatori e gli obiettivi contenuti nel presente Piano, e certamente includibili in un programma per l’abolizione dell’obbligo in favore dell’offerta attiva, vi sono: - un sistema informativo efficace (...); - un’adeguata copertura vaccinale; - un sistema di*

L’obbligatorietà, cit., 35, conducendo un’attenta analisi, ha evidenziato come in quegli anni il motivo di libertà individuale si sia saldato con l’espressione di istanze autonomistiche.

³³ Sempre M. PLUTINO, *Le vaccinazioni*, cit., osserva come, ad esito della regionalizzazione, la natura seppur formalmente obbligatoria della vaccinazione era venuta meno e l’illecito amministrativo si era ridotto ad una multa di 204 euro quasi mai irrogata o riscossa ed altrettanto raro era l’intervento del Tribunale dei minori.

³⁴ F. CORVAJA, *La legge del Veneto sulla sospensione dell’obbligo vaccinale per l’età evolutiva: scelta consentita o fuga in avanti del legislatore regionale?*, in *Osservatorio delle fonti*, 1, 2008, 2, mostra inoltre che la sospensione dell’applicazione della legge regionale avrebbe portato ad una riespansione della norma statale e quindi al ripristino degli obblighi vaccinali; orbene, pur rispondendo ad esigenze di flessibilità e tempestività, era criticabile dal punto di vista della legalità la scelta di affidare ad un provvedimento amministrativo il temporaneo ripristino di un trattamento sanitario obbligatorio.

³⁵ Dubbi avanzati da C. TRIPODINA, *Art. 32 Cost.*, in S. BARTOLE–R. BIN (dir.), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 331, «*affinché un trattamento sanitario obbligatorio possa essere imposto, è necessario che vi sia una legge a prevederlo (riserva di legge) [che parrebbe statale, sembrando inammissibile una regionalizzazione dei trattamenti sanitari obbligatori, anche se in seguito alla sopracitata l. regionale Veneto 7/2007 si pone la questione se l’obbligo statale possa essere disatteso a livello regionale]*».

³⁶ C. PINELLI, *L’obbligatorietà*, cit., 35, infatti ha osservato che «*la sottovalutazione dei meccanismi di funzionamento della comunicazione in rete, il disinvolto aggiramento della legalità e l’improprio ricorso alle risorse del diritto informale si sono combinati con una strutturale asimmetria fra Stato e Regioni nell’organizzazione del servizio sanitario, attestata soprattutto dalla rimessione alle Regioni della facoltà di ricorrere alla raccomandazione anziché all’obbligo di vaccinazione in ragione della loro funzionalità amministrativa*», così evidenziando le fragilità del contesto istituzionali con riguardo al sistema di garanzie del diritto alla salute.

³⁷ D. MESSINEO, *Problemi*, cit., 340.

³⁸ D. MESSINEO, *Problemi*, cit., 340.

sorveglianza delle malattie trasmissibili (...); - un buon sistema di monitoraggio degli eventi avversi a vaccino (...). Nelle Regioni in cui questi obiettivi sono raggiunti, si può iniziare un percorso per una futura sperimentazione della sospensione dell'obbligo vaccinale».

La dottrina ha evidenziato come tale impostazione non risulta affatto in linea con il sistema ordinamentale delle fonti del diritto³⁹ e ciò, oggi, trova conferma anche in quanto statuito nella sentenza ora in esame in ordine al riparto di competenze fra Stato e Regioni.

Dunque, a fronte della previsione di una serie di obblighi a trattamenti sanitari predisposti da fonti di rango primario, la Regione Veneto aveva sospeso tale obbligatorietà, seppur in via sperimentale ed alla presenza di determinate condizioni, in forza di un atto amministrativo generale quale il PNV 2005-2007. Tale scelta è stata avallata dal Governo, non solo *ex ante*, nel PNV stesso, ma anche *ex post*, decidendo di non impugnare la legge regionale innanzi alla Corte costituzionale⁴⁰.

In proposito, si rileva comunque che la Corte, quando nel 2010 fu investita della questione di legittimità costituzionale della legge regionale del Veneto, la dichiarò inammissibile per difetto di motivazione sulla rilevanza, ma suggerì anche che la disposizione legislativa regionale non era stata *«viceversa, apprezzata con riguardo all'osservanza, da parte del legislatore regionale, dei principi fondamentali in materia di tutela della salute, affidati all'art. 117, terzo comma, Cost., alla competenza della legge statale»*⁴¹.

5. L'obbligatorietà della vaccinazione ed i principi fondamentali in materia di tutela della salute

Sembra dunque chiaro che la normativa oggetto del giudizio di costituzionalità si configuri come un caso di *oggetto ad imputazione multipla*, per cui è contemporaneamente riferibile a materie diverse che seguono differenti regimi competenziali⁴². Difatti la Corte costituzionale, nell'evidenziare che la normativa impugnata tocca una moltitudine di materie riconducibili sia al comma 2, sia al comma 3 dell'art. 117 Cost., ritiene, invocando il criterio della prevalenza, che essa rientri fra le attribuzioni legislative dello Stato principalmente in ragione della sua competenza circa i principi fondamentali nell'ambito della tutela della salute⁴³.

³⁹ Così F. CORVAJA, *La legge*, cit., 5, secondo cui *«se è vero l'assunto secondo cui l'individuazione delle vaccinazioni obbligatorie è effettuata a livello di principi fondamentali, un superamento del principio sarebbe dovuto passare per una legge statale di revisione dei principi stessi e non è certo sufficiente un accordo politico o amministrativo per rendere cedevole una disciplina di rango legislativo, tanto più considerando il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui le fonti statali dalle quali è lecito trarre principi fondamentali vincolanti per il legislatore regionale devono rivestire rango legislativo»*; in questo senso anche V. MOLASCHI, *Verso il superamento degli obblighi vaccinali: considerazioni alla luce del piano piemontese di promozione delle vaccinazioni 2006*, in M. ANDREIS (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006, 92; nonché M. TOMASI, *Vaccini*, cit., 476, e, più in generale, G. GEMMA, *Vaccinazioni facoltative: un esempio di irragionevolezza legislativa*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 1017, ritiene che l'abolizione dell'obbligatorietà delle vaccinazioni sia una decisione irragionevole e, quindi, costituzionalmente illegittima; sul punto invece D. MESSINEO, *Problemi*, cit., 341 ss., osserva che i dubbi sull'idoneità di atti di programmazione a deviare i principi generali dell'attività terapeutica potrebbero essere ridimensionati facendo riferimento ad indicazioni di carattere sostanziale.

⁴⁰ D. MESSINEO, *Problemi*, cit., 342, rileva che proprio l'omessa impugnazione delle disposizioni regionali consente di richiamare riflessioni tese a riconoscere, nelle dinamiche del contenzioso tra Stato e Regioni, una valenza conformatrice del riparto materiale.

⁴¹ Cfr. [Corte cost. ord. n. 87 del 2010](#), richiamata anche al punto 3.3. del considerato in diritto della [sentenza n. 5 del 2018 della Corte costituzionale](#).

⁴²A. D'ATENA, *Diritto regionale*, 3a ed., Giappichelli, Torino, 157.

⁴³ Sul criterio di prevalenza G. CARPANI - D. MORANA, *Le competenze legislative in materia di «tutela della salute»*, in R. BALDUZZI - G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013, 93, mostrano, in generale, come la Corte costituzionale abbia attenuato la rigidità del riparto di competenze legislative per materie facendo ricorso principalmente a tre meccanismi collegati ad altrettanti principi: della prevalenza, che valorizza l'appartenenza del nucleo essenziale, dominante, di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad un'altra; della leale collaborazione e della sussidiarietà; mentre, con specifico riguardo alla sentenza ora in esame, A. IANNUZZI, [L'obbligatorietà](#), cit., 95, evidenzia come la Corte, nella perimetrazione dei rapporti fra Stato e Regioni abbia utilizzato alcuni criteri ormai consolidati, in particolare, ha fatto riferimento al criterio di prevalenza, a quello che discende

I giudici costituzionali inoltre, a conforto dell'orientamento intrapreso, richiamano il già evocato parere del Consiglio di Stato, che, però, rispetto alle argomentazioni fornite in motivazione nella sentenza della Consulta, non sembra prendere una posizione così decisa riguardo la prevalenza dei principi fondamentali in materia di tutela della salute rispetto a tutti gli altri titoli competenziali.

Il Consiglio di Stato, infatti, illustra come l'art. 32 Cost. assegni alla Repubblica il compito di tutelare la salute, in via tanto legislativa quanto amministrativa, ma, da una lettura complessiva delle disposizioni costituzionali, si evince che la tutela della salute è compito essenzialmente ripartito tra lo Stato e le Regioni, posto che rientra nell'elenco di quelle materie che l'art. 117, comma 3, Cost. assegna alla potestà legislativa concorrente. In particolare, i giudici amministrativi hanno osservato che: *«il medesimo compito di tutela è altresì riconducibile, per taluni aspetti, alla sola potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dello stesso articolo 117, secondo comma, lettere m) e q), allorché si tratti di assicurare la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” o di disporre in tema di “profilassi internazionale” e quindi «la Commissione ritiene (...) che le norme di legge sulle vaccinazioni obbligatorie (e, comunque, quelle relative all'individuazione di tali vaccinazioni) siano ascrivibili al novero dei principi fondamentali alla cui osservanza è tenuta la legislazione regionale concorrente sia, soprattutto, all'ambito della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni socio-sanitarie che, per le elementari esigenze di uguaglianza prima ricordate, debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, nel rispetto degli obblighi internazionali relativi alla profilassi (anch'essi poggianti sulla solidarietà tra gli Stati e le popolazioni di altri Paesi)».*

La Corte costituzionale, argomentando quindi la riconducibilità della normativa in esame ai principi fondamentali di “tutela della salute”, consolida un orientamento fatto proprio in più pronunce, in particolare nelle [sentenze n. 169 del 2017](#), [n. 338 del 2003](#) e [n. 282 del 2002](#)⁴⁴. Il principio di diritto, comune denominatore dei citati precedenti giurisprudenziali, è sussumibile nell'assunto secondo cui il legislatore non può limitare o vietare il ricorso a determinate terapie sulla base di valutazioni di discrezionalità politica e senza far riferimento alcuno alla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche offerte da istituzioni ed organismi nazionali ed internazionali; inoltre, *«stabilire il confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia, collocandosi “all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettata come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica (sentenza n. 282 del 2002)”»*⁴⁵.

La [sentenza n. 5 del 2018](#) a ciò aggiunge che tali diritti della persona devono essere garantiti in condizioni di eguaglianza in tutto il paese e ciò può essere realizzato soltanto laddove intervenga una legislazione dello Stato che, proprio perché basata su evidenze che la comunità scientifica del panorama italiano ed internazionale condivide, sia in grado di garantire appieno quanto solennemente sancito dall'art. 32 della Carta costituzionale.

dall'esigenza di unitarietà della legislazione, nonché, richiamando la normativa precedente a quella del d.l. n. 73/2017, anche al criterio storico-normativo.

⁴⁴ R. BALDUZZI - D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI - G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, cit., 42, a tal proposito già evidenziavano che *«è da sempre pacifico che soltanto la legge statale sia legittimata a prevedere l'obbligatorietà del trattamento, non essendo tollerabile una diversa disciplina differenziata a livello regionale; tale conclusione (messa in dubbio in un caso isolato e peculiare: Corte cost. n. 154/1980), pur in mancanza di recenti decisioni puntuali, sembra tuttora indiscutibile sulla scorta della giurisprudenza costituzionale in materia di pratica terapeutica (spec. Corte cost. n. 282/2002 e n. 338/2003)».*

⁴⁵ Testualmente Corte cost., [sent. n. 338 del 2003](#); nello stesso senso anche la più recente [sent. n. 169 del 2017](#).

Ebbene, i tre precedenti evocati dalla Corte si riferiscono a situazioni diverse dall'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio⁴⁶, dovendosi infatti ricondurre all'annosa questione delle terapie ammesse o non ammesse e quindi alla possibilità per il legislatore regionale o statale di limitare o vietare il ricorso a determinati trattamenti sanitari. Tuttavia, seguendo lo stesso *iter* argomentativo tracciato nelle tre sentenze, il giudice delle leggi ha osservato che, se il confine fra terapie ammesse e non rientra nei principi fondamentali della materia, deve ancor più ritenersi che un trattamento sanitario obbligatorio, come la profilassi vaccinale, possa essere qualificato tale solo dallo Stato, ai sensi della disciplina di cui all'art. 117, comma 3, Cost.. Solamente lo Stato è infatti in grado di soddisfare le esigenze di eguaglianza purché, si badi bene, esso effettui tali scelte senza mai prescindere dalle valutazioni offerte dalla scienza medica accreditata⁴⁷. La Corte, proprio perché riconosce un ruolo primario al diritto alla salute, pretende che la previsione di un trattamento sanitario obbligatorio sia disposta dal legislatore statale e sia ancorata alle più affidabili acquisizioni scientifiche⁴⁸.

Il punto di intersezione fra il gruppo di sentenze della Corte costituzionale sull'appropriatezza delle pratiche terapeutiche e quella ora in esame, può essere individuato nel rapporto tra le scelte di discrezionalità del legislatore e le evidenze scientifiche; tuttavia la differenza fondamentale che avvalora ancor più la decisione di far rientrare la questione nell'ambito delle attribuzioni riconosciute al legislatore statale, sta nel fatto che, mentre per le terapie ammesse e non «*la regola di fondo di questa materia è costituita dall'autonomia e responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione*»⁴⁹, ciò non è vero anche per un trattamento sanitario obbligatorio. Nel caso della normativa sull'obbligatorietà delle vaccinazioni infatti, il medico non ha alcuno spazio per effettuare una scelta terapeutica e gli è permesso solo eventualmente di comprovare l'avvenuta immunizzazione a seguito di malattia naturale o consentire il differimento o l'omissione della profilassi attestando un pericolo per la salute del minore in relazione a specifiche condizioni mediche documentate. Anzi, lo stesso PNPV, al punto 9 degli obiettivi, si prefigge di sostenere il senso di responsabilità degli operatori sanitari, dipendenti e convenzionati con il SSN nonché l'adesione alle finalità di tutela della salute collettiva, prevedendo interventi sanzionatori nel caso si identifichi un comportamento di inadempienza. Nessun margine alla rivendicazione di una qualsivoglia sorta di *obiezione di coscienza* è lasciato né ai genitori e tutori dei minori, né tanto meno agli operatori sanitari. Le conseguenze sono molteplici, fra queste la circostanza che il medico, dovendo attenersi alle disposizioni della legge non potrà rimediare ad una loro eventuale obsolescenza, ad esempio suggerendo al paziente terapie alternative.

Infatti, quando si parla di vaccinazioni entrano in gioco una serie di diritti e doveri costituzionali che necessitano di un reciproco temperamento ed in questo contesto al legislatore spetta un margine di discrezionalità sul *come* proteggere la comunità dal rischio di diffusione di malattie infettive, «*potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo*»⁵⁰. Tuttavia, come si diceva, tale discrezionalità deve

⁴⁶ Nello specifico, nella [sent. n. 169 del 2017](#), interpretativa di rigetto in tema di sanità pubblica, razionalizzazione delle spese del servizio sanitario e norme del decreto-legge n. 78 del 2015, la Corte costituzionale ha chiarito che il legislatore non può limitare o vietare il ricorso a determinate terapie la cui adozione ricade nell'ambito dell'autonomia e della responsabilità dei medici; nelle [sentt. n. 282 del 2002](#) e n. [338 del 2003](#) la Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale delle leggi regionali che disponevano la sospensione obbligatoria di determinate pratiche terapeutiche (terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e di altri interventi di psichirurgia).

⁴⁷ Sul criterio di ragionevolezza nell'ambito della giustizia costituzionale, quando il legislatore assume valutazioni scientifiche e con riguardo anche alla sentenza in esame cfr. U. ADAMO, *Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge*, in questa [Rivista, Studi 2018/I](#), 313 ss.; sul rapporto tra la Corte costituzionale e le valutazioni tecnico-scientifiche vedere A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, in [Rivista telematica del Gruppo di Pisa](#), 2017.

⁴⁸ Così A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in [Federalismi.it](#), 2017, 16.

⁴⁹ Testualmente [Corte cost. sent. n. 282/2002](#).

⁵⁰ Così [Corte cost. sent. n. 5 del 2018](#), al punto 8.2.1.

imprescindibilmente essere esercitata nel rispetto delle conoscenze medico-scientifiche più accreditate e aggiornate⁵¹. Dunque, l'art. 1 comma 1-ter avviando per quattro vaccinazioni un sistema di monitoraggio periodico che prevede anche la possibilità di disporre la cessazione⁵², sembrerebbe poter rendere più flessibile la normativa consentendole di adeguarsi con più facilità all'inarrestabile progresso scientifico. Tale strumento, non a caso, è stato visto con favore dalla Corte che ha addirittura auspicato l'adozione di detto meccanismo di allentamento del grado di coazione anche per le restanti sei vaccinazioni.

Il richiamo all'eguaglianza, che nel caso in esame si declina nella necessità di soddisfare le esigenze unitarie⁵³ delle politiche vaccinali finalizzate al raggiungimento dell'immunità di gregge, è quindi il punto centrale del ragionamento della Corte in quanto, proprio ai principi fondamentali della materia si legano indissolubilmente le esigenze di unità ed eguaglianza sostanziale⁵⁴. Infatti, quando, con riferimento alla materia della tutela della salute, entra in gioco il fondamentale diritto alla salute in tutte le sue accezioni⁵⁵, la relativa disciplina normativa tende ad assumere i connotati del principio fondamentale e viene dunque attratta nella competenza del legislatore statale.

Del resto, quando la Corte si pronuncia su questioni inerenti la materia concorrente della "tutela della salute", si trova a ricondurre nell'ambito dei "principi fondamentali" gran parte dei criteri stabiliti dalla legislazione statale, richiamando altresì spesso le già note esigenze di eguaglianza⁵⁶. Tale orientamento infatti, si inserisce perfettamente in una giurisprudenza che, osserva la dottrina, a partire dal 2007 tende a «*riportare al centro*» ciò che la riforma del titolo V sembrava inizialmente collocare in periferia⁵⁷.

⁵¹ Sul punto C. SALAZAR, *La Corte costituzionale immunizza l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quaderni costituzionali*, II, 2018, 467, evidenzia che «*la ricerca della ragionevolezza nel bilanciamento fra tali principi esige inoltre che la discrezionalità politica si muova in coerenza con le acquisizioni della ricerca medica e gli indirizzi provenienti dagli organi tecnico-scientifici nazionali e sovranazionali*».

⁵² L'art. 1, comma 1-ter, del decreto-legge n. 73 del 2017, conv., con modif., nella l. n. 119/2017, prevede che il Ministero della Salute possa disporre la cessazione di quattro delle vaccinazioni obbligatorie con un decreto da adottare decorsi tre anni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 73/2017 e successivamente con cadenza triennale, purché siano sentiti il Consiglio Superiore di Sanità, l'AIFA, l'ISS, la Conferenza permanente dei rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari e comunque sulla base dei dati epidemiologici, delle eventuali reazioni avverse segnalate e delle coperture vaccinali raggiunte nonché degli eventuali eventi avversi alle vaccinazioni obbligatorie, verificati dalla Commissione per il monitoraggio dell'attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza;

⁵³ Sul principio unitario cfr. A. D'ATENA, *Il principio unitario nel sistema dei rapporti tra Stato e Regioni*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, II t., Napoli, 2004, 737 ss.; nonché M. SCUDIERO, *Interessi unitari e riparto delle competenze legislative dopo la riforma del Titolo V*, in F. MODUGNO (a cura di), *Attuazione e integrazione della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 57 ss. ed altresì M. RUOTOLO, *Le esigenze unitarie nel riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni: attuazione giurisprudenziale del Titolo V e prospettive di (ulteriore) riforma*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV t., Napoli, 2008, 2055 ss.

⁵⁴ D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1, 2018, 5.

⁵⁵ In particolare, D. MORANA, *La salute come diritto*, cit., 1 ss., spiega approfonditamente il «*carattere complesso*» del diritto alla salute.

⁵⁶ C. TUBERTINI, *La giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della salute di fronte alla nuova delimitazione delle competenze statali e regionali*, in *Astrid*, 2005, 18, evidenzia come l'ampliamento della nozione di *principio fondamentale della materia* sia stata ottenuta sia attraverso il richiamo alla particolare natura del fondamentale diritto alla salute che non ammette differenziazioni, sia con riferimento alla sussistenza di una pluralità di interessi e valori costituzionalmente protetti rispetto ai quali il legislatore statale potrebbe garantire un unitario punto di equilibrio.

⁵⁷ Testualmente D. MORANA, *La tutela della salute*, cit.; sul punto, A. IANNUZZI, *Regolamenti delle Regioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 152 ss., dalla riforma del Titolo V individua tre fasi della giurisprudenza costituzionale delineando poi quella che allora soltanto emergeva come una possibile quarta, in particolare: la prima fase, della prudente attesa, in cui la Corte palesa un sostanziale orientamento di continuità con la giurisprudenza precedente alla riforma; dal 2003 inizia la seconda fase, del salto in avanti, in cui le pronunce interpretano le disposizioni costituzionali nella direzione di razionalizzare l'assetto delle relazioni fra Stato e Regioni e soddisfare le esigenze di individuazione di istanze unitarie; la terza fase, successiva al quinquennio 2003-2008, di assestamento fra conferme e puntualizzazioni e la quarta fase connotata dalla considerazione del principio del coordinamento finanziario.

Che i principi fondamentali in materia di tutela della salute abbiano assunto nella giurisprudenza costituzionale contorni particolarmente ampi, è una tendenza che si conferma anche nelle più recenti pronunce. Si pensi alla [sentenza n. 66 del 2017](#), con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, della legge della Regione Piemonte 16 maggio 2016, n. 11, che consentiva l'impiego di apparecchi di autodiagnostica rapida per il rilevamento di trigliceridi, glicemia e colesterolo totale presso gli esercizi di vicinato e nelle medie e grandi strutture di vendita, mentre la legge statale prevedeva che detto impiego fosse ammissibile solo nelle farmacie. Orbene la Corte, nel censurare la disposizione regionale, sancisce che essa «è costante nel ritenere che i criteri stabiliti dalla legislazione statale relativi all'organizzazione dei servizi delle farmacie costituiscano «principi fondamentali» in materia di tutela della salute, in quanto finalizzati a garantire che sia mantenuto un elevato e uniforme livello di qualità dei servizi in tutto il territorio, a tutela di un bene, quale la salute della persona, «che per sua natura non si presterebbe a essere protetto diversamente alla stregua di valutazioni differenziate, rimesse alla discrezionalità dei legislatori regionali» (ex multis sentenza n. 255 del 2013)»⁵⁸.

La propensione ad attrarre la disciplina statale di un settore inerente la salute nell'ambito dei principi fondamentali della relativa materia, è anche ricaduta di quell'orientamento, in atto dal periodo di crisi economico-finanziaria degli ultimi due lustri, che porta al superamento dell'impiego di criteri oggettivi per differenziare i principi fondamentali dalle disposizioni di dettaglio⁵⁹. Infatti, la tendenza del legislatore statale di introdurre norme di dettaglio ed invadere gli spazi regionali è agevolata anche dalla mancanza di una netta e circoscritta definizione dei principi⁶⁰. Tant'è che, con riferimento al coordinamento della finanza pubblica, la Corte costituzionale, nelle [sent. n. 16/2010](#) e [n. 23/2014](#) ha ribadito come la nozione di “principio fondamentale” vada calibrata in base al contesto, al momento congiunturale in relazione ai quali l'accertamento va compiuto e alla peculiarità della materia⁶¹. Ancor prima, nella [sentenza n. 336/2005](#), la Corte si era inerpicata nell'affrontare il tema della natura dei principi fondamentali⁶², enunciando che *«l'ampiezza e l'area di operatività dei principî fondamentali (...) non possono essere individuate in modo aprioristico e valido per ogni possibile tipologia di disciplina normativa. Esse, infatti, devono necessariamente essere calate nelle specifiche realtà normative cui afferiscono e devono tenere conto, in modo particolare, degli aspetti peculiari con cui tali realtà si presentano»*.

6. Le «ragioni logiche prima che giuridiche»

Ricollegandosi alle fondamentali esigenze di eguaglianza, il giudice delle leggi sottolinea la necessità di adottare delle misure non differenziate da Regione a Regione ma omogenee su tutto il

⁵⁸ Il discorso, con riguardo all'organizzazione del Servizio farmaceutico è particolarmente complesso, qui si evidenzia che questa materia è stata ricondotta al titolo di competenza concorrente della tutela della salute, e, come riportato da G. CARPANI - D. MORANA, *Le competenze legislative*, cit., 97, la regolamentazione dell'attività economica di rivendita dei farmaci è preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti farmaceutici e, quindi, garantire la tutela del diritto alla salute, restando solo marginale il carattere professionale e l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista.

⁵⁹ Di cui parla A. D'ATENA, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni ed il ruolo della Corte costituzionale*, in *Rass. parlam.*, 2015, 9.

⁶⁰ Questo viene sottolineato da D. MORANA, *La tutela cit.*, 7, quando illustra come contribuisca a facilitare l'invasione dell'ambito riservato alla regione da parte del legislatore statale, la fisiologica debolezza del riparto verticale di competenze, basato su una demarcazione tra principio e dettaglio tutt'altro che rigida e sicura.

⁶¹ In tal senso cfr. A. D'ATENA, *Il riparto delle competenze*, cit., 6 ss. il quale dopo la riforma del titolo V distingue due fasi, la prima in cui la Corte è intervenuta con notevole creatività emancipandosi dalla sudditanza rispetto alle decisioni del legislatore centrale e rivelandosi il maggior fautore di attuazione della nuova disciplina costituzionale ed una seconda, segnata dall'inizio della crisi economico-finanziaria della fine se decennio scorso, avvertita soprattutto con riferimento alla competenza statale sul coordinamento della finanza pubblica, la quale, in particolare, si è trasformata in una competenza finalistica che consente allo Stato ogni tipo di intervento.

⁶² Cfr. B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, 2a ed., Giappichelli, Torino, 2009, 202.

territorio, e richiama una serie di documenti delle istituzioni sanitarie nazionali e internazionali⁶³ che definiscono l'obiettivo da perseguire in tema di profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie: l'immunità di gregge. Tale immunità consente una protezione sulla comunità sottoposta a profilassi, ma soprattutto tutela coloro che per specifiche condizioni cliniche non possono essere sottoposti a vaccinazione, tanto più se si ritiene che costoro, qualora contraessero queste pericolose malattie infettive, potrebbero incorrere in complicanze assai rischiose. In una situazione di scarsa immunizzazione della popolazione – tale da fare ritenere sussistenti i requisiti di necessità ed urgenza per l'adozione di una decretazione d'urgenza– per raggiungere gli obiettivi di copertura nazionale superiore al 95%⁶⁴ nel più breve tempo possibile, risulta imprescindibile l'adozione di una strategia unitaria su tutto il territorio nazionale.

Ecco allora perché «ragioni logiche prima che giuridiche», dice la Corte, implicano che per le Regioni siano vincolanti tutte le disposizioni statali, comprese quelle a contenuto specifico e dettagliato e ciò perché, nelle materie a competenza ripartita, a causa della finalità perseguita, alcune previsioni si possono porre in rapporto di coesistenzialità e di necessaria integrazione con le norme di principio che disciplinano il settore.

Conseguentemente, le norme che completano l'obbligo attraverso la previsione di sanzioni, debbono ritenersi assimilabili alla normativa di principio, non lasciando spazio all'intervento regionale se non, sottolinea la Corte, «con riguardo all'organizzazione dei servizi sanitari e all'identificazione degli organi competenti a verificare e sanzionare le violazioni».

I giudici rammentano quindi l'orientamento già assunto tempo addietro sulle norme statali concernenti il divieto di fumo (le [sentenze n. 63 del 2006](#) e la [n. 361 del 2003](#)) e secondo cui, sulla scorta di un interesse unitario non frazionabile⁶⁵, anche disposizioni specifiche che prevedono sanzioni amministrative od il procedimento per irrogarle o, ancora, l'accertamento delle trasgressioni, debbono essere valutate come coesistenziali ai principi fondamentali della tutela della salute.

Le sentenze evocate, in particolare, sono quelle relative alla disciplina sul fumo, in una di esse il giudice della legge ha dichiarato non fondata la questione proposta dalla Regione Toscana, secondo cui, in violazione dell'art. 117, commi 3 e 4, Cost., la legge statale che disciplinava il procedimento di accertamento delle infrazioni al divieto di fumo in locali chiusi aperti al pubblico, in quanto normativa di attuazione dei principi generali riservati allo Stato, sarebbe dovuta essere riconducibile alla competenza legislativa di dettaglio attribuita alle Regioni. In questa occasione, la Corte ribadisce il concetto di interesse unitario infrazionabile che giustifica un intervento del legislatore statale talmente *profondo* da escludere una disciplina regionale di dettaglio in materia di tutela della salute⁶⁶.

È quindi solo ed esclusivamente lo Stato a poter disciplinare la fattispecie da sanzionare nonché le relative sanzioni⁶⁷ per il «*parallelismo tra i due poteri (...) che comporta, in linea di principio, che la determinazione delle sanzioni sia nella disponibilità del soggetto al quale è rimessa la predeterminazione delle fattispecie da sanzionare*»⁶⁸. Il rischio che si tenta di scongiurare è quello che si realizzi un ennesimo svuotamento dell'obbligatorietà della vaccinazione se si consentisse alle

⁶³ Sulla ricostruzione del fatto tecnico-scientifico operato dalla Corte costituzionale e sulla valorizzazione dell'apporto degli organismi pubblici dotati di specifiche attitudini (ad esempio OMS, ISS e CNB) ed altresì sulla citazione di fonti esterne, si veda l'approfondita analisi di A. IANNUZZI, [L'obbligatorietà](#), cit., 88 ss. e diffusamente anche C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2018, 5 ss.

⁶⁴ L'OMS raccomanda, per garantire l'immunità di gregge, una soglia di copertura pari almeno al 90%, ma, per proteggere tutta la popolazione, anche coloro che per motivi di salute non possono sottoporsi a profilassi vaccinale, è importante non scendere sotto la soglia ottimale del 95%, in tal senso si è espresso l'Istituto Superiore di Sanità, nella relazione del 19 giugno 2017, consegnata alla Commissione Igiene e Sanità che operava in sede istruttoria legislativa sul disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 73/2017.

⁶⁵ D. MORANA, *La tutela della salute*, cit., 2018, 8.

⁶⁶ Sull'argomento cfr. G. CARPANI - D. MORANA, *Le competenze legislative*, cit., 116-117, nonché D. MORANA, *Tutela della salute*, in G. GUZZETTA - F.S. MARINI - D. MORANA (a cura di), *Le materie di competenza regionale*, Esi, Napoli, 2015, 588-589.

⁶⁷ Sempre G. CARPANI - D. MORANA, *Le competenze legislative*, cit., 117.

⁶⁸ Sent. [Corte cost. n. 361 del 2003](#).

single Regioni di legiferare norme di dettaglio che corroborano l'obbligo e capaci quindi di incidere sull'effettività delle disposizioni di principio. Inoltre, se vigesse per ogni regione una disciplina differente, oltre a non soddisfare le esigenze di uniformità, potrebbe essere messa a repentaglio la tutela della salute collettiva ed individuale, posto che la tutela di cui si parla riguarda un bene «non suscettibile di valutazioni differenziate»⁶⁹.

Nondimeno questa posizione assunta dalla giurisprudenza costituzionale non è esente da profili critici. La dottrina ha infatti rilevato che, se, portandola all'estremo, tale impostazione venisse applicata ogni qualvolta la differenziazione normativa regionale compromettesse la protezione uniforme della tutela della salute sul piano nazionale, «è evidente che la competenza regionale in materia finirebbe per essere del tutto svuotata»⁷⁰.

7. La profilassi internazionale e le norme generali sull'istruzione

Anche la previsione degli obblighi vaccinali dei minori stranieri rientra nella potestà legislativa dello Stato e si radica nell'ambito della tutela della salute. Ai minori stranieri, in quanto esseri umani, viene riconosciuto il *fondamentale* diritto alla salute che nel caso in esame si declina nella protezione garantita dalla copertura vaccinale. Inoltre, nel ragionamento fin qui esposto non si può non considerare che, qualora solo ed esclusivamente i minori cittadini italiani venissero immunizzati, il senso stesso di una profilassi vaccinale e gli obiettivi di immunità di gregge verrebbero vanificati.

Viene poi in rilievo il profilo competenziale, esclusivamente statale, relativo alla materia della profilassi internazionale. In particolare, questo titolo di competenza è strettamente collegato all'esigenza di garantire politiche vaccinali uniformi in tutto territorio nazionale. L'argomento risulta anche di particolare interesse se lo si rapporta ai dubbi che potrebbero sorgere con riguardo al sopracitato art. 1 comma 1-ter del d.l. n. 73/2017 come convertito dalla legge n. 119/2017. Ovverosia ci si potrebbe chiedere se la disciplina che prevede l'utilizzo di un decreto ministeriale per cessare alcuni obblighi vaccinali non leda la potestà regolamentare riconosciuta alle Regioni *ex art. 117, comma 6, Cost.* Difatti tale regola, osserva la dottrina e conferma la giurisprudenza, risulterebbe applicabile anche in presenza di un *oggetto ad imputazione multipla*⁷¹ e, in questo caso, la prevalente tutela della salute, in quanto materia legislativa concorrente, implicherebbe la competenza regolamentare delle Regioni. Invece, traspare dalla pronuncia, che la potestà regolamentare è esercitata dallo Stato in ragione della competenza legislativa esclusiva che esso vanta in base alla materia della profilassi internazionale. Illuminanti le parole della Corte secondo cui tale potestà legislativa esclusiva dello Stato rilevi «nella misura in cui le norme in questione servono (...) a garantire uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale».

Infine, la Corte osserva come tutte le disposizioni inerenti le iscrizioni e gli adempimenti scolastici rientrino anch'esse nel comma 2 dell'art. 117 Cost., potendo ricondursi a «norme generali

⁶⁹ Sent. [Corte cost. n. 63 del 2006](#).

⁷⁰ D. MORANA, *La tutela della salute*, cit.; nonché, nello stesso senso, D. PARIS, *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2007, 991, che, con riferimento alla [sent. 361 del 2003](#), rileva che «per definizione infatti, qualsiasi disposizione ricompresa sotto l'etichetta della "tutela della salute" deve necessariamente porre norme a protezione di quello stesso bene, insuscettibile di tutele territorialmente differenziate. In altre parole, la Corte sembra aver fatto uso del criterio finalistico-teleologico per distinguere ciò che è principio da ciò che dettaglio nell'ambito di una materia già di per sé definita in ragione del bene protetto, il che (...), avrebbe come paradossale conseguenza la potenziale attrazione dell'intera disciplina della materia nell'ambito dei principi fondamentali e la contestuale negazione di qualsiasi spazio per la normazione di dettaglio».

⁷¹ Sul punto A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 171, richiama la [sentenza della Corte costituzionale n. 187/2012](#) che ha annullato un regolamento statale il cui oggetto era riconducibile sia a materie di competenza esclusiva statale che concorrente stabilendo che «lo Stato può esercitare la potestà regolamentare solo nelle materie nelle quali abbia competenza esclusiva (da ultimo, sentenze n. 149 e n. 144 del 2012), non in un caso, come quello in esame, caratterizzato da una «concorrenza di competenze»».

sull'istruzione" e configurandosi come norme principali concernenti struttura ed organizzazione del sistema scolastico.

Alla luce dei molti titoli competenziali in capo Stato, le «*attribuzioni regionali recedono*», conclude la Corte.

Viene da sé che rimane poco spazio al legislatore regionale, essendogli preclusa anche l'adozione di leggi finalizzate ad implementare la tutela della popolazione dalle malattie infettive⁷². Il bilanciamento fra gli interessi in gioco è affidato al legislatore e viene calibrato da esso considerando l'intero impianto normativo concernente l'obbligatorietà della vaccinazione.

8. *Brevi conclusioni*

Quel che vale la pena ribadire, anche in sede di conclusioni, è l'importanza che questa pronuncia assume in un contesto quale era quello di una graduale dissipazione della cogenza dell'obbligo, dovuta alla convinzione da parte delle Regioni di poter legiferare in deroga alla disciplina statale. Tuttavia è chiaro che la competenza legislativa riconosciuta alle Regioni in questo ambito è pressoché assente ed il paventato *svuotamento* delle attribuzioni regionali in materia di tutela della salute sancite dall'art. 117, comma 3, Cost. altrettanto evidente. Si auspica quindi che, quando saranno raggiunti negli anni a venire gli obiettivi di immunizzazione prefissati dalla comunità scientifica, si terrà debitamente in considerazione l'opportunità di formulare soluzioni giuridiche che possano valorizzare il ruolo delle Regioni, sostenendo sì le esigenze di differenziazione, ma senza compromettere la garanzia del fondamentale diritto alla salute⁷³.

Allo stato attuale non può comunque escludersi che l'impianto normativo ora vigente possa essere presto modificato⁷⁴. A riguardo si augura però che, sulla scorta dei principi di diritto sanciti della Costituzione e arricchiti dalla giurisprudenza costituzionale, un futuro ed ipotetico intervento legislativo possa operare nel pieno rispetto dell'ordinamento giuridico, conscio dell'importanza di un tema così delicato come la tutela della salute della collettività ma anche, e soprattutto, dell'individuo.

⁷² A. PATANÈ, *Obbligo di vaccinazione e riparto di competenze legislative*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1, 2018, 265, evidenzia come però resterebbe in capo al legislatore regionale la potestà di prevedere un ampliamento delle coperture vaccinali per far fronte ad emergenze epidemiologiche locali; in precedenza, già V. MOLASCHI, *Verso il superamento*, cit., 102, osservava che «*spazi per la legge regionale in materia di determinazioni di vaccinazioni obbligatorie sembrano configurabili solo in ipotesi in cui il legislatore statale, riconoscendo l'inesistenza di un interesse della collettività nazionale ad un determinato vaccino, demandi a quello regionale l'imposizione di trattamenti sanitari strettamente correlati ad esigenze epidemiologiche locali, dettando peraltro i criteri generali da seguirsi dalla legge regionale*» ma che comunque tale ragionamento troverebbe applicazione per le vaccinazioni speciali, previste per soggetti specifici in relazione allo svolgimento di determinate attività.

⁷³ A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà*, cit., 95-96, auspica infatti l'opportunità di ripristinare il modello della persuasività.

⁷⁴ Da ultimo si evidenzia che, nella giornata del 6 agosto 2018, il Senato ha approvato il d.d.l. n. 717 di conversione del d.l. 25 luglio 2018, n. 91, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative (c.d. *milleproproghe*) e pubblicato in *G.U.* 25 luglio 2018, n. 171; tra le modifiche apportate dal Senato al testo del d.l. n. 91/2018 vi è la posticipazione all'anno scolastico 2019/2020 della disposizione che prevede come requisito di accesso ai servizi educativi per l'infanzia e le scuole dell'infanzia la presentazione della documentazione comprovante l'effettuazione delle vaccinazioni obbligatorie. La modifica approvata dal Senato ha nuovamente acceso il dibattito sul tema dell'obbligatorietà delle vaccinazioni che probabilmente proseguirà anche nei prossimi mesi, posto che la discussione alla Camera dei Deputati del d.d.l di conversione del decreto-legge *milleproroghe* è stata fissata per l'11 settembre 2018.

Antonio Ruggeri
Taricco, amaro finale di partita

SOMMARIO: 1. I due piani sui quali è ambientato lo studio. – 2. L'uso disinvolto fatto dalla Consulta delle tecniche decisorie (con l'adozione di una pronunzia d'infondatezza dagli effetti sostanzialmente *erga omnes*, al posto di una d'inammissibilità per irrilevanza della questione) e il discutibile assunto secondo cui al solo giudice costituzionale compete di dire l'ultima parola in ordine al superamento dei "controlimiti" da parte del diritto sovranazionale. – 3. La discussa questione se nella circostanza siano stati, o no, fatti valere i "controlimiti" e la gracilità teorica del riferimento al principio di determinatezza delle norme incriminatrici. – 4. La parziale e a conti fatti distorsiva accezione d'identità costituzionale fatta propria dal giudice costituzionale e la sua problematica distinzione rispetto a ciò che fa le "tradizioni costituzionali comuni". – 5. Le ragioni dello spostamento del tiro, rispetto alla [24 del 2017](#), dalle tradizioni comuni ai principi costitutivi dell'identità costituzionale e la diversa *ratio* posta a sostegno della odierna pronunzia, ispirata alla "logica" della separazione degli ordinamenti, non già – come invece la prima – a quella della loro integrazione. – 6. Al tirar delle somme: lo svilimento operato dalla decisione in commento del ruolo sia della Corte dell'Unione che dei giudici comuni e la stanca riproposizione di un modello di *civil law* ormai obsoleto.

1. I due piani sui quali è ambientato lo studio

Su *Taricco* ormai si è detto praticamente di tutto, pur se da diversi e persino opposti angoli visuali e con svolgimenti teorico-ricostruttivi essi pure di vario segno.

Non intendo qui né ripercorrere la vicenda, a tutti nota ed alla cui descrizione molti anche di recente si sono dedicati¹, né indugiare in un'analitica illustrazione della pronunzia della Consulta [115 del 2018](#) che ne ha sancito la chiusura, nelle cui pieghe si annidano profili pure meritevoli di ogni considerazione che, con ogni probabilità, saranno portati alla luce col tempo; e, invero, la decisione è un'autentica miniera di spunti (alle volte appena accennati, altre maggiormente sviluppati) che, man mano che se ne avrà l'occasione, potranno prestarsi a vari esiti ricostruttivi. Mi soffermo qui solo su un paio di essi, ai quali reputo che si debba prestare la maggiore attenzione, cui seguirà una notazione finale di ordine generale con riferimento al modo di essere dei rapporti interordinamentali, quale traspare in controluce dalla decisione in parola.

Ambiente il mio esame su due piani: quello delle tecniche decisorie e l'altro dei rapporti (e degli equilibri) di ordine istituzionale. Due piani solo apparentemente distinti e, come tali, suscettibili di separata considerazione, ma che, in realtà, come si tenterà di mostrare, si intersecano in più punti, obbligando a continui rimandi dell'esame dall'uno all'altro.

Quanto al primo, è da chiedersi come la Consulta intenda far uso degli strumenti decisori di cui dispone, dei quali peraltro, come si sa, essa stessa si è in larga misura dotata, facendone quindi oggetto di un quotidiano ed ininterrotto lavoro di rifinitura, del quale anche la decisione di oggi rende una eloquente testimonianza.

Quanto al secondo, la Corte con un sol colpo dipinge, con pennellate a mia opinione a tinte fosche, il quadro dei rapporti che punta nel prossimo futuro ad intrattenere con la Corte dell'Unione per un verso, coi giudici comuni per un altro, e, allo stesso tempo in cui fornisce una certa rappresentazione del ruolo che – a suo dire – a questi ultimi tocca esercitare, offre altresì indicazioni in merito agli equilibri che dovrebbero aversi tra i giudici stessi e il legislatore, consegnando così

¹ V., part., S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l' "evoluzione" dei controlimiti attraverso il "dialogo" tra le Corti dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 2/2018, 20 giugno 2018, e, ora, AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018; tra i contributi precedentemente apparsi, faccio qui richiamo solo di AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, Napoli 2017, e AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Giuffrè, Milano 2017.

una immagine chiara (ma non per ciò, a mio modo di vedere, fedele ed adeguata ai tempi) del modo complessivo di essere dell'ordinamento, del suo rinnovarsi e trasmettersi nel tempo, specie nella presente congiuntura connotata da un'avanzata, seppur non poco sofferta, integrazione sovranazionale.

2. *L'uso disinvolto fatto dalla Consulta delle tecniche decisorie (con l'adozione di una pronuncia d'infondatezza dagli effetti sostanzialmente erga omnes, al posto di una d'inammissibilità per irrilevanza della questione) e il discutibile assunto secondo cui al solo giudice costituzionale compete di dire l'ultima parola in ordine al superamento dei "controlimiti" da parte del diritto sovranazionale*

Al primo piano è dato, a mia opinione, riscontrare una irrisolta aporia di costruzione, conseguente ad un uso alquanto "libero" (e, diciamo pure, disinvolto) delle tecniche decisorie, del quale per vero nella giurisprudenza, specie la più recente, si rinvengono numerose e probanti testimonianze²: indice eloquente di una marcata e crescente tendenza alla politicizzazione dei giudizi di costituzionalità che, se ulteriormente coltivata, rischia di portare allo smarrimento stesso dell'anima giurisdizionale – come si è soliti chiamarla – della Corte³. Non è raro infatti riscontrare un uso promiscuo di strumenti di decisione dalla natura diversa, ai quali nondimeno si riportano effetti sostanzialmente non dissimili. Nel caso odierno, il tono perentorio del linguaggio adoperato e i suoi contenuti particolarmente marcati ed incisivi non lasciano adito al dubbio che, pur essendo la pronuncia in commento di rigetto, aspiri ad avere – com'è stato prontamente rilevato dai primi annotatori⁴ – effetti *erga omnes*, tracciandosi in essa una linea di comportamento cui gli operatori (e, segnatamente, i giudici) sono tenuti rigorosamente a conformarsi⁵. Allo stesso tempo, il rigetto della questione – come si dirà a momenti –, anziché aversi, come avrebbe dovuto, a mezzo di una pronuncia d'inammissibilità, si è avuto con una d'infondatezza.

Quanto, poi, al secondo piano, diversamente dalla risposta data dalla Corte dell'Unione alla domanda postale in via pregiudiziale dalla Consulta, nella quale l'apprezzamento discrezionale dei

² Basti solo pensare all'uso (e non uso...) che si è ripetutamente fatto del canone della rilevanza, secondo quanto si mostrerà a momenti proprio con riguardo al caso nostro (in argomento, in termini generali, di recente, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. 67 ss.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. 131 ss. e 151 ss. e, con specifico riguardo alle vicende delle leggi elettorali, per tutti, A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, spec. 127 ss.).

³ Si è fatto più volte notare che, proprio nel momento in cui la Corte si discosta dai canoni che presiedono all'esercizio delle sue funzioni, nel modo più vistoso ne soffre la giurisdizionalità della giurisdizione costituzionale [variamente sul punto, tra gli altri, C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna 2012; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa, 15 dicembre 2016), a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017].

⁴ C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in [Diritti Comparati](#), 5 giugno 2018, e S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi*, cit., 22.

⁵ Muovo qui dall'assunto, nel quale dottrina e giurisprudenza (anche costituzionale) corrente si riconoscono, secondo cui le decisioni di rigetto sarebbero inidonee a produrre effetti generali; in altri luoghi, ho tuttavia tentato di argomentare la tesi secondo cui tale assunto meriterebbe di essere fatto oggetto di critico ripensamento (v., dunque, il mio *Storia di un "falso". L'efficacia erga omnes delle decisioni di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, con le ulteriori precisazioni che sono nel mio *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.).

giudici nazionali era rappresentato in termini articolati e flessibili e comunque nella sua essenza salvaguardato, qui del compito ad essi assegnato si dà una rigida e schematica rappresentazione, facendo di tali operatori dei meri esecutori di un “modello” di comportamento dalla stessa Consulta messo a punto in ogni sua parte e bisognoso, pertanto, di essere puramente e semplicemente applicato, a scatto automatico e senza il riconoscimento di alcun margine di scelta.

La Corte muove da una premessa che giudica indiscutibile e che peraltro perfettamente s’inquadra in un disegno che va ultimamente perseguendo con molta lucidità e determinazione, orientato ad un forte recupero del sindacato accentrato nelle questioni di “comunitarietà-costituzionalità”, del quale la più emblematica testimonianza si è avuta – come da molti rilevato (ora con compiacimento, ora tra non poche ed argomentate riserve) – con la [sent. n. 269 del 2017](#). La premessa è che al solo giudice costituzionale compete dire l’ultima parola per ciò che attiene alla osservanza dei “controlimiti”.

Quest’affermazione ha una duplice proiezione: la prima (e più evidente) al piano dei rapporti coi giudici comuni, i quali pur laddove abbiano la certezza (e non il mero sospetto) circa il superamento dei “controlimiti” stessi da parte del diritto sovranazionale, non possono far altro che investire la Consulta della relativa questione, e la seconda al piano dei rapporti con la Corte dell’Unione, alla quale s’indirizza il chiaro messaggio secondo cui nessuno spazio può esserle riconosciuto in ordine alla ricognizione dei principi fondamentali di diritto interno, siccome elementi costitutivi ed espressivi – si fa notare nella pronuncia in esame in modo insistito – dell’identità costituzionale dell’ordinamento statale.

La pronuncia in commento non spende alcuna parola in merito al rilievo che per la stessa Unione va assegnato ai principi di struttura degli ordinamenti degli Stati membri, in quanto fatti oggetto di richiamo nell’art. 4.2 TUE: nulla, dunque, in essa si dice circa la c.d. “europeizzazione” dei controlimiti che, a stare ad una certa ricostruzione teorica⁶, si sarebbe avuta per effetto del disposto in parola, la cui interpretazione – piaccia o no alla Consulta⁷ –, a motivo della natura del documento che lo ospita, è in primo luogo rimessa proprio alla Corte dell’Unione, né dunque si dà alcun riconoscimento a riguardo del concorso che, per la sua parte, il giudice lussemburghese potrebbe offrire alla messa a punto degli equilibri tra gli ordinamenti laddove siano in gioco i principi suddetti. Il messaggio è, come si diceva, chiaro, risolutamente affermato: nessuna condivisione di responsabilità può aversi né con i giudici interni né con altri laddove si tratti di stabilire quali sono e come operano i principi in parola.

Tutto ciò posto, ad avviso della Consulta, ogni qual volta considerino intaccati i “controlimiti”, i giudici comuni sarebbero *in ogni caso* tenuti a sollevare una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la “normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto”⁸, dunque in buona sostanza la legge di esecuzione del trattato “*nella parte in cui...*”. All’accertamento della violazione, tuttavia, non dovrebbe far seguito l’annullamento (con effetti relativi) di tale atto ma, *direttamente ed esclusivamente*, la “non applicazione” della norma sovranazionale che se ne sia resa responsabile. A quanto pare, perciò, non si avrebbe la “non applicazione” *quale conseguenza dell’annullamento*, ai sensi dell’art. 30, l. n. 87 del 1953, o, se più piace dire così, quale effetto discendente dall’effetto dell’annullamento, ma solo la prima. Solo che, se le cose stessero davvero così, la pronuncia che stabilisca l’obbligo di “non applicazione” dovrebbe essere d’inammissibilità per irrilevanza della questione, non già – come invece qui si è avuto – d’infondatezza⁹.

D’altro canto, il rigetto della questione per irrilevanza si ha per il caso, *quodammodo* opposto a

⁶ ... della quale ho patrocinato l’accoglimento a partire dal mio *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Giappichelli, Torino 2006, 827 ss.

⁷ ... e, a quanto pare, non piace (v., infatti, quanto se ne dice subito appresso).

⁸ Punto 8 del *cons. in dir.*

⁹ Di “un’elegante forzatura” del requisito della rilevanza ha discorso P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in [Diritti Comparati](#), 5 giugno 2018; e così pure, in buona sostanza, anche altri.

quello ora in considerazione, che si porti alla cognizione della Corte un'antinomia tra norma interna e norma sovranazionale *self-executing* e rispettosa dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, nel qual caso l'operatore – come si sa – è chiamato a “non applicare” la prima norma ed a fare subito posto in sua vece alla seconda¹⁰, non già appunto a rivolgersi alla Consulta¹¹. Francamente, non si capisce (perlomeno, non riesce a me di capire) perché mai dovrebbero essere trattate diversamente, al piano delle tecniche decisorie, l'una e l'altra specie di “non applicazione” qui poste a raffronto.

V'è però di più. E, invero, malfermo appare essere proprio il punto fissato dalla Consulta in partenza del suo ragionamento, peraltro esposto anche in occasioni diverse da quella odierna.

La Corte non si interroga circa il modo di essere della violazione dei principi supremi, la entità o gravità della stessa: non s'immagina, cioè, il caso che possa aversi – com'è stato detto da una sensibile dottrina¹² –, anziché una mera *incostituzionalità*, un'*anticostituzionalità* della norma che se ne renda responsabile, ovverosia – come altri preferisce dire¹³ – che si abbia una *invalidità in senso forte*, quale causa di *inesistenza* della norma che ne sia affetta, non già una *in senso debole*, quale causa del suo *annullamento*.

Senza che si possa qui far luogo ad un approfondimento teorico sul punto, pure di cruciale rilievo, sta di fatto che, secondo un aureo e risalente insegnamento, *quod nullum est nullum producit effectum*. Ebbene, proprio su ciò potrebbe, dunque, fondarsi il potere dei giudici comuni di rilevare subito, *motu proprio*, la inesistenza in parola, senza che si possa (o, quanto meno, che necessariamente si debba) allo scopo adire la Consulta.

In realtà, la Corte si mostra avvertita della possibilità di “graduare” le forme o le specie della invalidità, di cui ha dato testimonianza in un caso pure animatamente discusso, di cui alla [sent. n. 238 del 2014](#), nella quale è espressamente qualificata come *inesistente* (dal punto di vista del diritto interno) la norma non scritta di adattamento automatico di una norma internazionale incompatibile con principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale¹⁴; ancora una volta, tuttavia, non ne fa discendere alcuna conseguenza per ciò che attiene al modo del suo accertamento rispetto al caso della mera invalidità (debole) quale causa di annullamento, in particolare non ammette che su ciò possa radicarsi la competenza del giudice comune in ordine all'accertamento medesimo.

È poi appena il caso di precisare che non può in partenza escludersi neppure la eventualità che il giudice sospetti la duplice violazione da parte di norma interna nei riguardi di norma sovranazionale incompatibile coi principi fondamentali e della prima con questa o quella norma costituzionale. Nuovamente, poi, sia l'una che l'altra antinomia ovvero solo questa o quella potrebbero rivelarsi di tipo forte: l'operatore, dunque, dovrebbe, a parer mio, adire la Consulta unicamente per quella o quelle di tipo debole, mentre è da considerare abilitato a definire da solo il caso per quella o quelle

¹⁰ ... con la sola eccezione – perlomeno a tutt'oggi – che l'antinomia si abbia, a un tempo, nei riguardi di norma della Costituzione e di norma, con questa sostanzialmente coincidente, della Carta di Nizza-Strasburgo, ancorché *self-executing*, secondo quanto stabilito dalla discussa (e discutibile) [sent. n. 269 del 2017](#).

¹¹ È nondimeno evidente che, una volta che quest'ultima sia chiamata in campo, dovrebbe comunque, *motu proprio*, rilevare la compatibilità della norma eurounitaria rispetto ai principi fondamentali quale presupposto per la dichiarazione d'inammissibilità della questione. Come ha fatto notare la stessa giurisprudenza sulla CEDU inaugurata nel 2007, preliminarmente al giudizio è il riscontro della idoneità della norma interposta a fungere da parametro; e questo vale *in ogni caso*, anche dunque in quello che il giudice male abbia fatto ad adire la Corte.

¹² A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.

¹³ R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

¹⁴ Contrariamente a quanto da altri ritenuto, a mio modo di vedere, nella circostanza la Corte non ha affermato che ogni antinomia tra una norma internazionale generalmente riconosciuta e un principio fondamentale sia *sempre* da considerare causa di inesistenza della prima ma solo che *in quel caso* le cose stavano così. Rimane, dunque, fatta salva la eventualità di graduare, anche con riguardo a siffatta specie di antinomie, le forme della invalidità [maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dai 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, Studi 2014](#), 17 novembre 2014, e [Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili “seguiti” della 238 del 2014?](#), [ibid.](#), [Studi 2015/I](#), 178 ss..

di tipo forte¹⁵.

Un'ultima notazione sul punto, a riguardo della soluzione della “non applicazione” oggi patrocinata dalla Consulta. Rammento che io stesso ne ho caldeggiato da tempo l'adozione in relazione ai conflitti tra CEDU e Costituzione¹⁶ proprio al fine di evitare l'esito traumatico dell'annullamento della legge di esecuzione “*nella parte in cui...*”. Facendo valere (a ruoli invertiti, a beneficio dunque del diritto interno) anche per siffatta specie di antinomia la “logica” fatta propria da [Corte cost. n. 170 del 1984](#) per i conflitti tra norme nazionali e norme sovranazionali *self-executing* rispettose dei controlimiti, si dovrebbe dunque discorrere di una “irrelevanza” della norma recessiva al fine della risoluzione del caso, conseguente alla violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Solo che – come si diceva – *la irrilevanza della norma pianamente attrae a sé la irrilevanza della questione che l'abbia ad oggetto*¹⁷.

Come si vede, per la tesi qui patrocinata, ne verrebbe sottolineato il ruolo del giudice comune, sollecitato ad assumersi fino in fondo le proprie responsabilità a seguito di accertamenti che invero possono risultare di non poco né lieve impegno teorico-pratico, specie in talune vicende particolarmente complesse. Non si capisce tuttavia per quale ragione, in presenza di un urto frontale, macroscopico, causato da una norma sovranazionale nei riguardi di uno o più principi fondamentali possa considerarsi inibito al giudice l'accertamento della inesistenza della norma stessa e, di conseguenza, la sua irrilevanza per il caso¹⁸.

È singolare, ad ogni buon conto, l'esito che parrebbe prefigurato dalla decisione in commento, secondo cui il giudice sarebbe comunque tenuto a prospettare alla Consulta il dubbio sulla conformità a Costituzione della legge di esecuzione del trattato “*nella parte in cui...*” ma poi la Consulta stessa, rilevata la illegittimità, dovrebbe limitarsi ad *accertarla* (ma non a *dichiararla*), sollecitando pertanto il giudice remittente (e però anche ogni altro operatore) con decisione d'infondatezza a “non applicare” la norma sovranazionale lesiva dei controlimiti.

3. La discussa questione se nella circostanza siano stati, o no, fatti valere i “controlimiti” e la gracilità teorica del riferimento al principio di determinatezza delle norme incriminatrici

Già all'indomani della decisione qui annotata i commentatori si sono divisi a riguardo dell'utilizzo in essa dei “controlimiti”, per alcuni fatti valere e per altri non più opposti (dopo che

¹⁵ Potrebbe, dunque, assistersi all'applicazione diretta della Costituzione laddove tanto la norma sovranazionale quanto quella interna meritino di essere sanzionate col meccanismo della “non applicazione” siccome afflitte da invalidità di tipo forte: in una congiuntura siffatta, non rimarrebbe altra soluzione che quella di far subito uso della Costituzione, o meglio della stessa nel suo integrarsi con le altre Carte, secondo quanto si farà notare a momenti discorrendo del rapporto che tra tutti i documenti “tipicamente costituzionali” si intrattengono.

¹⁶ ... nel mio *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro, Pisa 4-5 giugno 2010, a cura di F. Dal Canto e E. Rossi, Giappichelli, Torino 2011, 149 ss., spec. 168 ss.; ed è interessante notare che la giurisprudenza, a far data da Corte [cost. n. 311 del 2009](#), parrebbe essersi orientata nel senso qui nuovamente patrocinato, con la sola, rilevante eccezione relativa al peculiare caso trattato da [Corte cost. n. 269 del 2017](#). Sull'accostamento della soluzione invalsa al piano dei rapporti tra diritto dell'Unione e diritto interno e quelli che quest'ultimo intrattiene con la Convenzione, v. anche 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.*, 3/2014, 3027 in nt. 9.

¹⁷ Si rammenti ciò che è scritto nella [sent. n. 170](#), cit.: “L'effetto connesso con la sua vigenza [della norma sovranazionale] è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale”.

¹⁸ Com'è chiaro, la soluzione ora prospettata al piano delle relazioni interordinamentali può valere anche per quelle intraordinamentali, riconoscendosi dunque al giudice comune il potere-dovere di rilevare subito la “anticostituzionalità” di una norma di legge, tanto se contraria ad una norma-parametro inespressiva di un principio fondamentale quanto (e a maggior ragione) se incompatibile con quest'ultimo. Che, poi, i contrasti che determinano la inesistenza di una norma di legge siano assai meno frequenti di quelli che ne giustificano l'annullamento è un dato, peraltro tutto da verificare, di rilievo meramente statistico, del tutto indifferente per la teoria costituzionale.

erano stati esposti nella [ord. n. 24 del 2017](#)) a seguito del vistoso passo indietro fatto dalla Corte dell'Unione nella sua risposta alla domanda di rinvio¹⁹. Questi stessi autori, nondimeno, non hanno fatto passare sotto silenzio le differenze d'impostazione e di svolgimenti argomentativi presenti nella seconda pronuncia della Corte suddetta e in quella di chiusura della vicenda emessa dalla Consulta.

A mio modo di vedere, malgrado la decisione si presenti *quoad formam* di rigetto, il tono perentorio di alcune sue affermazioni e, soprattutto, la sua dichiarata ambizione a valere – come si diceva – *erga omnes* depongono a favore della tesi secondo cui nella sostanza i “controlimiti” sono stati messi in campo. Non a caso, d'altronde, il giudice costituzionale si spinge qui a rilevare in modo secco che la c.d. “regola Taricco” non può ricevere *in alcun caso* applicazione, a motivo del suo urto frontale col principio di determinatezza in materia penale²⁰, prefigurando una esposizione permanente del “controlimite” suddetto.

Qui, lo stacco è palese rispetto alla più sfumata ed articolata posizione assunta dalla Corte dell'Unione nella *Taricco-bis*, segnatamente nella parte in cui rimette ai giudici il riscontro del rispetto del principio in parola. E non è inopportuno notare che anche i più convinti e severi critici della prima decisione del giudice dell'Unione hanno dovuto riconoscere, annotando la decisione in commento, la gracilità teorica del richiamo fatto dalla Consulta, in modo risoluto, al principio stesso²¹.

In realtà, su siffatto carattere delle norme incriminatrici ci sarebbe molto da dire, già con riguardo alla questione teorica preliminare concernente la sua sufficienza e il modo o i modi del suo riscontro²². Numerose sono – come si sa – le norme incriminatrici che rimettono al giudice apprezzamenti anche largamente discrezionali, a riempimento di un quadro di cui la legge consegna agli operatori unicamente la cornice; anche, poi, per ciò che attiene alla quantificazione della pena, le stesse norme in discorso chiamano il giudice ad indagini sui fatti penalmente rilevanti che non di rado si svolgono su un terreno infido e scivoloso. Com'è stato fatto notare da una sensibile dottrina²³, la stessa vituperata formula adoperata nella prima *Taricco* relativa al “numero considerevole di casi” di frodi fiscali perpetrate a danno delle casse dell'Unione non è – se ci si pensa – molto diversa da quella che fa riferimento alla reiterazione del reato o, se posso fare un accostamento che non vorrei fosse considerato irriverente, da quel “quante volte?” con cui, in sede di confessione dei peccati, i sacerdoti erano solito interrogare (e non saprei dire se ancora oggi interrogano) i peccatori pentiti prima di stabilire di quale penitenza gravarli al fine dell'assoluzione.

Il vero è che il riferimento alla carenza di determinatezza risponde qui ad una precisa strategia processuale gravida di implicazioni di ordine istituzionale. L'obiettivo dichiarato è infatti quello stesso enunciato per ciò che attiene all'accertamento dei controlimiti e del loro eventuale

¹⁹ Di una “occulta affermazione” dei controlimiti ha discorso M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 11 luglio 2018, § 6; sostanzialmente dello stesso avviso anche S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi*, cit., 20, che rinvia nel riferimento al ruolo del giudice comune il richiamo ai “controlimiti”; diversamente, invece, C. AMALFITANO - O. POLLICINO, nello scritto dietro cit.

²⁰ Lapidaria al riguardo la chiusa della decisione: “la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada *senza eccezioni* all'ingresso della ‘regola Taricco’ nel nostro ordinamento” (mio, ovviamente, il corsivo). Diverso, invece, l'orientamento manifestato da [Cass., sez. IV, 20 marzo 2018, n. 17401](#), che ha giudicato inapplicabile la “regola Taricco” unicamente ai reati commessi entro l'8 settembre 2015; e sarà da vedere se la pronuncia qui annotata farà cambiare idea al giudice della nomofilachia o se il conflitto tra le Corti s'inaspirerà ulteriormente (tornerò sul punto sul finire di questa riflessione).

²¹ V., part., V. MANES, *Taricco, finale di partita*, in AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, cit., 416.

²² ... oltre che in merito alla coerenza dell'accezione di determinatezza qui propugnata con quella fatta propria in precedenti pronunzie della Consulta (M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, cit., § 10).

²³ M. CAIANIELLO, *Quel che resta del dialogo*, in AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, cit., 410.

superamento: appiattare, fino ad azzerare e svilire, il ruolo dei giudici comuni, senza peraltro – si faccia caso – far espandere, per la legge del contrappasso, quello del legislatore. Non a caso, in più di un commento alla decisione in esame²⁴ si fa giustamente notare che in essa non s'indirizza, neppure in modo blando e sfumato, alcuna sollecitazione al legislatore perché riveda la disciplina della materia e ne colmi le rilevate e gravi carenze. Il richiamo, già presente nella [ord. 24 del 2017](#), alla tradizione che connota la struttura degli ordinamenti di *civil law*, alla cui famiglia anche il nostro appartiene, non riceve dunque nella pronuncia in commento il suo lineare e conseguente svolgimento per ciò che attiene alla riforma del regime delle prescrizioni o al suo passaggio dal campo del diritto penale sostanziale a quello processuale²⁵ e a quanto si rende comunque indispensabile al fine di assicurare il congruo, doveroso rispetto delle istanze facenti capo all'ordinamento dell'Unione. Il fuoco della questione – come si diceva – è tutto nel principio di determinatezza la cui lesione ridonda in una intollerabile menomazione della nostra identità costituzionale. Nulla di più e nulla di meno di questo.

Siamo però davvero sicuri che siffatta menomazione si abbia? E cos'è che fa o dà l'identità in parola?

4. La parziale e a conti fatti distorsiva accezione d'identità costituzionale fatta propria dal giudice costituzionale e la sua problematica distinzione rispetto a ciò che fa le “tradizioni costituzionali comuni”

Il vero è che il ragionamento fatto nella pronuncia in commento attorno al perno della determinatezza ed alla sua afferenza alla identità costituzionale appare essere eccessivamente semplificato, approssimativo, tranciante, laddove avrebbe meritato ben altri e più articolati svolgimenti argomentativi a suo sostegno.

Lo stesso, insistito richiamo a ciò che è e che fa la identità costituzionale avrebbe dovuto accompagnarsi a talune precisazioni stranamente rimaste qui inesplicitate. Colpisce, in particolare, a giudizio di molti annotatori²⁶, lo slittamento qui operato rispetto alla [ord. 24 del 2017](#), con l'inaspettato recupero dei principi connotativi della identità suddetta, laddove nella pronuncia dell'anno scorso si era invece puntato soprattutto sulle “tradizioni costituzionali comuni”, non rispettate dalla prima decisione su *Taricco* della Corte dell'Unione.

Due soli, rapidi rilievi sul punto.

Il primo.

Identità e tradizioni non sono necessariamente cose nella sostanza diverse, così come invece sono teoricamente rappresentate anche dalla più sensibile dottrina; ed anzi – a giudizio della Consulta – non possono *in alcun caso o modo* esserlo, per la elementare ragione che la nostra Corte non potrebbe mai accedere (e giustamente, dal suo punto di vista) all'ordine di idee secondo cui si danno tradizioni “comuni” alla cui formazione non concorrano altresì, e con centralità di posto,

²⁴ V., part., P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, cit.

²⁵ Francamente inspiegabile l'irrigidimento sul punto, così come non adeguatamente argomentata appare essere l'affermazione secondo cui la stessa Costituzione imporrebbe siffatta collocazione della disciplina in oggetto. Evidente, poi, lo scarto tra la posizione della Consulta e quella della Corte di giustizia, quale riconfermata anche nella *Taricco-bis*; e sarà interessante vedere come si pronunceranno le due Corti sulla direttiva del 5 luglio 2017, relativa alla lotta alle frodi fiscali, che fa obbligo di armonizzare i regimi della prescrizione muovendo dall'assunto della natura processuale di questa.

²⁶ V., part., nuovamente, C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien*, cit. Rammento che lo stesso Pollicino, in alcune riflessioni fatte con M. Bassini, aveva già patrocinato la tesi volta a far leva, piuttosto che sulla salvaguardia della identità costituzionale, sulle tradizioni costituzionali comuni (v. M. BASSINI - O. POLLICINO, *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, in [Verfassungsblog](#), 2 agosto 2017, nonché in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 settembre 2017, e, degli stessi AA., *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in [Verfassungsblog](#), 5 dicembre 2017, e in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 11 dicembre 2017); e questo suggerimento è stato – come si sa – raccolto dalla [ord. 24](#), cit.

anche i *nostri* principi fondamentali. Sappiamo che, in realtà, le tradizioni in parola sono frutto di elaborazioni, ora più ed ora meno raffinate e tuttavia pur sempre fortemente innovative, operate dalla giurisprudenza eurounitaria per le specifiche esigenze dell'ordinamento sovranazionale²⁷. Sarebbe ingenuo pensare che esse possano prendere forma unicamente laddove si assista alla identità (alla “comunanza”, appunto) dei principi di struttura di Malta o Cipro, così come della Francia o della Spagna e persino – perlomeno fintantoché non si perfezionerà la *Brexit* – della Gran Bretagna. La eterogeneità di ordinamenti pure appartenenti alla grande (e internamente plurale) famiglia delle liberaldemocrazie è un dato di fatto innegabile e, dal mio punto di vista, anche un valore aggiunto dell'Unione, un suo punto di forza, laddove se ne faccia l'uso adeguato nel corso del pur sofferto e non lineare processo d'integrazione sovranazionale.

Già solo per ciò insistere stancamente sull'ancoraggio, al quale si è dietro fatto cenno, del nostro ordinamento alla tradizione di *civil law* rischia – se ci si pensa – di fare da ostacolo al rifluire delle *nostre* tradizioni costituzionali nelle tradizioni comuni, così come ovviamente al far convergere le tradizioni di altri Paesi con le nostre, laddove si dovesse muovere da un assunto assai rigoroso in ordine alla loro “comunanza”. Lo stesso principio di legalità in materia penale, dalla Consulta annoverato nella [ord. 24](#) tra le tradizioni comuni, si colora e svolge in modi anche significativamente differenziati nel passaggio da un ordinamento all'altro, come d'altronde conferma il regime delle prescrizioni, riportato ora al diritto penale sostanziale ed ora a quello processuale; e così è pure per principi fondamentali aventi radici ancora più salde e ramificate di quello di legalità, quali i principi di libertà ed eguaglianza, le cui origini sono – come si sa – assai risalenti e che hanno nel tempo esibito una notevole duttilità strutturale, inverandosi in forme anche significativamente diverse persino in ordinamenti che, in relazione ad altri principi fondamentali, esibiscono tratti sostanzialmente comuni.

Al tirar delle somme, le tradizioni comuni possono avere (e, forse, di necessità sempre hanno) una sorta di “nucleo duro” davvero comune, peraltro dilatato ovvero contratto a seconda che rilevi questa o quella di esse ed alla luce delle complessive esigenze dei casi, risultando quindi per la parte restante composte da elementi o materiali di assiologica fattura più o meno reciprocamente differenziati per i modi del loro invero storico-positivo, sia nel passaggio da un ordinamento all'altro che per uno stesso ordinamento nel tempo. D'altronde, come la più avvertita dottrina ha da tempo rilevato, i principi fondamentali e l'intera Carta costituzionale sono attraversati da un moto interno incessante²⁸ che porta (per fortuna...) al loro parimenti incessante rinnovo, apprezzabile

²⁷ Sull'uso fattosene pur dopo l'avvento della Carta di Nizza-Strasburgo, v., ancora di 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 intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e *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.; v., inoltre, utilmente, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, Giappichelli, 2013; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in [Il Diritto dell'Unione Europea](#), *Oss. eur.*, dicembre 2017; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, 1073 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017. Infine, G. COMAZZETTO, [Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco” tra revirements e questioni irrisolte](#), in questa [Rivista, Studi 2018/II](#), 347 ss., e G. DI FEDERICO, [La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti \(e viceversa\)](#), in [Federalismi.it](#), 11/2018, 23 maggio 2018.

²⁸ Del “moto” della Costituzione ha – come si sa – discorso part. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [Rivista AIC](#), 1/2013, 1 marzo 2013, mentre della Costituzione come processo, più (e prima ancora) che atto ha trattato, tra gli altri, A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss. In argomento, di recente, M.P. IADICICCO, *Il*

perlopiù solo nei tempi lunghi, per il modo con cui gli enunciati costituzionali si caricano di inusuali valenze in ragione del mutare del contesto e anche, per ciò che qui specificamente importa, in conseguenza della evoluzione delle relazioni interordinamentali²⁹.

Diversamente da ciò che reputano altri studiosi, i principi di struttura dei singoli Stati membri, ai quali è fatto richiamo nell'art. 4.2 TUE, non necessariamente dunque sono o devono essere *in tutto e per tutto* diversi e connotativi di ciascun ordinamento; diciamo meglio (e con doverosa cautela) che possono esserlo, così come lo sono, *in parte* ma possono (e devono) possedere altresì un “nucleo duro” comune, non foss'altro per il fatto che, ove così non fosse, non sarebbe consentito allo Stato che ne sia dotato di entrare a far parte dell'Unione ovvero di restarvi.

5. *Le ragioni dello spostamento del tiro, rispetto alla [24 del 2017](#), dalle tradizioni comuni ai principi costitutivi dell'identità costituzionale e la diversa ratio posta a sostegno della odierna pronuncia, ispirata alla “logica” della separazione degli ordinamenti, non già – come invece la prima – a quella della loro integrazione*

Ma, se le cose stanno davvero così come sono qui viste, perché mai questo spostamento del tiro da parte della Consulta nel passaggio dalla [24 del 2017](#) alla pronuncia di oggi?

La spiegazione non credo che sia disagiata. La decisione dell'anno scorso aveva un obiettivo dichiarato, perseguito – è da riconoscere – con molta abilità ed accortezza: quello di apprestare a beneficio della Corte dell'Unione una comoda via di ripiegamento su se stessa, di mostrarle cioè che la sua prima pronuncia su *Taricco*, più (e prima ancora) che recare offesa ad un principio *esclusivamente o interamente* proprio dell'ordinamento italiano, in realtà urtava con una tradizione costituzionale comune e, per ciò stesso, con un principio generale dell'Unione.

Una volta centrato l'obiettivo, grazie alla remissiva risposta data dalla Corte di giustizia alla ultimativa domanda pregiudiziale postale dalla Consulta³⁰, quest'ultima non si è limitata – come pure sarebbe stato sommamente opportuno – a prendere atto della rassicurante risposta ricevuta ma, spostando l'obiettivo sulla identità costituzionale, ha inteso ottenere in un sol colpo un duplice risultato: ribadire il primato della Costituzione, nella sua più qualificante espressione (i principi fondamentali), nei riguardi del diritto sovranazionale in genere (e, perciò, come si diceva, facendo allo scopo valere nella sostanza i “controlimiti”) e, allo stesso tempo, riconfermarsi quale interprete e garante esclusivo del primato stesso, relegando ad un ruolo meramente ancillare gli altri operatori istituzionali (e, segnatamente, i giudici comuni).

Per l'aspetto ora in considerazione, la pronuncia in commento ai miei occhi appare – se posso esprimermi con franchezza – una brutta decisione: portatrice di un modello di relazioni interordinamentali che – come ho già accennato e tenterò di dire ancora meglio a momenti – appare invecchiato ed improponibile, di certo non giovevole alla causa della integrazione sovranazionale e, allo stesso tempo, portatrice di un modello di relazioni istituzionali (specie lungo il versante in cui operano i giudici comuni) non ispirato a paritaria e feconda cooperazione.

limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative, relaz. al Convegno su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, all'indirizzo telematico <https://www.gruppodipisa.it/eventi/convegni/298-8-9-giugno-2018-catanzaro-alla-prova-della-revisione-settant-anni-di-rigidita-costituzionale>, e, se si vuole, pure [ivi](#), anche il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 2/2018, 20 giugno 2018.

²⁹ Nel mio scritto da ultimo richiamato ho particolarmente insistito su quest'ultimo fattore di rinnovamento costituzionale.

³⁰ In realtà, l'ordinanza in parola è stata variamente qualificata, da alcuni essendo considerata espressiva della volontà di dar vita ad un fecondo e costruttivo dialogo con la Corte dell'Unione, mentre da altri ne è stato evidenziato il tono minaccioso e, appunto, ultimativo [in quest'ultimo verso mi sono dichiarato nel mio [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti \(a margine di Corte cost. n. 24 del 2017\)](#), in questa [Rivista, Studi 2017/I](#), 81 ss., nonché in Aa.Vv., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 393 ss., dove sono altresì rappresentati punti di vista diversi; altri riferimenti in S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi*, cit., 4 ss., e riferimenti [ivi](#), in nt. 12].

Il vero – e passo così al secondo rilievo – è che parziale e, a conti fatti, deformante appare essere l'immagine che della identità costituzionale (e, di riflesso, dei rapporti interordinamentali) ci viene consegnata dalla decisione in commento, diversamente dall'immagine che dell'identità costituzionale dell'Unione (e dei suoi rapporti con gli Stati) si ha nella *Taricco-bis*, sensibile nei riguardi delle istanze rappresentate dalla Consulta nell'atto di rinvio pregiudiziale e, *per ciò stesso*, attenta verso uno dei principi di struttura costitutivi dell'identità dello Stato³¹.

D'immediata evidenza è la distanza che si riscontra tra la [24](#) e la [115](#). Nella prima, gli ordinamenti dei due enti appaiono reciprocamente comunicanti e portati, anzi, ad integrarsi reciprocamente, seppur sotto la spinta trainante di un principio costituzionale (quello di legalità) qualificato come espressivo della identità di entrambi gli enti, tant'è che il bilanciamento tra le istanze facenti capo ai due enti finiva con il risolversi in un bilanciamento intraordinamentale³², a motivo dell'obbligo gravante sulla Corte dell'Unione di prestare rispetto ad un principio ormai veicolato in ambito sovranazionale (“europeizzati”, insomma) per effetto della sua natura di elemento costitutivo di una tradizione costituzionale comune. Non in tutto coincidente al riguardo il punto di vista del giudice lussemburghese nella sua seconda pronuncia su *Taricco* ma ispirato alla medesima “logica” della mutua comunicazione tra gli ordinamenti, grazie alla quale alcuni materiali di assiologica fattura si considerano idonei a transitare dall'uno all'altro, segnatamente in verso ascendente, pur dovendosi una volta pervenuti in ambito sovranazionale bilanciare in modo adeguato coi principi propri dell'ordinamento ricevente³³.

La seconda decisione della Consulta, di contro, sembra voler tenere distinti, separati, gli ordinamenti stessi, col fatto stesso di non fare più menzione della tradizione comune e di proiettare al centro della scena la *nostra* identità costituzionale, laddove – come si è venuti dicendo – ancora meglio si sarebbe fatto a far menzione sia della identità stessa che della tradizione comune alla cui formazione essa concorre.

Due visioni insomma degli ordinamenti e delle loro relazioni apparentemente non sovrapponibili ed anzi marcatamente divergenti.

Stranamente, però, la Consulta non si mostra consapevole del fatto che ogni modello teorico ispirato ad una rigida separazione degli ordinamenti è ormai improponibile; e lo è – si badi – tanto dal punto di vista dell'Unione quanto da quello dello Stato, alla luce dei principi di struttura dei rispettivi ordinamenti, visti nel loro fare “sistema”. Nessuno può invero affermare che l'integrazione è ormai un fatto compiuto, ciò che obiettivamente non è; e però nessuno può neppure affermare che si dà una piena separazione tra l'ordinamento statale e quello dell'Unione. C'è invece un processo in corso volto alla mutua integrazione, della quale nondimeno non sappiamo né se mai si avrà a pieno né come sarà fatta; e questo processo poggia su basi costituzionali apprestate in entrambi gli ordinamenti connotate dalla reciproca apertura e disponibilità a prestare rispetto verso tutto ciò che ne fa (e dà) l'identità. Un'apertura che, *dal punto di vista dell'Unione*, ha nel riferimento fatto nell'art. 4.2, cit., ai principi di struttura degli Stati il suo fondamento assiologicamente pregnante e, *dal punto di vista dello Stato*, nel riferimento al valore della pace e della giustizia tra le nazioni, nel suo fare sistema coi valori fondamentali restanti, la sua

³¹ In realtà, sul punto, di cruciale rilievo, si registrano in ambito di Unione non poche né lievi oscillazioni di ordine teorico-ricostruttivo, testimoniate, tra l'altro, dai ben diversi orientamenti manifestati dall'avv. gen. Y. Bot, nelle sue conclusioni su *Taricco*, e dall'avv. gen. M. Bobek in *Scialdone* [il cui raffronto può vedersi nel mio *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 ottobre 2017, spec. al § 3], come pure dalla decisione emessa dalla Corte di giustizia in causa C-612/15, del 5 giugno 2018, nella quale, riprendendo il pensiero enunciato nella prima pronuncia su *Taricco*, si richiamano le autorità bulgare a disapplicare nei procedimenti PIF la normativa nazionale lesiva dell'art. 325 TFUE.

³² Di siffatte specie di conversioni dei bilanciamenti e di spostamenti dei piani ai quali si svolgono ho trattato più volte, a partire dal mio *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.

³³ E non è inopportuno rimarcare che la seconda pronuncia della Corte di giustizia dà – come si diceva – un'immagine maggiormente fedele ed adeguata di quella data dal giudice costituzionale dei rapporti tra gli operatori istituzionali di diritto interno e degli equilibri ad essi conseguenti.

giustificazione ormai indiscussa, frutto di una consuetudine interpretativa ormai profondamente radicata e diffusa³⁴. L'apertura da una parte e dall'altra ha poi il suo punto di unione e la sua costante verifica, al piano in cui maturano le esperienze assiologicamente più significative (riguardanti i diritti fondamentali)³⁵, nel "metapprincipio" della massimizzazione della tutela dei beni della vita costituzionalmente protetti, che naturalmente sollecita gli operatori a far riferimento alle norme di questo o quell'ordinamento che si mostrino in grado di apprestare la più adeguata salvaguardia alle complessive esigenze del caso.

In questo quadro, il modo migliore per offrire un adeguato servizio ai diritti (e, in genere, agli interessi) costituzionalmente protetti è quello indicato da una risalente, ma non per ciò invecchiata, pronuncia della Corte costituzionale, la [n. 388 del 1999](#), alla quale sono solito fare richiamo nelle mie riflessioni in tema di rapporti interordinamentali, secondo cui la Costituzione e le altre Carte dei diritti "si integrano reciprocamente nella interpretazione", sì da dar modo a ciascuna Carta di darsi alle altre (e, anzi di immettersi nella struttura stessa di esse, grazie al principio fondamentale di apertura) concorrendo alla loro incessante rigenerazione semantica, in funzione della salvaguardia dei beni della vita più diffusamente ed intensamente avvertiti.

Quest'autentica direttiva metodica di azione non è, tuttavia, a mio avviso, rispettata – ed è proprio ciò che si è avuto con la pronuncia qui annotata – nel momento in cui ci si irrigidisce rivendicando il primato della propria identità costituzionale (rappresentata tuttavia in modo parziale e distorsivo) nei riguardi dell'altra, trascurandosi così il dato elementare che della prima è parte integrante il principio fondamentale dell'apertura verso il diritto internazionale e sovranazionale.

6. Al tirar delle somme: lo svilimento operato dalla decisione in commento del ruolo sia della Corte dell'Unione che dei giudici comuni e la stanca riproposizione di un modello di civil law ormai obsoleto

Al tirar delle somme, la pronuncia qui succintamente annotata sembra farsi portatrice di un modello "curtense" di ordinamento statale, in tutto separato da quello dell'Unione e connotato da una sua propria identità che con la identità dell'Unione non condivide neppure il "nucleo duro" di una tradizione costituzionale specificamente riguardante la materia penale. Una pronuncia dunque che non soltanto fa da intralcio alla faticosa e sofferta costruzione di un diritto penale sovranazionale ma che, anche per ciò (ed a motivo della centralità di posto a questo spettante), rallenta il processo d'integrazione *tout court* e lo costringe entro spazi istituzionali obiettivamente ristretti.

Una pronuncia, poi, che svilisce il ruolo della Corte dell'Unione e della sua giurisprudenza quale fattore di specificazione-attuazione del diritto sovranazionale e, persino, di qualificazione della natura delle norme di questo e, dunque, della loro attitudine ad essere portate immediatamente ad

³⁴ Non si sta ora, ovviamente, a ridiscutere della forzatura interpretativa operata nei riguardi del dettato dell'art. 11, indebitamente convertito – come ho fatto notare più volte – da norma di valore in norma sulla produzione giuridica e, dunque, assunto a fondamento della *primauté* del diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, laddove la soluzione più piana e lineare sarebbe stata quella, messa in atto – come si sa – in altri ordinamenti, di far luogo all'aggiornamento dell'enunciato costituzionale a mezzo della previsione di una *Europaklausel* in esso obiettivamente mancante. La quale cosa poi, dico qui di passaggio, dà conferma della idoneità, negata invece – come si sa – da molti autori, degli stessi principi fondamentali a soggiacere ad innovazioni con le procedure dell'art. 138, segnatamente a finalità inclusiva e nel segno della fedeltà alla loro matrice originaria. D'altro canto, sarebbe ben strano immaginare che l'integrazione in parola possa esser fatta, così come lo è stata, *ope juris prudentiae* e non pure per mano del legislatore.

Sta di fatto che l'innovazione in parola ha ormai preso forma, radicandosi a fondo nell'ordinamento, grazie ad una convenzione costituzionale, quindi commutatasi in vera e propria consuetudine, alla cui formazione hanno concorso tutti gli operatori istituzionali col *placet* di una nutrita schiera di studiosi.

³⁵ Non si dimentichi che, nella sua essenza, la Costituzione è una Carta dei diritti, secondo l'aureo insegnamento impartitoci dai rivoluzionari francesi all'art. 16 della Dichiarazione del 1789; e un documento "tipicamente costituzionale" si riconosce essere la Carta dell'Unione ([sent. n. 269 del 2017](#)) e, ora, anche la Carta sociale europea ([sent. n. 120 del 2018](#)).

effetto in ambito interno³⁶.

Una pronuncia, infine, che ripropone stancamente un modello di *civil law* ormai obsoleto, col fatto stesso di degradare ad una funzione ancillare il ruolo dei giudici comuni, chiamati unicamente ad investire sempre e comunque la Consulta di ogni questione di “comunitarietà-costituzionalità” che coinvolga i principi fondamentali, dando quindi piena e fedele osservanza alle indicazioni che al riguardo saranno loro somministrate dal giudice costituzionale.

Molti segni tuttavia si hanno d’insoddisfazione tanto da parte della Corte dell’Unione quanto (e, forse, più ancora) dei giudici comuni³⁷ nei riguardi di questa soffocante vocazione all’accentramento che fanno temere l’apertura congiunta di più fronti di guerra, secondo quanto è *per tabulas* testimoniato dalle reazioni suscitate dalla sent. 269, dietro cit.

Staremo a vedere quali nuove partite si riapriranno e come saranno giocate. L’augurio è che si svolgano facendo un uso appropriato degli strumenti di decisione e nel rispetto dei ruoli istituzionali di tutti gli operatori in campo.

³⁶ Per vero, nella pronuncia qui annotata si dichiara competere “alla sola Corte di giustizia interpretare con uniformità il diritto dell’Unione, e specificare se esso abbia effetto diretto”; e però subito di seguito siffatto riconoscimento è sostanzialmente vanificato dall’affermazione secondo cui “è anche indiscutibile che ... un esito interpretativo non conforme al principio di determinatezza in campo penale non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento” (punto 12 del *cons. in dir.*). Non a torto, dunque, la più avvertita dottrina ha qualificato “sorprendente” la pretesa della Consulta di stabilire in modo autentico ed insindacabile se le norme sovranazionali siano, o no, “determinate” (D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”*: tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimito e implicita negazione dell’effetto diretto, in Aa.Vv., *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, cit., 387; similmente C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu’ici tout va bien*, cit.). Ha fatto da *pendant* a quest’*animus* la pretesa, manifestata nelle sue conclusioni citt. dall’avv. Y. Bot, di individuare e definire insindacabilmente quali sono i principi fondamentali dell’ordinamento italiano, sbagliata nelle premesse e nei loro pessimamente argomentati svolgimenti.

³⁷ Della prima, v., spec., la conferma resa da Corte giust., Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global Starnet*, della disponibilità al dialogo, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, coi giudici comuni senza limitazioni di sorta; dei secondi, v., part., la orgogliosa rivendica, in reazione a quanto stabilito da [Corte cost. n. 269 del 2017](#), da parte del giudice della nomofilachia ([Cass., II Sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831](#)) del potere-dovere di avvalersi in ogni tempo dello strumento suddetto e, perciò, se del caso, di fare applicazione diretta di norme *self-executing* della Carta di Nizza-Strasburgo, ove una sollecitazione in tal senso dovesse aversi da parte della Corte dell’Unione.

Giovanni Moschella*
**Risultati elettorali, ristrutturazione del sistema politico
e formazione del Governo all'inizio della XVIII legislatura****

SOMMARIO: 1. Risultati elettorali e trasformazione del sistema politico. 2. Il travagliato procedimento di formazione del Governo Conte: tra nuove prassi e conflitti istituzionali. 3. L'inconsueta sottoscrizione di un contratto di governo. Dal patto di coalizione all'accordo tra privati. 4. Il potere presidenziale di nomina dei Ministri e gli eventuali effetti della ristrutturazione del sistema politico sulle istituzioni democratico-rappresentative e sulla forma di governo.

1. Risultati elettorali e trasformazione del sistema politico

I risultati delle elezioni politiche svoltesi il 4 marzo 2018 hanno delineato un quadro politico-parlamentare del tutto nuovo e per certi versi impreveduto rispetto sia alla configurazione degli equilibri parlamentari della legislatura appena conclusa sia rispetto agli scenari che, prima delle consultazioni politiche, erano stati prospettati. La stessa travagliata approvazione della nuova legge elettorale (da parte di PD, Forza Italia, Lega e Alternativa popolare), fondata su una ripartizione proporzionale dei seggi, era stata interpretata dagli osservatori istituzionali come una opzione per la formazione nella nuova legislatura di una *Grosse Koalition*, che – nella (plausibile) eventualità del mancato conseguimento da parte delle coalizioni di centro-sinistra e di centro-destra e del Movimento 5 Stelle di una maggioranza parlamentare autonoma – consentisse comunque la formazione di un esecutivo di larghe intese, costituito principalmente sulla base di un accordo tra PD e Forza Italia. L'esito della tornata elettorale ha di fatto vanificato tale possibilità, segnando il conseguimento della maggioranza relativa da parte del Movimento 5 Stelle, con oltre il 32% dei voti, il tracollo del PD, precipitato al 18% e, all'interno della coalizione di centro-destra, il sorpasso della Lega ai danni di Forza Italia, relegata al 14 % dei voti. Le elezioni politiche di marzo hanno così determinato alcuni effetti impreveduti non solo sul piano politico, ma anche su quello istituzionale. Da un lato, infatti, il Movimento 5 Stelle, pur indiscusso vincitore delle elezioni legislative, contrariamente a quanto aveva ripetutamente affermato in campagna elettorale si è trovato costretto, per poter governare, a stringere accordi con altre forze politiche, dall'altro, è risultato del tutto impraticabile il pur ipotizzato accordo parlamentare tra PD e Forza Italia che, a causa delle loro deludenti *performance* elettorali, non sono riusciti a raggiungere la maggioranza dei seggi in Parlamento. Così all'inizio della XVIII Legislatura, la difficile soluzione al problema della costituzione del nuovo Governo, anche al fine di scongiurare l'immediato ritorno alle urne (evenienza mai verificatasi in oltre 70 anni di esperienza repubblicana), passa da due diverse ipotesi: quella di un difficile accordo tra PD e Cinque Stelle, risultato *ictu oculi* del tutto impraticabile sul piano politico, stante la prevalente contrarietà manifestata verso tale soluzione da *magna pars* dell'elettorato di riferimento e dei rispettivi gruppi dirigenti, oltre che risicata nei numeri in Parlamento, ovvero quella di un patto di governo tra il Movimento 5 Stelle e la Lega, altrettanto disomogenea sul piano politico, ma in grado di garantire una maggioranza parlamentare più ampia.

2. Il travagliato procedimento di formazione del Governo Conte: tra nuove prassi e conflitti istituzionali

Come è noto, dopo una lunga e complessa crisi politica, ad oltre tre mesi dalle elezioni, si giunge

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Messina.

** Il presente contributo è destinato alla pubblicazione anche nel volume A. MORELLI (a cura di), *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*.

alla stipula di un contratto di governo ed alla formazione di un Esecutivo presieduto dal prof. Conte che annovera come vice Premier il segretario della Lega on. Salvini ed il capo politico dei Cinque Stelle on. Di Maio.

Al di là delle valutazioni sulla costituzione di una maggioranza politico-parlamentare fondata sull'accordo tra due soggetti politici che in fase di competizione elettorale si erano presentati in contrapposizione davanti agli elettori come soggetti esponenziali di programmi del tutto alternativi, è interessante osservare come il procedimento di formazione del Governo Conte abbia sollevato una serie di questioni di tipo costituzionale ed istituzionale del tutto innovative che hanno impegnato in un ampio ed articolato dibattito la dottrina¹ e che meritano certamente qualche riflessione. Tali questioni possono essere sinteticamente individuate:

a) nella stipula di un "contratto di governo" di natura privatistica, suggellato davanti ad un notaio, che ha sostituito il procedimento, esclusivamente politico, di definizione del programma di governo, quale espressione di un accordo politico su linee programmatiche condivise tra i partiti chiamati a comporre la maggioranza parlamentare e sulla base del quale, secondo la previsione costituzionale di cui all'art. 94 Cost, l'Esecutivo chiede ed eventualmente consegue la fiducia in Parlamento;

b) nel conseguente anomalo ruolo attribuito al Presidente del Consiglio, non tanto per la sua natura di figura tecnica a capo di un governo politico, quanto per essere individuato come mero esecutore del contratto privatistico stipulato tra i due partiti di maggioranza, in palese contrasto con la previsione dell'art. 95 Cost. («il Presidente del Consiglio dei Ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile»);

c) nella contestazione del ruolo svolto dal Presidente della Repubblica in ordine alla nomina dei Ministri per la paventata proposizione di una procedura di messa in stato di accusa nei confronti del Capo dello Stato per (presunto) attentato alla Costituzione, per aver Egli posto un veto sulla nomina, propostagli dal Presidente del Consiglio incaricato, del Prof. Savona a capo del Ministero dell'Economia².

3. L'inconsueta sottoscrizione di un contratto di governo. Dal patto di coalizione all'accordo tra privati

Per quanto riguarda la sottoscrizione del contratto di governo (*contratto per il Governo del cambiamento*) si è già rilevato come la sua configurazione privatistica abbia dato adito a notevoli perplessità. Come è stato osservato³, il contratto, siglato innanzi ad un notaio, è stato concordato tra soggetti privati (il segretario della Lega e il capo politico dei 5 Stelle), al fine di impegnare alla sua

¹ Per un'analisi delle principali questioni poste dalle anomale modalità di formazione del Governo Conte si rinvia ad A. MORRONE, *Governo del cambiamento*, Editoriale in [Federalismi.it](#), 12/2018; A SPADARO, *Dalla crisi istituzionale al Governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al "populismo sovranista"*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 1° giugno 2018; A. RUGGERI, *Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione*, *ivi*, 10 giugno 2018; A. MORELLI, *Quello che la Costituzione non dice. Qualche osservazione su teorie e prassi del procedimento di formazione del Governo a partire dal "caso Savona"*, in corso di pubblicazione nel volume ID. (a cura di), *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte*, cit.

² In tema si veda ora anche il *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionare la scelta dei Ministri*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, con la *Cronologia della nomina del Governo Conte*, curata da A.D. DI TODARO, e gli interventi di G. AZZARITI, R. BIN, R. BORRELLO, P. CARETTI, L. CARLASSARE, R. CHIEPPA, P. COSTANZO, M. DOGLIANI, G.F. FERRARI, A. LUCARELLI, M. MANETTI, V. ONIDA, C. PINELLI, F. RIMOLI, F. SORRENTINO, A. PACE.

³ Sul punto V. BALDINI, *Il contratto di governo: più che una figura nuova della giuspubblicistica italiana, un (semplice ...) accordo di coalizione*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2018, Editoriale del 24 aprile 2018, e dello stesso A., *La formazione del Governo tra dinamiche politiche e vincoli costituzionali (brevi note con riguardo al potere presidenziale di nomina del presidente del consiglio dei ministri e dei singoli ministri)*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2018, Editoriale del 26 maggio 2018; R. BIN, *Il "contratto di governo" e il rischio di una grave crisi costituzionale*, in [laCostituzione.info](#), 16 maggio 2018 e, *ivi*, O. CHESSA, *"Contratto di governo": una riflessione sulle nuove parole del diritto pubblico* in [laCostituzione.info](#), 17 maggio 2018; M. CARDUCCI, *Le dimensioni di interferenza del "contratto" di governo e l'art. 67 Cost.*, in [Federalismi.it](#), 13/2018.

attuazione i rispettivi partiti, i gruppi parlamentari e soprattutto i Ministri ed il Presidente del Consiglio. È evidente, quindi, come si tratti di un atto formalmente e sostanzialmente di tipo privatistico, come conferma la previsione di un comitato di conciliazione di tipo arbitrale finalizzato alla corretta interpretazione ed attuazione del contratto, che tuttavia assume una pregnante rilevanza pubblicistica⁴. Non convince, peraltro, il richiamo, sul piano del diritto comparato, al modello della Germania federale, che, per la sua natura di atto politico di natura pubblicistica, si riconduce piuttosto al tipico accordo di coalizione. È vero che nel “contratto italiano” non sono previste forme di sanzioni riconducibili al diritto civile e che il programma esposto alle Camere dal Presidente del Consiglio, pur richiamandosi ripetutamente all’atto stipulato tra l’on. Salvini e l’on. Di Maio, non è sovrapponibile. Rimangono, tuttavia, ferme tutte le perplessità dovute all’introduzione di una prassi che, anche per la legittimazione plebiscitaria a cui il contratto è stato sottoposto da parte dei soggetti contraenti, appare in palese rottura con le tradizionali forme della democrazia rappresentativa e di articolazione del governo parlamentare.

In tale chiave interpretativa, non può non evidenziarsi come l’aver vincolato la costituzione dell’Esecutivo e la formazione della maggioranza parlamentare ad un contratto preminentemente privatistico al cui rispetto sono tenuti sia i gruppi parlamentari di maggioranza che i componenti del Governo, determina – a nostro avviso – un effetto rilevante e distorsivo sul piano istituzionale con particolare riferimento, ma non solo, alla figura e al ruolo rivestito dal Presidente del Consiglio che ne risultano fortemente sviliti. Infatti, la sottoscrizione del *contratto per il Governo del cambiamento* anticipa la designazione da parte del Presidente della Repubblica (con una innaturale inversione della scansione delle fasi che caratterizzano il procedimento di formazione del Governo), e così il Premier viene a configurarsi come mero esecutore o, al di più, come garante dell’attuazione dell’accordo contratto tra Lega e Cinque Stelle, vedendosi fortemente limitata la funzione, che pur la Costituzione gli riconosce, di direzione della politica generale del Governo, di cui si assume la responsabilità, e di mantenimento dell’unità di indirizzo politico e amministrativo. Tale ridimensionamento appare evidente anche sul piano più strettamente politico, risultando il Presidente Conte schiacciato, anche per il suo profilo di figura di natura squisitamente tecnica nell’ambito di un Esecutivo dalla conclamata e accentuata valenza politica, dalla ingombrante presenza, con il ruolo di vice Premier, degli esponenti di vertice dei partiti politici azionisti di maggioranza, ai quali, pur congiuntamente, risulta di fatto riconducibile l’attività di direzione della politica generale del Governo. Significativa, a tal proposito, la scarsa incidenza del Presidente del Consiglio sulle scelte fondamentali dell’indirizzo politico in ordine ai temi caldi di questi mesi, le politiche sull’immigrazione, il reddito di cittadinanza, le stesse linee generali della politica economica.

4. Il potere presidenziale di nomina dei Ministri e gli eventuali effetti della ristrutturazione del sistema politico sulle istituzioni democratico-rappresentative e sulla forma di governo

L’ultimo profilo in esame riguarda la vicenda della mancata nomina del Prof. Savona a Ministro dell’Economia per il rifiuto opposto da parte del Presidente Mattarella e da cui è scaturito, da un lato, una fase di *impasse* che ha messo in discussione la stessa formazione del Governo e, dall’altro, ha esposto al rischio di una grave crisi istituzionale, quasi di sistema, a causa della contestazione, soprattutto da parte del Movimento 5 Stelle, del merito della scelta e della portata del potere di nomina dei Ministri da parte del Presidente della Repubblica nonché della paventata richiesta di messa in stato di accusa nei confronti del Capo dello Stato per (presunto) attentato alla Costituzione. Al di là delle implicazioni di natura politica, che naturalmente esulano dalle presenti considerazioni, va detto che la controversa vicenda ha sollevato alcuni interessanti spunti di

⁴ Sul “Comitato di conciliazione” previsto dal contratto di governo cfr. ora R. CARIDÀ, *Cos’è il “Comitato di conciliazione”?*, in corso di pubblicazione in A. MORELLI, (a cura di), *Dal “contratto di governo alla formazione del Governo Conte*, cit.

riflessione sul piano costituzionale, riconducibili al limite del potere presidenziale di nomina dei Ministri e alla stessa configurazione del reato di attentato alla Costituzione.

Sotto il primo profilo, va riconosciuto che il potere del Presidente è stato, nel corso degli anni, esercitato con diversa intensità, in ragione anche della omogeneità e stabilità delle maggioranze politico-parlamentari e della configurazione prevalentemente proporzionale o maggioritaria dei sistemi elettorali⁵. E in alcune circostanze il Capo dello Stato non solo ha scelto autonomamente singoli Ministri, ma si è spinto fino ad “imporre” alle forze politiche lo stesso Presidente del Consiglio (c.d. Governi del Presidente)⁶. In via generale, tuttavia, il veto del Presidente, esercitato prevalentemente nella forma della *moral suasion*, si era fondato su perplessità, anche di tipo personale, su alcuni candidati ministri, ma mai era stato ricondotto ad una valutazione sulle opinioni politiche del Ministro *in pectore*⁷. Nel caso in esame le opinioni espresse ripetutamente dal prof. Savona in relazione alla permanenza dell'Italia nell'Eurozona sono state ritenute dal Presidente Mattarella incompatibili con l'indirizzo politico-costituzionale⁸, sì da indurlo a motivare, rendendole pubbliche, le ragioni del suo rifiuto. In particolare, il Presidente ha motivato il suo veto ritenendo che la nomina di Savona al Ministero dell'Economia avrebbe messo a rischio i vincoli europei (e, verosimilmente, la posizione dell'Italia nell'Euro) e soprattutto il principio costituzionale della tutela del risparmio. Sul piano della riflessione costituzionalistica, il problema che si pone è quello di verificare fino a che punto possa spingersi il potere presidenziale di nomina, vale a dire se esso debba configurarsi come un potere di interlocuzione/condivisione con il Presidente del Consiglio ovvero possa spingersi fino a prefigurare una supremazia del Capo dello Stato. Su questo punto, in relazione alla vicenda in parola, la dottrina ha assunto posizioni diverse: da una parte si è biasimata la presunta ingerenza del Presidente della Repubblica nell'ambito dell'indirizzo politico riservato, nel quadro delle forme di governo parlamentari, al rapporto tra Parlamento e Governo⁹. In tal senso è stato sostenuto che il corretto esercizio della funzione di garanzia costituzionale da parte del Presidente debba esercitarsi *ex post*, al concretarsi di provvedimenti che possano essere in contrasto con l'indirizzo politico-costituzionale e non *ex ante*¹⁰, nella fase di formazione del Governo, in base alla «generica enunciazione di alcune idee pure fortemente discutibili»¹¹. Dall'altra, invece, si è apprezzato il ruolo di garanzia della Costituzione esercitato in tale circostanza dal Presidente Mattarella il quale, proprio perché non legittimato ad intervenire nell'ambito dell'indirizzo politico, con la sua azione preventiva avrebbe neutralizzato i possibili effetti di un indirizzo politico lesivo di principi costituzionali¹². Di certo il nodo non è di facile soluzione e meriterebbe una riflessione più approfondita, impossibile in queste brevi note. Quel che è certo è che il modo scomposto con cui la maggioranza di governo, e in particolare il Movimento 5 Stelle, ha affrontato la questione non ha dato un efficace contributo all'individuazione di una soluzione interpretativa non congiunturale, ma sistemica.

Come è noto, in una prima fase, Di Maio aveva addirittura paventato la messa in stato di accusa

⁵ Sul ruolo del Presidente della Repubblica nella forma di governo italiana cfr., per tutti, A. RUGGERI (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011; M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica italiana nelle recenti esperienze costituzionali*, Napoli, 2013; G. SCACCIA, *Il Presidente della Repubblica fra evoluzione e trasformazione*, Modena, 2015.

⁶ Cfr. D. GALLIANI, *I sette anni di Napolitano. Evoluzione politico-costituzionale della Repubblica*, Milano, 2012.

⁷ Sostiene V. ONIDA, *La scelta di Mattarella? Impropria*, Intervista in *Milano Finanza* del 29 maggio 2018, che «se Mattarella avesse avuto obiezioni in merito al programma di governo, avrebbe potuto farlo presente, rilevando aspetti di incostituzionalità. Ma non si è opposto per nulla al contratto di governo. Si è opposto solo a una persona, temendo che potesse mettere in pericolo la stabilità dei mercati finanziari, e la difesa dei risparmiatori».

⁸ Sulla teoria dell'indirizzo politico-costituzionale indispensabile il rinvio a P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 307.

⁹ Cfr. A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quad. cost.*, 1/20118, 7 ss.

¹⁰ Cfr. S. CURRERI, *Le ragioni di Mattarella nel rifiutare quella nomina, ma lo ha fatto nella sede sbagliata*, in [laCostituzione.info](#), 29 maggio 2018.

¹¹ Così A. RUGGERI, *Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione*, cit., 7.

¹² Cfr. A. SPADARO, *Dalla crisi istituzionale al Governo Conte*, cit., 4 ss.

del Presidente Mattarella per il reato di attentato alla Costituzione, reato che tuttavia presuppone comportamenti reiterati finalizzati a sovvertire l'ordinamento costituzionale. La dinamica del procedimento di formazione del primo Governo della XVIII Legislatura, ricostruita puntualmente dallo stesso Presidente della Repubblica nelle sue dichiarazioni seguite al veto su Savona e alla rinuncia del Presidente incaricato Conte, in cui Egli peraltro rivendica la sua "leale collaborazione" alla formazione dell'Esecutivo, ci sembra destituisca di ogni fondamento tale ipotesi¹³. Di fronte alle perplessità della stessa Lega, ma soprattutto di *magna pars* della dottrina giuspubblicistica, anche di quella che pur aveva criticato "politicamente" il veto di Mattarella, la proposta di messa in stato d'accusa viene a cadere rapidamente.

La rinuncia, del tutto opportuna, alla proposizione della messa in stato di accusa del Capo dello Stato non risolve, tuttavia, i termini della questione, rimanendo in sospeso la definizione del perimetro costituzionale entro il quale può essere esercitato il potere presidenziale di nomina dei ministri. In tale quadro, rispetto all'ipotesi di un *vulnus* costituzionale senza precedenti che sarebbe scaturito dal ricorso all'art. 90 Cost., una soluzione più *soft* avrebbe potuto essere rappresentata, qualora il Presidente incaricato non avesse rinunciato, dalla proposizione di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, che, come è stato osservato, avrebbe consentito alla Corte costituzionale di individuare in via definitiva l'ambito del potere presidenziale di nomina¹⁴.

In conclusione va rilevato che l'esperienza della formazione del Governo Conte assume, sul piano costituzionale e istituzionale, una portata più generale, in quanto la ristrutturazione del sistema politico-partitico e la ridefinizione delle forme della rappresentanza hanno aperto il campo ad una rivisitazione delle prassi costituzionali, si pensi alla *vexata quaestio*, qui sommariamente richiamata, del contratto di governo, ovvero a proposte di revisione degli istituti classici dell'ordinamento democratico-rappresentativo, come ad esempio la limitazione al principio del libero mandato parlamentare¹⁵, che potrebbero incidere profondamente sulla stessa configurazione della forma di governo.

¹³ Dichiarata, tra l'altro, il Presidente della Repubblica: «Dopo aver sperimentato, nei primi due mesi, senza esito, tutte le possibili soluzioni, si è manifestata – com'è noto – una maggioranza parlamentare tra il Movimento Cinque Stelle e la Lega che, pur contrapposti alle elezioni, hanno raggiunto un'intesa, dopo un ampio lavoro programmatico. Ne ho agevolato, in ogni modo, il tentativo di dar vita a un governo. Ho atteso i tempi da loro richiesti per giungere a un accordo di programma e per farlo approvare dalle rispettive basi di militanti, pur consapevole che questo mi avrebbe attirato osservazioni critiche. Ho accolto la proposta per l'incarico di Presidente del Consiglio, superando ogni perplessità sulla circostanza che un governo politico fosse guidato da un presidente non eletto in Parlamento. E ne ho accompagnato, con piena attenzione, il lavoro per formare il governo. Nessuno può, dunque, sostenere che io abbia ostacolato la formazione del governo che viene definito del cambiamento. Al contrario, ho accompagnato, con grande collaborazione, questo tentativo; com'è del resto mio dovere in presenza di una maggioranza parlamentare; nel rispetto delle regole della Costituzione. Avevo fatto presente, sia ai rappresentanti dei due partiti, sia al presidente incaricato, senza ricevere obiezioni, che, per alcuni ministeri, avrei esercitato un'attenzione particolarmente alta sulle scelte da compiere» ([Cronache dalle Istituzioni](#) del 27 maggio 2018, in questa [Rivista](#)).

¹⁴ Cfr. A. SPADARO, *Dalla crisi istituzionale al Governo Conte*, cit., 8 ss.; sul punto v. anche A. LOLLO, *Sulla legittimazione del Presidente del Consiglio incaricato a sollevare conflitto di attribuzione tra «poteri dello Stato»*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 luglio 2018.

¹⁵ Sul punto sia consentito rinviare a A.M. CITRIGNO-G. MOSCHELLA, *Quale futuro per il divieto di mandato imperativo?*, in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno in onore di Silvio Gambino su «Costituzioni, Diritti, Europa», svoltosi presso l'Università della Calabria il 26 e 27 ottobre del 2016.

Silvia Talini*

La valorizzazione dei termini “pena” al plurale e condannato al “singolare” anche in materia di ergastolo

(a margine di [Corte cost., sent. n. 149 del 2018](#))

«La personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss’anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento». Con queste parole, contenute nella recente [sentenza n. 149 del 2018](#)¹, il Giudice delle leggi ha segnato un’audace evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di pena perpetua, dichiarando l’illegittimità dall’art. 58-*quater*, c. 4, ord. penit.², nella parte in cui si applica ai condannati all’ergastolo per il delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione (art. 289-*bis* c.p.) o di estorsione e (art. 630 c.p.) che abbiano cagionato la morte della vittima, entrambi inseriti nella “prima fascia” dell’art. 4-*bis*, c. 1, ord. penit.³

Come la Corte ampiamente ricorda, l’attuale formulazione delle disposizioni – 4-*bis* e 58-*quater* ord. penit. – è chiara espressione della legislazione che, all’inizio degli anni ’90, fu tesa a rafforzare il contrasto alla criminalità organizzata attraverso l’introduzione di un articolato sistema di preclusioni all’accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative, segnando una decisa inversione di tendenza rispetto allo spirito della grande riforma penitenziaria del 1975⁴ e della legge n. 663 del 1986 (c.d. Gozzini)⁵.

Tuttavia proprio negli anni della maggiore “tensione costituzionale” del bilanciamento tra esigenze di sicurezza e garanzia dei diritti, i giudici costituzionali hanno fermamente ribadito l’intangibilità della personalità di ciascun condannato: «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»⁶. È nella conservazione del residuo di libertà che la Corte ancora la massima espansione dell’umanizzazione delle pene e del finalismo rieducativo, quali

* *Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi Roma Tre.*

¹ Questione sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Venezia, in riferimento agli artt. 3 e 27, c. 3, della Costituzione.

² Introdotto dall’art. 1 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell’attività amministrativa, conv., con modif., nella l. 12 luglio 1991, n. 203.

³ Come noto la disposizione, in riferimento ad eterogenee fattispecie di reato, prevede che l’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI (esclusa la liberazione anticipata) non possano essere concessi ai detenuti e internati che non abbiano collaborato con la giustizia a norma dell’art. 58-*ter* della l. n. 26 luglio 1975, n. 354, Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà (d’ora in poi: ord. penit.). Sull’art. 4-*bis* di tale legge, recentemente, cfr. L. PACE, *La libertà personale e il governo dell’insicurezza sociale: il caso degli articoli 4-bis, 14-bis, 14-ter, 14-quater, 41-bis o.p.*, in M. RUOTOLO e S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

⁴ Sulla riforma penitenziaria come espressione del dettato costituzionale in tema di dignità, inviolabilità dei diritti, umanizzazione delle pene e finalismo rieducativo. cfr. *ex multis*, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Napoli, 2002, 19 ss.; E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall’800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, 155 ss.; F. GIOGGI, *Elementi caratterizzanti del nuovo ordinamento penitenziario*, in *Giust. pen.*, 1976, 118 ss. Un’analisi sull’evoluzione del sistema detentivo in una prospettiva storica è contenuta in C.G. DE VITO, *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia*, Roma-Bari, 2009 e G. NEPPI MODONA, *Gli archivi carcerari: storia dell’istituzione penitenziaria o storia dei detenuti*, in M. GALZIGNA (a cura di), *La follia, la norma, l’archivio. Prospettive storiografiche e orientamenti archivistici*, Venezia, 1984, 229-234.

⁵ Su cui, v. A. MARGARA, *Per Mario Gozzini, Il carcere utile: il senso di un impegno*, in *Rass. penit. crim.*, 3, 1999, 117-126; T. BASILE, T. FASSONE, T. TUCCILLO, *La riforma penitenziaria. Commento teorico pratico alla l.663/1986*, Napoli, 1987.

⁶ [Corte cost., sent. n. 349 del 1993](#). Sul necessario bilanciamento tra tutela dei diritti ed esigenze di sicurezza connaturate allo stato di detenzione, cfr., ampiamente e di recente, il volume di A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del Giudice delle leggi*, Bari, 2018, nonché M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in [Rivista AIC](#), 3, 2016.

principi posti dal dettato costituzionale a tutela di ogni individuo, prescindendo dalle condotte messe in atto, compresa l'eventuale scelta di porsi gravemente in contrasto con i beni tutelati dal diritto penale⁷. Principi solennemente ribaditi anche alla fine degli anni '90 nella storica [pronuncia n. 26 del 1999](#): «la dignità della persona (...) anche in questo caso – anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale».

La sentenza in commento, valorizzando l'ideale rieducativo nei confronti dei condannati per delitti che l'ordinamento considera particolarmente “odiosi”, sembra porsi in linea di continuità con le richiamate pronunce segnando, viceversa, un parziale allontanamento dalla precedente giurisprudenza che aveva sostanzialmente avallato la costituzionalità dell'ergastolo – sia comune, sia ostatico⁸ – limitandosi ad un ampliamento degli strumenti concedibili al fine di assicurare al detenuto una seppur ridotta prospettiva di reinserimento⁹.

Nel dettaglio i giudici costituzionali hanno censurato la disciplina contenuta nell'art. 58-*quater*, c. 4, ord. penit., sotto diversi profili tutti riconducibili all'irrinunciabilità del principio rieducativo e alla progressione del trattamento nel corso dell'esecuzione penale.

Preliminare accento è posto dalla Corte sulla profonda irragionevolezza della disciplina censurata rispetto al regime applicabile alla generalità dei condannati all'ergastolo, anche inseriti nell'ampio sistema di preclusioni delineato dall'art. 4-*bis*, c. 1, ord. penit.

La disposizione, specificano i giudici, prevedendo che i condannati per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione ovvero di terrorismo o di eversione che abbiano cagionato la morte del sequestrato «non sono ammessi ad alcuno dei benefici (...) se non abbiano espriato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni» contiene una rigida soglia temporale non contemplata nei confronti degli altri ergastolani sia comuni sia ostatici. In effetti, in riferimento ai delitti di prima fascia, l'art. 4-*bis*, c. 1, ord. penit. subordina l'assegnazione al lavoro all'esterno e la concessione dei benefici penitenziari alla collaborazione con la giustizia (o alla dimostrazione della sua impossibilità o irrilevanza)¹⁰, mentre in assenza del meccanismo ostatico, la possibilità di accedervi è ammessa dopo l'espiazione di differenziate soglie di pena, riducibili per effetto della liberazione anticipata¹¹, in seguito alla positiva valutazione del percorso rieducativo da parte della magistratura di sorveglianza.

⁷ La conservazione della titolarità dei diritti nei confronti delle persone in esecuzione penale è stata valorizzata dalla giurisprudenza costituzionale sin dalla fine degli anni '70: «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca. Si tratta di un principio accolto nel nostro ordinamento nell'art. 27, c. 3, Cost. (...) ed è, allora, alla luce di questo precetto che (...) va considerato il trattamento del condannato» ([Corte cost., sent. n. 114 del 1979](#)).

⁸ [Corte cost., sent. nn. 274 del 1983](#) e [161 del 1997](#) in riferimento agli istituti della liberazione anticipata e della liberazione condizionale. Un'ampia riflessione sulle molteplici criticità dell'ergastolo, non solo ostatico, è contenuta nella seconda parte del volume F. CORLEONE e A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena, pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012, 79-147. Più recentemente sull'istituto nella sua forma ostatica, C. MUSUMECI e A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostatico*, Napoli, 2016.

⁹ In proposito è stato recentemente osservato che «per la prima volta una dichiarazione di illegittimità costituzionale investe frontalmente una forma di ergastolo» (E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 18 luglio 2018).

¹⁰ [Corte cost., sent. nn. 68 e 504 del 1995](#).

¹¹ In particolare, ricorda la Corte «La generalità degli ergastolani non sottoposti al regime di cui all'art. 58-*quater* ordin. penit. può di regola essere ammessa: a) al lavoro all'esterno, dopo l'espiazione di almeno dieci anni (art. 21, c. 1, ultima proposizione, ordin. penit.), riducibili sino a un minimo di otto anni in conseguenza dell'integrale riconoscimento delle detrazioni di pena conseguenti alla liberazione anticipata; b) ai permessi premio, dopo l'espiazione, parimenti, di dieci anni (art. 30-*ter*, c. 2, lettera d, ordin. penit.), anch'essi riducibili sino a un minimo di otto anni grazie alla liberazione anticipata; c) alla semilibertà, dopo l'espiazione di venti anni (art. 50, c. 5, ordin. penit.), riducibili sino a un minimo di sedici anni grazie alla liberazione anticipata; nonché d) alla liberazione condizionale, dopo l'espiazione di ventisei anni (art. 176, c. 3, cod. pen.), anch'essi riducibili a un minimo di circa ventun anni grazie, ancora, alla liberazione anticipata» (punto 3 del considerato in diritto).

Viceversa l'art. 58-*quater*, c. 4, ord. penit., ponendo un'unica rigida soglia temporale di ventisei anni – non riducibile per effetto della liberazione anticipata – «sovverte irragionevolmente la logica gradualistica», delineando un regime discriminatorio nei confronti dei soli condannati per i delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p. Ne consegue la fondatezza della prima eccezione sollevata dal rimettente: il combinato disposto degli artt. 3 e 27, c. 3, Cost. esige sempre il rispetto del «principio della progressività trattamentale e flessibilità della pena (...)»¹², ossia del graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale durante l'intero arco dell'esecuzione»¹³.

La rigidità della soglia risulta tanto più gravosa in considerazione dell'impossibilità di operare detrazioni di pena a titolo di liberazione anticipata sino al termine di ventisei anni così «sterilizzando ogni effetto pratico» dell'istituto che, come conferma consolidata giurisprudenza¹⁴, costituisce un imprescindibile «incentivo a partecipare all'opera di rieducazione». In effetti analizzando la normativa penitenziaria, la liberazione anticipata si pone in una posizione servente rispetto alle disposizioni volte a stimolare la predisposizione di un trattamento risocializzante offerto «secondo un criterio di individualizzazione» (art. 1, c. 5, ord. penit.), teso a «rispondere ai particolari bisogni della personalità» di ciascun condannato (art. 13, c. 1, ord. penit.), mediante l'osservazione scientifica della personalità¹⁵ che confluisce nel «programma di trattamento, integrato o modificato a seconda delle esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione» (art. 13, c. 3, ord. penit.)¹⁶.

In questo percorso trattamentale in progressivo divenire la legislazione penitenziaria, lungi dal porre il detenuto in una posizione di subordinazione rispetto a valutazioni altrui, gli attribuisce un ruolo attivo nel processo di modulazione delle misure rieducative a lui rivolte, dovendosi favorire «la collaborazione dei condannati e degli internati alle attività di osservazione e di trattamento» (art. 13, quarto c., ord. penit.). A tal fine, il regolamento di esecuzione¹⁷ prevede che l'osservazione della personalità sia vincolata a valutazioni periodiche circa l'attualità della disponibilità del condannato «ad usufruire degli interventi del trattamento» e che gli operatori penitenziari debbano avviare con il ristretto una riflessione sulle «condotte antiggiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse (...) e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato» (art. 27, c. 1, reg. esec.)¹⁸.

Muovendo in analogia direzione, il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha specificato che «il trattamento finalizzato alla rieducazione e alla reintegrazione sociale del reo, presuppone la definizione, previa osservazione, di un'ipotesi individualizzata il cui presupposto non può che essere l'adesione consapevole e responsabile del condannato (...)»¹⁹. La sua attiva partecipazione «concorre alla riduzione della recidiva ed all'aumento di un clima generale di sicurezza. (...)»

¹² Sul punto i giudici costituzionali richiamano le precedenti sentt. nn. [504 del 1995](#) e [445 del 1997](#), [255](#) e [257 del 2006](#).

¹³ Punto 5 del considerato in diritto.

¹⁴ [Corte cost., sentt. nn. 276 del 1990](#) e [186 del 1995](#).

¹⁵ L'art. 29, c. 2, del d.p.r. 29 aprile 1976, n. 431, Approvazione del regolamento di esecuzione della L. 26 luglio 1975, numero 354 (d'ora in poi: reg. esec.), recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà, prevede che l'attività sia compiuta dal gruppo di osservazione e trattamento (G.O.T.) presieduto dal direttore dell'istituto e composto dal personale e dagli esperti che svolgono le attività di osservazione; il gruppo si riunisce periodicamente al fine di esaminare gli sviluppi e i risultati del trattamento (art. 29, c. 3, reg. esec.).

¹⁶ Con riguardo alla modificabilità e progressività del trattamento, il regolamento di esecuzione specifica ulteriormente che «l'osservazione è diretta ad accertare, attraverso l'esame del comportamento del soggetto e delle modificazioni intervenute nella sua vita di relazione, le eventuali nuove esigenze che richiedono una variazione del programma di trattamento» (art. 27, c. 3, reg. esec.). Sul programma di trattamento come strumento complesso rivolto al recupero sociale del condannato v. F. FIORENTIN, *L'osservazione scientifica della personalità*, in [Diritto.it](#), ottobre 2004 e P. BASCO, L. DEL CITERNA e V. CRISTIANO, *Oltre la violenza. La terapia della parola dietro le sbarre*, Roma, 2006, 33 ss.

¹⁷ D.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà.

¹⁸ Il ruolo attivo del condannato nella definizione del percorso rieducativo è valorizzato sin dall'inizio dell'esecuzione essendo «l'osservazione specificamente rivolta, con la collaborazione del condannato o dell'internato, a desumere elementi per la formulazione del programma individualizzato di trattamento, il quale è compilato nel termine di nove mesi» (art. 27, c. 2, reg. esec.).

¹⁹ Circolare D.A.P. n. 3593/6043 del 10 ottobre 2003.

[definendo], il programma di trattamento, non ipotesi generiche ma impegni e obiettivi precisi consapevolmente assunti dal condannato»²⁰.

L'articolato percorso trattamentale, la cui condivisione con il ristretto assume centrale rilevanza ai fini dell'effettività del finalismo rieducativo, risulta inevitabilmente frustrato nelle ipotesi di reato previste dagli artt. 289-*bis* e 630 c.p. in ragione dell'impossibilità di ridurre la pena a titolo di liberazione anticipata: dilazionando sino al termine di ventisei anni «la possibilità di accedere a qualsiasi beneficio penitenziario (...) è assai probabile che il condannato all'ergastolo per i due titoli di reato che vengono in considerazione possa non avvertire, quanto meno in tutta la prima fase di esecuzione della pena, alcun pratico incentivo ad impegnarsi nel programma rieducativo, in assenza di una qualsiasi tangibile ricompensa in termini di anticipazione dei benefici che non sia proiettata in un futuro ultraventennale, percepito come lontanissimo nell'esperienza comune di ogni individuo»²¹.

Il terzo profilo di intrinseca irragionevolezza dell'art. 58-*quater*, c. 4, ord. penit., in relazione alla funzione rieducativa, si pone in linea di continuità con l'ormai ampio filone della giurisprudenza costituzionale teso a ridurre fortemente l'uso di automatismi legislativi che impediscono – o rendono estremamente difficile – l'accesso ai benefici penitenziari in relazione a categorie di soggetti colpiti da presunzioni assolute di pericolosità²². Nel dettaglio, l'operatività della preclusione temporale automatica preclude al giudice la possibilità di valutazioni individualizzate sul percorso rieducativo concretamente intrapreso dal condannato «in ragione soltanto del titolo di reato che supporta la condanna»²³. Si tratta di un automatismo assoluto, prosegue la Corte, che contrasta con l'ineliminabile finalità della rieducazione che richiede una valutazione casistica in materia dei benefici penitenziari «da declinarsi nella fase esecutiva come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena». Ciò premesso i giudici costituzionali, dopo un richiamo alla giurisprudenza di Strasburgo in materia di obbligatorietà in capo agli Stati Parte di consentire anche agli ergastolani di reinserirsi nel consesso sociale²⁴, valorizzano il finalismo rieducativo di cui al c. 3 dell'art. 27 Cost. con una solenne dichiarazione: la personalità del condannato «non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento. Prospettiva (...) che chiama in causa la

²⁰ La necessaria partecipazione del condannato all'offerta trattamentale è ulteriormente ribadita nella successiva circolare n. 0217584 del 14 giugno 2005: «le proposte trattamentali maturate durante l'osservazione ed ipotizzate dal GOT devono essere rese note al soggetto interessato, per verificare la sua collaborazione (art. 27, co. 2 reg. esec.) ed acquisire la sua adesione esplicita, già prima di consolidarle nel documento di sintesi che l'equipe deve produrre».

²¹ Punto 6 del considerato in diritto. In argomento la Corte richiama anche la [sentenza n. 276 del 1990](#) e, ancora in relazione alla liberazione anticipata, la [n. 186 del 1995](#).

²² Si pensi, oltre alle pronunce richiamate nella sentenza in commento, alle declaratorie della Corte costituzionale che hanno smantellato l'impianto dell'articolo 69, c. 4, c.p., nella parte in cui prevedeva il divieto assoluto di prevalenza di alcune circostanze attenuanti sulla recidiva *ex art.* 99, c. 4, c.p. (sul punto v. G. LEO, *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9, 2017, 136-141) o alle declaratorie di incostituzionalità che dal 2010 al 2015 hanno colpito l'art. 275, c. 3, c.p.p. demolendo parzialmente l'impianto delineato dal pacchetto sicurezza del 2009 in materia di obbligatorietà della custodia cautelare in carcere (cfr. V. MANES, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 4, 2014, 457-468; P. TONINI, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 3, 261-268; F. GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in *Giur. it.*, 3, 2013, 113 ss.; G. GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte Costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 4903 ss.). Sulla censura degli automatismi assoluti, v. anche la [sentenza n. 239 del 2014](#) in cui il Giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità della preclusione di cui al 4-*bis*, c. 1, ord. penit. nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione la detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* ord. penit.) e, su analogo punto, la più recente [sentenza n. 76 del 2017](#) (cfr. G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi dell'ordinamento penitenziario*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5, 2017, 321-329; P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giur. cost.*, 2017, in particolare 737 e s.).

²³ Punto 7 del considerato in diritto.

²⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza 9 luglio 2013, [Vinter e altri contro Regno Unito](#), ric. n. 66069/09, 130/10 e 3896/10, paragrafi 111-113.

responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità (...); ma che non può non chiamare in causa – assieme – la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società»²⁵.

La Corte, rivolgendo esplicitamente il principio rieducativo a legislatore e giudici si pone in linea di continuità con la storica [sentenza n. 313 del 1990](#) in cui, superando la visione polifunzionale della pena²⁶, il Giudice delle leggi ha per la prima volta affermato la portata della risocializzazione quale valore generale dell'ordinamento posto in relazione di necessaria interdipendenza con il momento umanitario: «il precetto di cui al c. 3 dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici di cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie».

La [sentenza n. 149 del 2018](#), pur non essendo espressione di un'analogia svolta di principio, assume un'indubbia centralità nel ribadire, anche in riferimento alla commissione dei delitti puniti con la pena perpetua, che il finalismo rieducativo – in esecuzione di un preciso obbligo costituzionale – deve necessariamente tradursi nella garanzia di una pena flessibile, le cui modulazioni sono affidate a valutazioni casistiche operate dal giudice sul singolo percorso intrapreso sia, in un momento antecedente, in scelte legislative che favoriscano positivamente, tramite la progressione del trattamento, il reinserimento sociale voluto dai Costituenti in riferimento a ogni condannato. In conclusione se la sentenza in commento sembra lontana da poter scardinare in radice il meccanismo ostativo delineato nel c. 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. (più volte richiamato dalla stessa pronuncia), i giudici costituzionali hanno aggiunto un tassello di indubbia rilevanza nel percorso che conduce alla massima valorizzazione del reinserimento sociale.

Sono considerazioni tanto più rilevanti se contestualizzate nell'attuale momento storico-politico in cui l'opinione pubblica, sospinta da forze parlamentari sempre più inclini a una visione neo-retributiva del sistema sanzionatorio, individua la certezza della pena²⁷ nella certezza del carcere,

²⁵ La declaratoria di illegittimità non ha invece colpito la disciplina dettata dallo stesso art. 58-*quater*, c. 4, ord. penit., in riferimento ai condannati a pena detentiva temporanea per i delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p.; il compito di individuare gli opportuni rimedi alle eventuali disparità di trattamento conseguenti alla pronuncia spetta al legislatore. La specifica indicazione che i giudici costituzionali indirizzano alle forze politiche non lascia tuttavia ben sperare in considerazione dell'inerzia legislativa che sovente si manifesta in materia penitenziaria. Si pensi, in proposito, alla [sentenza n. 26 del 1999](#), additiva di principio in materia di tutela giurisdizionale per i reclami generici ex art. 35 ord. penit. o, più recentemente, al monito riferito alla garanzia del diritto all'intimità-sessualità intramuraria contenuto nella [sent. n. 301 del 2012](#) (sulla prima questione cfr. in *Giur. cost.*, 1999, 176 ss., le note critiche di S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*; M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*; C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria?*. Sulla seconda questione sia consentito un rinvio a S. TALINI, *Diritto inviolabile o interesse cedevole? Affettività e sessualità dietro le sbarre (secondo la sentenza n. 301/2012)*, in *Studium Iuris*, 10, 2013, 1089 ss., nonché a F. FIORENTIN, *Affettività e sessualità in carcere: luci ed ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, in *Giur. cost.*, 6, 2012, 4726 ss.).

²⁶ Sul forte ridimensionamento dell'ideale rieducativo inserito, fino alla [sentenza n. 313 del 1990](#), nel solo trattamento penitenziario v. M. RUOTOLO, *Obiettivo carcere: guardando al futuro (con un occhio al passato)*, sul [sito](#) del Ministero della giustizia, 2015, 2, 56 ss. e M. D'AMICO, *sub art. 27*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 572-73. Una ricostruzione del dibattito sulle funzioni attribuite alla pena nel sistema post costituzionale è contenuta in G. NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 315.

²⁷ È l'espressione utilizzata all'interno del "Contratto per il Governo del cambiamento" stipulato da Lega e Movimento cinque stelle in riferimento alle proposte in materia penale: al fine di garantire il principio della certezza della pena «è essenziale riformare i provvedimenti emanati nelle precedenti legislazioni tesi unicamente a conseguire effetti deflattivi in termini processuali e carcerari, a totale discapito della sicurezza della collettività. (...) Per far sì che chi sbaglia torni a pagare è necessario riformare e riordinare il sistema venutosi a creare a seguito dei seguenti provvedimenti:

muovendosi in una direzione antitetica rispetto alla strada costituzionalmente tracciata del “diritto penale minimo”²⁸ e del ricorso a misure *extramoenia*.

In un clima in cui si sente invocare, più che la sicurezza dei diritti, un tetro “diritto alla sicurezza”²⁹ dietro al quale si celano pericolose spinte antigarantiste, il Giudice delle leggi ha saputo riportare al centro del dibattito il rispetto della certezza del diritto quale principio che impone, in ossequio ai precetti costituzionali di umanizzazione e rieducazione, di declinare il termine pena al plurale, immaginando un sistema gradualmente diversificato di misure e sanzioni, riferite alla personalità in divenire di ciascun ristretto declinato al singolare³⁰. L’art. 27, c. 3, Cost. rivolgendo il finalismo rieducativo al “condannato” (come singolo) e non ai “condannati” (come popolazione detenuta), sembra cioè imporre un preciso obbligo costituzionale di differenziazione nell’erogazione del trattamento, con riguardo alle attitudini e alle peculiarità di ciascun ristretto, così consacrando l’illegittimità di discipline fondate, come quella censurata, su preclusioni assolute e granitici meccanismi presuntivi che guardano al reato commesso e non all’innegabile mutevolezza di ogni persona anche nel corso dell’esecuzione penale.

l’abrogazione e la depenalizzazione di reati, trasformati in illeciti amministrativi e civili, la non punibilità per particolare tenuità del fatto, l’estinzione del reato per condotte riparatorie anche in assenza del consenso della vittima, nonché i periodici “svuota carceri”, a cui si aggiunge il *favor* nei confronti delle presunzioni assolute al fine di eliminare «gli elementi di incertezza interpretativa» (22 e s.).

²⁸ L’espressione, è noto, si deve a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 2009, 156.

²⁹ A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA e M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, 2001, Roma, 19 ss.

³⁰ La centralità dell’uso del termine “pena” al plurale nell’art. 27, c. 3, Cost. emerge chiaramente in M. RUOTOLO, *La detenzione e i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, in Costituzionalismo.it, 2015, 2, 5; la declinazione di “condannato” al singolare è stata recentemente messa in luce da R. BALDUZZI in occasione della presentazione del volume di M. RUOTOLO e S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, cit., svoltasi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi Roma Tre, il 13 dicembre 2017.

Antonio Ruggeri**Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione***

SOMMARIO: 1. La definizione della natura e struttura della famiglia quale spia di un generale modo d'intendere e far valere la Costituzione. – 2. La spinosa questione relativa al modo con cui far luogo al riconoscimento dei principi e dei diritti fondamentali, il ruolo al riguardo giocato da *consuetudini culturali* diffuse e radicate nel corpo sociale, le oscillazioni della Costituzione tra il corno della fedeltà alla propria matrice originaria e l'altro al rinnovamento e alla incessante rigenerazione semantica. – 3. Le consuetudini culturali quale punto obbligato di riferimento al fine di determinare dove passa la linea di confine tra le novità che possono aversi per via d'interpretazione della Costituzione e le altre che richiedono la sua revisione, e il rischio di gravi alterazioni nei rapporti tra legislatore e giudici conseguenti ad usi abnormi degli strumenti di cui essi dispongono. – 4. Il significato del riferimento alla tradizione culturale da cui emerge il volto della famiglia, nella sua monotipica e inconfondibile conformazione, e la questione se essa possa dirsi cambiata anche per effetto dell'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea. – 5. Battuta senza successo la via della apertura al matrimonio tra persone dello stesso sesso attraverso una nuova interpretazione dell'art. 29, è da chiedersi se a ciò possa condurre la revisione con le procedure dell'art. 138, che tuttavia parrebbe essere priva del supporto che dovrebbe esserle offerto da una consuetudine culturale in tal senso orientata, ad oggi non pervenuta a compiuta maturazione. – 6. Esempi di alterazioni del modello costituzionale in tema di famiglia per mano di giudici e legislatore, e segnatamente il ribaltamento avutosi nel rapporto tra eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia, la parificazione della condizione dei figli naturali e di quelli legittimi, l'apparentemente stupefacente evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di adulterio, la trasmissione del cognome materno ai figli. – 7. Il diritto alla genitorialità e la varietà delle sue forme e del loro giuridico rilievo, all'incrocio tra etica, scienza e diritto (con specifico riguardo al divieto di utilizzo degli embrioni crioconservati a finalità di ricerca e alla surrogazione di maternità). – 8. Le sofferte esperienze di fine-vita, specie se coinvolgenti i minori, e l'inquietante quesito relativo alla determinazione del punto fino al quale può spingersi la responsabilità genitoriale.

1. La definizione della natura e struttura della famiglia quale spia di un generale modo d'intendere e far valere la Costituzione

Più volte mi è capitato, in occasione dello studio di specifiche questioni di diritto costituzionale, di provare la stessa sensazione di un bambino che spia dal buco della serratura e scopre che oltre di esso v'è un mondo che gli era dapprima rimasto interamente nascosto.

Così, è anche oggi. Tornando a riflettere sulla famiglia, la sua natura e struttura secondo Costituzione, ho pian piano preso consapevolezza del fatto che essa è legata da un filo lungo e sottile ma resistentissimo alle categorie fondamentali della teoria costituzionale e che perciò l'analisi delle principali questioni che la riguardano, a partire da quella concernente la sua definizione (e, dunque, l'identità), evoca in campo l'idea stessa di Costituzione, la sua essenza e funzione. L'impostazione metodica dello studio e i suoi lineari svolgimenti teorico-ricostruttivi risultano infatti orientati (o, ad esser franchi, preorientati) dalla previa adesione a questa o quella visione generale della Costituzione, del suo modo d'intenderla e farla valere nell'esperienza. D'altro canto, è risaputo che tra la teoria generale e l'analisi di questioni particolari si dà un mutuo, incessante ed inscindibile interscambio di suggestioni di vario segno e intensità, l'una non potendo comunque fare a meno delle altre, e viceversa.

Ovviamente, non si ha qui la pretesa di ripensare *ab ovo* annose e discusse questioni di ordine generale, che richiedono sedi loro proprie di trattazione ed approfondimenti e verifiche qui non consentiti. Mi limiterò, dunque, unicamente ad esporre, senza argomentare, le premesse del mio ragionamento, rimandando ad altri luoghi di riflessione scientifica per i necessari ragguagli a loro

* Relazione al Convegno su *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme: rapporti di coppia e ruolo genitoriale*, Catania 27-29 settembre 2018, alla cui data lo scritto è aggiornato.

supporto, muovendo da quelli che considero dati ormai acquisiti o, comunque, dotati di diffuso e saldo radicamento nella teoria costituzionale. Tenterò quindi di mostrare come questi riferimenti di ordine teorico non siano affatto una divagazione *extra moenia* e che, di contro, risultino direttamente e – spero – linearmente conducenti all’obiettivo qui avuto di mira, portando all’esito di cogliere l’essenza dell’istituto familiare secondo Costituzione.

Il primo di tali dati è quello che vede la Costituzione come un “tutto” unitario e coerente nelle sue parti: resiste, infatti, la *summa divisio* tra queste ultime, come pure la precedenza rispetto ad esse dei principi fondamentali che proiettano un fascio di luce sull’intero campo costituzionale e consentono di mettere a punto significati e valenze degli enunciati della Carta; si danno tuttavia – è ormai provato – mutue implicazioni tra le parti suddette, come pure tra le loro norme e i principi di base dell’ordinamento¹, al punto che si dimostra essere assai arduo (e, forse, inevitabilmente forzoso) stabilire *in astratto* ciò che è rivedibile e ciò che non lo è ovvero, al piano delle relazioni interordinamentali, ciò che può opporsi all’ingresso di norme e pronunzie dei giudici aventi origine esterna, in nome della teoria dei c.d. “controlimiti”, e ciò che invece è da considerare “cedevole”².

È ovvio che l’unitarietà della Costituzione non può (e non deve) essere intesa con eccessivo rigore, assumendo che tutte le regole della legge fondamentale della Repubblica, sostantive ovvero organizzative, si pongano quale filiazione immediata e diretta dei principi e che, perciò, riparandosi dietro il formidabile scudo protettivo da questi eretto risulterebbero esse pure intangibili. Avverso il rischio della innaturale “pietrificazione” dell’ordinamento costituzionale (ma, a cascata, dell’ordinamento *tout court*) è pronta l’obiezione secondo cui la stessa Costituzione prefigura le procedure volte al suo formale aggiornamento e che, laddove non se ne dovesse fare l’uso necessario e adeguato, la Costituzione andrebbe soggetta a *vulnera* talmente gravi da determinarne lo snaturamento e lo smarrimento, secondo quanto peraltro si tenterà di dire meglio a breve.

La circostanza, dunque, per cui si dà un’interna coerenza e armonia tra principi e regole frutto della mano del Costituente non esclude (ed anzi implica) la eventualità dell’innovazione costituzionale, specie laddove le seconde si mostrino ormai *temporis ratione* inadeguate a servire al meglio i primi, i quali pure non si sottraggono, a mio modo di vedere, al loro possibile (e

¹ In argomento, v., almeno, 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., e G. SILVESTRI, *I principi e le istituzioni: i rapporti tra prima e seconda parte della Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di A. Giorgis - E. Grosso - J. Luther, Einaudi, Torino 2016, 291 ss.

² Su ciò, ora, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e, con specifico riguardo all’identità costituzionale, G. DI FEDERICO, *L’identità nazionale degli stati membri nel diritto dell’Unione europea. Natura e portata dell’art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e, dello stesso, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in Federalismi.it, 11/2018, 23 maggio 2018, nonché ora AA.VV., *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018, e, infine, G. MARTINICO, *Constitutional Conflicts and Agonistic Pluralism: What Can We Learn From Political Theory?*, in AA.VV., *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, a cura di M. Avbelj - G. Davies, Elgar, Cheltenham 2018, 78 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l’interpretazione dell’“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell’UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l’Union: la long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss., e il mio [Taricco, amaro finale di partita](#), in questa [Rivista, Studi 2018/III](#), 488 ss. Per la mia parte, da tempo vado argomentando l’idea secondo cui non si danno “controlimiti” astrattamente opponibili all’ingresso di norme e pronunzie dei giudici aventi origine esterna, dovendosi piuttosto verificare nei singoli casi ed alla luce del “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dove si situi la norma o l’insieme di norme in grado di portare alla ottimale affermazione della Costituzione come “sistema”, nei limiti consentiti dalle condizioni oggettive di contesto. Ed è chiaro che questa soluzione non può non valere altresì per le innovazioni normative di origine interna. Così, nessuno può in astratto dire se una legge di forma costituzionale abbia, o no, superato i limiti alla revisione (al di fuori del caso di scuola di legge palesamente eversiva dell’ordine costituzionale) e, in genere, se persino una legge comune meriti di essere annullata per violazione della Costituzione: valutazioni, tutte queste, che possono farsi unicamente a seguito di delicate e non di rado sofferte operazioni di ponderazione assiologicamente qualificate, in ragione del contesto in cui s’inscrivono e dei beni della vita di volta in volta in gioco, soppesando dunque se è maggiore il beneficio ovvero il costo che si ha per effetto della perdurante vigenza di norme pur incompatibili con questa o quella norma costituzionale, *persino se espressiva di un principio fondamentale*, e però idonee ad offrire un servizio ad altre norme.

auspicabile) aggiornamento che, restando fedele alla loro matrice di valore, ne rafforzi la capacità espansiva e inclusiva³. Si dà, nondimeno, una direttiva metodica di azione alla quale gli artefici della produzione giuridica sono costantemente tenuti ad attenersi, che viene dal cuore pulsante della Costituzione che, secondo la efficacissima e ad oggi attuale formula dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, è dato dal riconoscimento dei diritti fondamentali, in funzione della cui salvaguardia si pone l'altro elemento costitutivo della Costituzione e principio di organizzazione, la separazione dei poteri.

Non v'è, non può esservi, insomma, innovazione costituzionale (ma, generalizzando, innovazione positiva *tout court*) che non rinvenga, sia pure in forma mediata, giustificazione nell'obiettivo della salvaguardia, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto, dei diritti⁴. Lo stesso riferimento ai doveri inderogabili (e, proprio perciò, essi pure fondamentali⁵) di solidarietà, fatto congiuntamente al riconoscimento dei diritti nell'art. 2 della Carta, non avrebbe alcun senso se visto come innaturalmente separato o, peggio, contrapposto rispetto a questo⁶; tutt'all'inverso, è proprio grazie all'adempimento dei doveri che i diritti possono essere messi al riparo dalle minacce sugli stessi incombenti e, prima ancora, che la loro proclamazione non suoni meramente teorico-astratta o, diciamo pure, beffarda, laddove non accompagnata dalla predisposizione delle condizioni necessarie alla loro affermazione (tra le quali centralità di posto hanno appunto i doveri di solidarietà).

La Costituzione, insomma, negli ordinamenti di tradizioni liberali è, *in nuce*, una Carta dei diritti fondamentali⁷. Gli stessi principi fondamentali hanno in ciò la *ratio* della loro esistenza, il *fine* e il

³ Mi sono sforzato di argomentare quest'idea con esempi nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, intervento al Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l'8 e il 9 giugno 2018 su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, nella [Rivista telematica del Gruppo di Pisa](#), 2/2018, 20 giugno 2018. Con specifico riguardo ai diritti fondamentali, sulla loro "vocazione inclusiva" v., di recente, A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2016.

⁴ Avverto che d'ora innanzi, trattando dei diritti fondamentali, ometterò spesso, per scorrevolezza della esposizione, di far riferimento all'aggettivo qualificativo, assumendolo come implicito.

⁵ Su questa opportuna precisazione, v., part., A. SPADARO, in più scritti, tra i quali *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 1/2006, 167 ss.

⁶ Sulla solidarietà si discute – come si sa – animatamente da tempo (riferimenti in F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, e, dello stesso, *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Giappichelli, Torino 2007, 3 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 305 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2016, 20 aprile 2016, 1 ss.; P. CHIARELLA, *Società a solidarietà limitata. Lo Stato sociale in Europa*, in *Pol. dir.*, 4/2017, 689 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino 2017; A. SCHILLACI, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea: appunti sul principio di solidarietà*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2017, 17 marzo 2017, 27 ss.; S. GIUBBONI, *La solidarietà come "scudo". Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 3/2018, 591 ss., e, con specifico riguardo alla condizione dei migranti, tra gli altri, V. BERLINGÒ, *L'humanitas e la fundamentalità del diritto: il 'trattamento' degli immigrati irregolari*, in *Dir. amm.*, 3/2017, 529 ss.; R. CARIDA, *I diritti di cittadinanza inclusiva tra esigenze di sicurezza e doveri di solidarietà*, cit., nonché i contributi all'incontro di studio su *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, svoltosi a Messina il 28 e 29 giugno 2018, i cui Atti sono in corso di stampa; altri riferimenti possono aversi dai miei *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2017, 18 maggio 2017, e [Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio](#), in questa [Rivista](#), *Studi 2017/III*, 445 ss.); resta, nondimeno, ad oggi largamente inesplorato il modo con cui diritti e doveri si combinano reciprocamente, specie nelle più spinose e complesse vicende giuridicamente rilevanti, quali quelle che vengono poi portate alla cognizione dei giudici.

⁷ Un tempo si sarebbe detto *la* Carta; oggi, però, col proliferare delle Carte dei diritti in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali (tra le quali, per ciò che a noi specificamente importa, la CEDU e la Carta dell'Unione europea), l'attributo della "costituzionalità" non appare più appannaggio esclusivo delle leggi fondamentali degli Stati. Ciò che poi risulta gravido di implicazioni, anche – come si vedrà – con riferimento al tema qui specificamente studiato.

confine della loro operatività; e si fanno perciò riconoscere – al di là del dato, comunque non insignificante, della loro autoqualificazione⁸ – per il fatto di porsi quali strumenti *necessariamente, direttamente ed immediatamente* conducenti all’obiettivo della salvaguardia dei diritti in parola.

2. *La spinosa questione relativa al modo con cui far luogo al riconoscimento dei principi e dei diritti fondamentali, il ruolo al riguardo giocato da consuetudini culturali diffuse e radicate nel corpo sociale, le oscillazioni della Costituzione tra il corno della fedeltà alla propria matrice originaria e l’altro al rinnovamento e alla incessante rigenerazione semantica*

Si pone, a questo punto, l’ardua questione relativa al modo con cui far luogo al riconoscimento dei principi e dei diritti fondamentali.

Senza che se ne possa ora dire *ex professo* e rimandando, come di consueto, ad altre sedi di riflessione scientifica per maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, mi limito qui a rinnovare il convincimento, nel quale anzi sempre di più vado radicandomi, a riguardo del fatto che un ruolo di prima grandezza sia allo scopo giocato da *consuetudini culturali* diffuse nel corpo sociale, cui danno quindi voce gli operatori istituzionali con gli strumenti dei quali dispongono (spec. leggi e pronunzie dei giudici), consuetudini che dunque si pongono, a conti fatti, a parametro dell’interpretazione costituzionale, fattori cioè di stabilizzazione e di rinnovamento allo stesso tempo di quest’ultima (e, di riflesso, di quello).

È stato da tempo avvertito da una sensibile dottrina che la Costituzione, più e prima ancora che essere un *atto*, è un *processo*⁹, attraversato da un moto interno incessante¹⁰. La qual cosa, peraltro, non sta a significare che occasionali esperienze possano immediatamente riflettersi sul dettato costituzionale lasciando in esso il segno della loro affermazione. Una interpretazione costituzionale che dovesse risentire di pulsioni effimere si porrebbe in frontale opposizione con il suo oggetto, con l’essenza stessa della Costituzione, col suo essere cioè fattore di emersione e di ordine di ciò che v’è di più profondo e profondamente avvertito nel corpo sociale, di cui si fanno appunto portatrici ed interpreti le consuetudini in parola; ed opponendosi al suo oggetto, fatalmente rinnegherebbe se stessa.

In questo quadro, l’*original intent*, al quale – come si sa – la giurisprudenza costituzionale ha fatto richiamo proprio con riguardo alla questione di cruciale rilievo concernente la nozione stessa di famiglia (in relazione alla richiesta, negata, del diritto alle nozze tra persone dello stesso sesso)¹¹, gioca un ruolo “garantista” di grande momento, ponendosi a freno della deriva soggettivistica dell’interpretazione costituzionale¹². E questo vale nei confronti di occasionali pretese avanzate tanto dalle forze politico-sociali maggioritarie (ciò che ha uno speciale rilievo proprio nella presente

⁸ La giurisprudenza costituzionale ha peraltro, con riguardo a plurimi campi di esperienza, fatto notare che il criterio dell’autoqualificazione ha un valore meramente indiziario e rimane pertanto soggetto alla prova del contrario: vale, ad es., per ciò che attiene alle leggi d’interpretazione autentica, alle leggi che dichiarino di porre “principi fondamentali” relativi a materie di potestà legislativa ripartita tra Stato e Regioni, agli stessi principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale appunto, non di rado rinvenuti oltre il “luogo” ad essi assegnato nella trama costituzionale (così, ad es., per il principio di legalità in materia penale, la salvaguardia dell’ambiente, la certezza del diritto, ecc.).

⁹ Part., A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.

¹⁰ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [Rivista AIC](#), 1/2013, 1 marzo 2013. In linea con le indicazioni date dagli autori da ultimo richiamati, v., inoltre, M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, relaz. al Convegno su *Alla prova della revisione. Settant’anni di rigidità costituzionale*, cit.

¹¹ Il riferimento è, ovviamente, a [Corte cost. n. 138 del 2010](#). La pronunzia – come pure è noto – ha nondimeno vigorosamente sollecitato il legislatore a prestare la doverosa tutela alle formazioni sociali cui danno vita persone conviventi dello stesso sesso, formazioni che a me par giusto chiamare “parafamiliari”, volendo in tal modo marcare sia la somiglianza che la distanza dalla famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, ex art. 29 della Carta.

¹² Riferimenti al canone interpretativo in parola, all’utilità che può aversene ma anche ai limiti ai quali va incontro, di recente, in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, 3 ss.

coniuntura segnata, da noi come altrove, da un populismo dilagante), quanto da espressioni minoritarie nella società che nondimeno facciano sentire alto e forte il timbro della loro voce: nell'un caso e nell'altro, senza nondimeno che si siano ancora formate delle autentiche *consuetudini culturali* diffuse e radicate, nelle quali, al pari di ciò che si ha (e deve aversi) per i principi di base dell'ordinamento, tutti o quasi tutti si riconoscano, in essi appunto cogliendo l'essenza della Costituzione, la sua naturale proiezione a farsi valere nei tempi lunghi della storia di una comunità politicamente organizzata¹³.

La consuetudine, poi, contrariamente a ciò che molti ritengono, non ha una funzione solo di conservazione dell'esistente ma anche una di rinnovamento. La qual cosa, poi, è tratto costitutivo di ogni norma giuridica (e, segnatamente, di quelle costituzionali) che raccoglie quanto è venuto sedimentandosi nel corpo sociale, vi dà forma ed espressione¹⁴ e, allo stesso tempo, sollecita e promuove la formazione di nuovi processi nomogenetici che si alimentino da nuove consuetudini culturali di riconoscimento dei bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti nel corpo sociale: con un moto, come si vede, che da se medesimo si ricarica e alimenta senza sosta.

La Costituzione, prima e più di ogni altra fonte di diritto, esibisce, dunque, una duplice, strutturale vocazione, oscillando permanentemente tra il corno della fedeltà alla sua matrice originaria e l'altro al rinnovamento e alla rigenerazione semantica, allo scopo di dar voce ai nuovi diritti veicolati dalle consuetudini culturali suddette.

Al pari di Giano bifronte, la Costituzione guarda al passato, alla propria storia, dal legame con la quale non può sciogliersi se non in modo forzoso¹⁵; e guarda anche al futuro, disponendosi ad attrarre a sé e *quodammodo* metabolizzare quanto c'è – come si è venuti dicendo – di più profondo nel corpo sociale, disvelandolo ed offrendovi la protezione più adeguata, alle condizioni oggettive di contesto.

3. Le consuetudini culturali quale punto obbligato di riferimento al fine di determinare dove passa la linea di confine tra le novità che possono aversi per via d'interpretazione della Costituzione e le altre che richiedono la sua revisione, e il rischio di gravi alterazioni nei rapporti tra legislatore e giudici conseguenti ad usi abnormi degli strumenti di cui essi dispongono

Sono, dunque, le consuetudini culturali suddette a tracciare la linea di confine tra ciò che sta o che può stare dentro la Costituzione e ciò che invece vi resta (e deve restarvi) estraneo, tra ciò che può da quella estrarsi per via d'interpretazione e ciò che invece richiede una nuova positivizzazione, ad indicare insomma i punti di rottura nei riguardi delle più avanzate (ma, alle volte, temerarie) riletture degli enunciati, con le quali se ne prospettino inusuali ricostruzioni, non potendosi far altro altrimenti che ricorrere allo strumento della revisione formale al fine dello svecchiamento del linguaggio costituzionale. Ciò che, nondimeno, può rinvenire giustificazione unicamente laddove

¹³ Sul peculiare rapporto che si intrattiene tra Costituzione e tempo, v., part., T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale* (1977), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 477 ss.; P. GIOCOLI NACCI, *Il tempo nella Costituzione*, Cedam, Padova 1984; M. D'AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1992, 39 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2009; A. LONGO, *Tempo interpretazione costituzione*, I, *Premesse teoriche*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

¹⁴ In altri luoghi, mi sono sforzato di mostrare come i fondatori della scienza del diritto pubblico nel nostro Paese (V.E. Orlando e, dopo di lui, part. S. Romano) abbiano tenuto a mettere in evidenza l'attitudine della Costituzione (e delle leggi in genere) a dare voce ai bisogni maggiormente avvertiti nel corpo sociale: una indicazione metodico-teorica, questa, che peraltro si alimenta dalla tradizione romanistica [maggiori ragguagli, nel mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 12 dicembre 2017. Sull'insegnamento orlandiano, v., ora, l'ampio studio di V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari 2018].

¹⁵ ... e segnatamente – secondo una dottrina, come si sa, assai accreditata – per effetto dell'avvento di un nuovo potere costituente che porti all'affermazione dei valori fondamentali nei quali si riconoscono le forze politiche che hanno combattuto la battaglia vittoriosa per l'abbattimento del vecchio ordine costituito e la costruzione sulle sue macerie del nuovo (come si è da noi avuto con la fondazione della Repubblica).

rispondente al fine di dar voce a nuove consuetudini nel frattempo formatesi, sì da adattare appunto ad esse il dettato della Carta.

Quest'ultima via è, nondimeno, come si sa, battuta assai di rado per la parte organizzativa e quasi mai per quella sostantiva¹⁶, per un verso, a motivo del fatto che la revisione di quest'ultima è considerata un vero e proprio tabù¹⁷ e, per un altro verso, perché si ritiene che per via d'interpretazione si possa fare in buona sostanza di tutto, aggiornando il dettato costituzionale praticamente senza limiti.

Qui il discorso s'intreccia con una generale questione di ordine istituzionale, evocando in campo uno squilibrio tra gli operatori che va facendosi sempre più marcato e, forse, irreversibile, che ha quale suo tratto maggiormente espressivo la confusione dei ruoli tra i decisori politici e i garanti (e, segnatamente, tra legislatore e giudici, costituzionali e comuni).

Sulla "supplenza" – com'è usualmente chiamata – di questi nei confronti di quelli si è versato un fiume d'inchiostro e non occorre pertanto spendere ora parola alcuna a conferma di uno stato di cose che, pur nella varietà delle descrizioni datane, è sotto gli occhi di tutti. Una "supplenza" che – per ciò che maggiormente preme mettere in evidenza – attiene non soltanto all'attuazione della Costituzione ma – di più (e peggio) – alla sua modifica e integrazione. Quando, poi, l'attuazione è data, non di rado prende forma a mezzo di leggi che, per l'una o l'altra ragione, si presentano fatte non a modo: leggi che, alle volte, risultano difettose per... *eccesso*, in quanto espressive di discipline irragionevolmente rigide e dettagliate, specie laddove infarcite di divieti, incapaci di adeguarsi alla varietà dei casi, sì da obbligare poi i giudici a rimodellarle al fine di dotarle della necessaria duttilità strutturale¹⁸.

I casi che, però, sono forse di ancora maggiore interesse ai fini di questo studio sono proprio quelli in cui la "supplenza" in discorso si è tradotta in sostanziali e alle volte corpose manipolazioni del dettato costituzionale. Della qual cosa si sono avute (e si hanno) inequivoche testimonianze

¹⁶ Significative eccezioni sono da noi state quelle che hanno riguardato gli artt. 26 e 27 della Carta. Non prendo, poi, in considerazione i casi di revisione inespressa: vuoi per il fatto che un'accreditata dottrina ne esclude la fattibilità e vuoi (e soprattutto) perché il loro riconoscimento risulterebbe comunque assai incerto e opinabile (se n'è, ancora da ultimo, discusso in occasione del Convegno su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, i cui contributi possono vedersi nella [Rivista telematica del Gruppo di Pisa](#)).

¹⁷ Non a caso, tutte le iniziative di riforma più o meno organica da noi poste in essere hanno categoricamente escluso in partenza la rivedibilità della prima parte della Carta e, più ancora, dei principi fondamentali, giudicati "sacri e inviolabili". Tutto ciò, a mia opinione, meriterebbe un complessivo, critico ripensamento (secondo quanto si è tentato di mostrare in più scritti, tra i quali di recente *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, comunicaz. al Convegno da ultimo cit.).

¹⁸ Per restare all'ambito di esperienza in cui ricade l'oggetto del nostro studio, si pensi solo alla complessiva vicenda della legge sulla procreazione medicalmente assistita, cui peraltro si farà cenno più avanti, una legge fatta a pezzi dalla giurisprudenza costituzionale, oltre che posta ad oggetto di ardite reinterpretazioni da parte della giurisprudenza comune. E così pure, per ciò che attiene ad altre dinamiche endofamiliari.

Sulla opportunità di discipline legislative – come suol dirsi – "miti" o "leggere", connotate da essenzialità di disposti, conviene una crescente dottrina [*ex plurimis*, v. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524, del quale v., ora, le precisazioni che sono in *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in *Biolaw Journal*, 2/2018, 77 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti Costituzionali*, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal*, 3/2015, 168; nella stessa *Rivista*, A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, 1/2016, 105 ss., e, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 257 ss., nonché in [Federalismi.it](#), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4. Da ultimo, M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *Biolaw Journal*, 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in questa *Rivista, Studi 2018/I*, spec. 235 ss., e A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.].

tanto per la parte organizzativa, della quale nondimeno non importa ora trattare¹⁹, quanto per quella sostantiva e, prima ancora, per gli stessi principi fondamentali che, anche a motivo della strutturale apertura e vaghezza degli enunciati che li esprimono, non si sono sottratti e non si sottraggono a siffatto lavoro incessante di rifacimento. Di più: proprio i disposti normativi fatti a maglie larghe (o larghissime) sono quelli che si sono venuti a trovare (e si trovano) esposti alle maggiori e più incisive manipolazioni: sono, infatti, le norme apicali dell'ordinamento, che dottrina e giurisprudenza corrente considerano sottratte a revisione²⁰, quelle dotate della minore intensità prescrittiva, sì da non riuscire a sottrarsi a loro continui e sostanziali rifacimenti per via d'interpretazione. Se ci si pensa, non c'è a conti fatti alcun punto dell'ordito costituzionale che sia uscito indenne dalla propria modifica tacita, anzi da incessanti e continuamente cangianti manipolazioni²¹.

4. Il significato del riferimento alla tradizione culturale da cui emerge il volto della famiglia, nella sua monotipica e inconfondibile conformazione, e la questione se essa possa dirsi cambiata anche per effetto dell'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea

La famiglia costituisce un banco di prova particolarmente attendibile, per un verso, delle oscillazioni tra continuità ed evoluzione della Costituzione, della sua fedeltà alle tradizioni culturali del nostro Paese²² e della sua proiezione verso l'acquisizione di nuove tradizioni, e, per un altro verso, delle trasformazioni (latamente intese) della Costituzione, in parte ad opera del legislatore e in parte per mano dei giudici, fermo restando che ad indicazioni di questi ultimi il primo ha, a sua volta, attinto ed attinge senza sosta.

Numerose le conferme di questo flusso ininterrotto di mutuo *dare-avere* culturale tra gli operatori istituzionali. Si pensi solo alla riforma del diritto di famiglia, avutasi nel 1975 a seguito di un lungo itinerario percorso da talune consuetudini culturali prima di pervenire alla loro compiuta maturazione ed espressione, di cui si sono fatte portatrici schiere di studiosi e di operatori (e, specialmente, giudici), o alla disciplina dello *status* dei figli (e, segnatamente, di quelli nati fuori ovvero dentro il matrimonio), alle unioni civili, ecc.

La famiglia è poi la formazione sociale con riferimento alla quale la Carta costituzionale ha preso atto del centrale rilievo giocato dalla tradizione culturale per ciò che attiene alla definizione

¹⁹ La giurisprudenza ha praticamente riscritto – come si è fatto da molti notare – sia la forma di governo che la stessa forma di Stato, con riflessi immediati peraltro a carico della parte sostantiva, a motivo di quella unitarietà ed interna coerenza del dettato costituzionale, di cui si diceva poc'anzi.

²⁰ Tesi, questa, che – come si è tentato di mostrare nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, dietro già richiamato – merita un complessivo ripensamento. Singolare, a tacer d'altro, appare l'esito per cui i principi di base dell'ordinamento non si sottraggono al loro continuo rifacimento per via d'interpretazione (segnatamente, per mano dei giudici), mentre resisterebbero a qualsivoglia innovazione per mano del legislatore di revisione. Viene infatti in tal modo ad offrirsi, seppur involontariamente, un generoso avallo a pratiche giuridiche discutibili, dalle quali in non secondaria misura deriva quel vistoso squilibrio al piano dei rapporti istituzionali, cui si è già fatto cenno e del quale si dirà ancora meglio più avanti.

²¹ Esempificazioni, ora, nel mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, cit.

²² ... e non solo del nostro: si pensi, ad es., al carattere monogamico della unione familiare (e delle stesse unioni "parafamiliari"), profondamente radicato nella cultura occidentale e invece non condiviso da altre culture. Ebbene, a voler fare la parte dell'avvocato del diavolo, dovremmo dire che la lettera dell'art. 29 parrebbe restare neutrale e indifferente rispetto a questa scelta di campo, attinente alla struttura stessa dell'istituto familiare, di modo che, a seguire il filo di questo ragionamento, un domani non sarebbe necessario, così come si dice da parte dei fautori del riconoscimento del matrimonio tra omosessuali, far luogo ad una revisione formale della Carta al fine di introdurre la novità in parola (uguale provocazione potrebbe farsi per patrocinare il riconoscimento del matrimonio tra genitori e figli o tra fratelli, ecc.). Ad un siffatto argomentare si può tuttavia obiettare che è il richiamo alla nostra tradizione culturale, alla quale – come si dirà meglio a breve – la Carta stessa rimanda, a non consentire, in alcun caso o modo, di dar spazio a siffatte specie di unioni; e – come pure si è venuti dicendo – fintantoché non dovesse aversi un radicale cambiamento culturale diffuso e profondamente avvertito nel corpo sociale, neppure con legge approvata con le procedure dell'art. 138 vi si potrebbe dare ingresso, al quale ad ogni buon conto si contrapporrebbe il valore indisponibile della dignità della persona umana, quale principio – come si vedrà a momenti – "superconstituzionale" dell'ordinamento.

della sua natura e alla conformazione della sua struttura. Questa, perlomeno, risulta essere la conclusione alla quale è pervenuta un'accreditata lettura, nella quale mi riconosco, del sintagma "società naturale" che figura nell'art. 29²³.

Si pone, a questo punto, la spinosa e per certi versi inquietante questione relativa al modo o ai modi con cui far luogo al riconoscimento della tradizione in parola, del suo perdurante radicamento nel tessuto sociale, come pure al riconoscimento di una eventuale, nuova tradizione, magari *in progress*, non ancora cioè pervenuta a compiutezza e alla necessaria stabilizzazione, al punto di sollecitare gli operatori a prenderne atto e a darvi effetto.

La società è divisa, in relazione a talune questioni (specie in ambito biogiuridico) lacerata, da noi come altrove; c'è indubbiamente un fermento culturale di cui sono protagonisti individui e gruppi sociali che premono vigorosamente a favore dell'affermazione di un modello culturale "plurale" di famiglia, quale – per ciò che qui specificamente importa – si concreta nella pretesa volta al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso²⁴.

Una sensibile dottrina discorre, peraltro, come si sa, da tempo di "famiglie" al plurale²⁵; a quest'indirizzo, che è metodico e teorico allo stesso tempo, sembra tuttavia opporsi l'uso al singolare del termine "famiglia" fatto nella Carta e la sua definizione monotipica quale "società naturale fondata sul matrimonio".

Quest'argomento può essere, a mio modo di vedere, confutato solo in un modo: ragionando nel senso che la tradizione culturale e positiva del nostro ordinamento, al pari peraltro di quella di altri Paesi, sia stata *ab immemorabili* "plurale", internamente articolata, nel senso anzidetto. Così, però, oggettivamente non è stato e non è.

Si è dietro rammentato che l'*original intent* non può essere pretermesso in sede d'interpretazione

²³ Ho argomentato questo mio convincimento nei miei *Il diritto al matrimonio e l'idea costituzionale di "famiglia"*, in *Nuove aut.*, 1/2012, 27 ss., nonché in *Studi in onore di F. Gabriele*, II, Cacucci, Bari 2016, 873 ss., e "*Strane*" *idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 331 ss. Ha, di contro, ancora di recente, svilito la portata del significato dell'enunciato costituzionale, assumendo che in esso si annidi un ossimoro concettuale e positivo, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, 62, riprendendo una indicazione data in *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 10/2000, 1066 ss. Di questa idea si era, peraltro, già dichiarato C. GRASSETTI, *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, I, Barbera, Firenze 1950, 294 s.

²⁴ Quest'obiettivo è perseguito in plurime forme e attraverso plurime strategie processuali, tra le quali quella di dar modo a coppie composte da persone dello stesso sesso di vedere riconosciuta la loro pari condizione genitoriale (su di che, *infra*).

²⁵ V., part., V. SCALISI, "*Famiglia*" e "*famiglie*" in *Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss., nonché in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, Cedam, Padova 2014, 3 ss.; A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano 2013, spec. il cap. I; M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Dir. fam. pers.*, 3/2014, 1248 ss.; M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2016, 1306 ss. e, nella stessa *Rivista*, F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, 6/2016, 1447 ss., del quale v., già, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, 2002, I, 509 ss.; G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2006, 1219 ss., spec. 1230 ss.; G. COLLURA, *Famiglia o famiglie? Riflessioni in tema di laicità dello Stato*, in *Scritti in onore di M. Compoti*, Giuffrè, Milano 2008, 825 ss.; C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in *Studi in onore di A. Palazzo*, II, Giappichelli, Torino 2009, 527 ss.; utili indicazioni anche in AA.VV., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di F. Romeo, Utet, Torino 2014; M.R. MARELLA - G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2014; AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.; R. AMAGLIANI, *Principi costituzionali in materia di famiglia*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, cit., 625 ss., spec. 639 ss.; A. VALITUTTI, *Il diritto al rispetto della vita familiare e il riconoscimento delle unioni same sex*, 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, 675 ss.; G. DI ROSA, *L'attuale valenza (interna) del (tradizionale) rapporto tra famiglia e matrimonio nel quadro della cosiddetta pluralità delle forme familiari*, in AA.VV., *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, a cura di A. Ruggeri - D. Rinoldi - V. Petralia, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 165 ss.; G. FREZZA, *I "modelli" familiari*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 413 ss.; G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in AA.VV., *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, a cura di F. Romeo, ESI, Napoli 2018, 79 ss.; N. LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2018, 927 ss., e altri ancora.

costituzionale, pur non possedendo carattere risolutivo e assorbente, unitamente ad esso dovendosi tenere conto di ulteriori criteri e dati, che nondimeno richiedono di saldarsi armonicamente al primo e non già di porsi rispetto a questo in frontale opposizione.

Devo qui ribadire che la lettera dell'art. 29²⁶ non consente – a me pare – una interpretazione evolutiva tale da portare al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, la cui affermazione è invece patrocinata da una nutrita ed agguerrita schiera di studiosi per il tramite di quella che ai miei occhi appare essere una *interpretatio abrogans*.

Ci si deve tuttavia chiedere se quest'obiettivo possa essere raggiunto attraverso una rilettura frutto d'integrazione²⁷ della nostra Carta con altre Carte costituzionali (in senso materiale)²⁸, tra le quali una speciale considerazione è comunemente, giustamente riservata alla CEDU ed alla Carta dell'Unione²⁹. Proprio a quest'ultima Carta va assegnato un particolare rilievo, sol che si pensi che essa è dotata di forza “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*, andando unicamente soggetta al limite del rispetto dei principi fondamentali di diritto interno³⁰, diversamente dalle altre Carte rese esecutive in ambito interno con legge comune e provviste – a giudizio della Consulta – di rango “subcostituzionale”³¹. Ma non si dimentichi che, per sua stessa affermazione, la Carta di

²⁶ Rammento che la giurisprudenza costituzionale si è duramente espressa nei riguardi di interpretazioni meramente ancorate alla lettera, qualificandole come “primitive” ([sent. n. 1 del 2013](#)); è pur vero tuttavia che neppure può approdarsi alla sponda opposta di svilire *in toto* il rilievo delle parole, se non altro perché si priverebbe altrimenti di ogni ragion d'essere la revisione costituzionale (nell'assunto, errato, che tutto possa farsi per via d'interpretazione) e, allo stesso tempo, si determinerebbe una grave, forse irreparabile, alterazione dei ruoli istituzionali, con pregiudizio della separazione dei poteri nel suo fare sistema coi principi fondamentali restanti. E, venendo meno quest'ultima, come si è rammentato richiamando la Dichiarazione del 1789, non c'è più la Costituzione.

²⁷ Di questo bisogno di mutua integrazione delle Carte dei diritti nei fatti interpretativi la giurisprudenza è da tempo avvertita: v., ad es., [Corte cost. n. 388 del 1999](#), nella quale nondimeno si tiene a rimarcare la *primauté* culturale, prima ancora che positiva, della nostra rispetto alle altre Carte, rilevandosi come la legge fondamentale della Repubblica in ogni caso non offra mai un tutela meno avanzata ai diritti di quella che è ad essi apprestata dalle altre Carte. La qual cosa è, a tacer d'altro, confutata proprio da queste ultime (e, segnatamente, dalla CEDU e dalla Carta dell'Unione, laddove ritagliano per sé un ruolo “sussidiario”, assumendo di poter valere unicamente a condizione di riuscire ad offrire ai diritti una protezione più adeguata di quella che è ad essi data in ambito interno, dunque anche ad opera della Costituzione).

²⁸ ... e, di conseguenza, quali Corti costituzionali (in senso materiale) vanno tendenzialmente e in modo viepiù marcato proponendosi le Corti europee, secondo quanto è peraltro rilevato dalla più sensibile dottrina [tra gli altri, 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; O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti e V. Piccone Aracne, Roma 2010, 125 ss.; 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 A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss., e AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2016].

²⁹ Il carattere “tipicamente costituzionale” della Carta dell'Unione è ora riconosciuto anche dalla discussa (e discutibile) [sent. n. 269 del 2017](#).

³⁰ Una piena equiparazione alla Costituzione, ad ogni buon conto, comunque non si ha, a tener ferma la nota teoria dei “controlimiti”; ciò che però – come qui pure si è segnalato – dà vita ad un'autentica aporia di costruzione, rilevabile al piano metodico prima ancora a quello teorico.

³¹ La qualifica si rinviene, com'è noto, nella giurisprudenza sulla CEDU inaugurata con le sentenze “gemelle” del 2007; applicando lo schema della fonte interposta, essa però dovrebbe considerarsi valevole anche per le altre Carte, in virtù del riferimento fatto agli impegni internazionali nell'art. 117, I c., cost. (così, infatti, ora, con riferimento alla Carta sociale europea, secondo [Corte cost. n. 120 del 2018](#), laddove nondimeno si discrimina – discutibilmente – tra il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali e quello della Corte EDU, specificamente per l'aspetto del vincolo prodotto dalle relative interpretazioni a carico degli operatori di diritto interno). Come si è però tentato di argomentare altrove, questo modo di ambientare i rapporti tra le fonti, al piano formale-astratto, non può essere condiviso e richiede piuttosto un radicale mutamento di prospettiva, che porti a riguardare ai rapporti stessi dal punto di vista dei valori fondamentali e dei principi che vi danno espressione (e, segnatamente, di quelli di cui agli artt. 2 e 3 della Carta), alla luce – come si avvertiva poc'anzi – del “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela. Il sistema è, dunque, sistema di *norme*, non

Nizza-Strasburgo richiede di essere intesa e fatta valere alla luce della CEDU³², che viene dunque in tal modo veicolata (per l'aspetto culturale, se non pure per quello positivo³³) in ambito interno, fatto ad ogni buon conto salvo – come si è veduto – il principio della massimizzazione della tutela³⁴.

Ora, la giurisprudenza europea, per il tramite della quale il diritto vigente si converte in vivente, appare essere, con riguardo alla definizione di famiglia e alla sua struttura, molto ricca e varia, in parte raccogliendo le sollecitazioni venute da alcune espressioni della società favorevoli al riconoscimento di nuovi modelli di famiglia e, però, allo stesso tempo mostrandosi complessivamente cauta e rispettosa delle tradizioni culturali e positive dei singoli ordinamenti costituzionali³⁵. Francamente, non credo che possa dirsi essersi già formata una “tradizione costituzionale comune” facultizzante la istituzione del matrimonio tra omosessuali³⁶, stante la

già di *fonti*; e solo i casi della vita possono consentire di stabilire a quali di esse debba darsi la precedenza siccome in grado di appagare al meglio i diritti e, per ciò stesso, di portare all'affermazione della Costituzione come “sistema”.

In partenza o in astratto, insomma, non può dirsi quale sia la fonte (o, meglio, la *norma*) cui debba darsi, nella singola vicenda processuale, la prevalenza, quest'esito dipendendo dal modo con cui le norme stesse partecipano alle operazioni di bilanciamento secondo i casi, ferma restando la condizione *astrattamente* paritaria di tutte le Carte dei diritti, *proprio per il fatto di essere tali*, tutte cioè dotate della “copertura” (più e prima ancora che dell'art. 117) degli artt. 2 e 3 della Carta, nel loro fare sistema coi principi fondamentali restanti.

³² Su ciò, ora, N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, FrancoAngeli, Milano 2018, 65 ss.

³³ Di una “comunitarizzazione” della Convenzione, nondimeno, non è possibile – a stare alla giurisprudenza ed alla più accorta dottrina – discorrere, perlomeno fintantoché non si perfezionerà (se mai si avrà...) la prevista adesione ad essa da parte dell'Unione.

³⁴ In realtà, questa eccezione porta, nei fatti, all'esito per cui tutte le Carte richiedono – come si diceva – di attingere l'una dall'altra (o dalle altre), ciascuna concorrendo alla incessante rigenerazione semantica delle restanti. Il “metaprinzipio” suddetto, infatti, prima (o piuttosto) che portare alla selezione dell'una norma al posto dell'altra, in applicazione della “logica” esclusiva dell'*aut-aut*, è fattore di preorientamento interpretativo nel “circolo” in seno al quale tutti i documenti normativi “tipicamente costituzionali” s'immettono e svolgono la loro formidabile opera di servizio nei riguardi dei bisogni elementari dell'uomo.

³⁵ Ad es., nel noto caso *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010 (ma anche in altri) la Corte di Strasburgo ha stabilito che la CEDU non impone alle legislazioni nazionali, cui espressamente rinvia, di introdurre il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso. Indicazioni con riferimento alla giurisprudenza sia di questa Corte che di quella dell'Unione (della quale ultima molto importante è ora la pronuncia sul caso *Coman* del 5 giugno 2018), possono aversi dai commentari venuti più di recente alla luce, dai quali traspaiono i molti volti della famiglia, senza nondimeno che ne risulti sopraffatta o rifatta la struttura per come risultante dalla tradizione nazionale [v., in particolare, AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, cit., e AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, e *ivi*, part., D. RINOLDI - V. PETRALIA, *sub art. 9*, 160 ss., con amplissima bibl. Per un chiaro quadro di sintesi, v., inoltre, R. CONTI, in molti scritti, tra i quali *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, in AA.VV., *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, cit., 75 ss. Cfr., poi, la nozione di famiglia e di vita familiare fatta propria dalla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, in merito alla quale v., di recente, L. CASSETTI, *sub art. 17*, in *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, a cura di L. Cappuccio e P. Tanzarella, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 454 ss.].

³⁶ In generale, sul ruolo di prima grandezza giocato dalle tradizioni in parola, pur dopo la venuta alla luce della Carta di Nizza-Strasburgo, ha opportunamente insistito la più sensibile dottrina [riferimenti in L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, Giappichelli, 2013, e 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 *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.; cfr., inoltre, M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Oss. eur., dicembre 2017; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1073 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017, e, da ultimo, G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco”*

perdurante vigenza di discipline nazionali assai varie, alcune delle quali indisponibili a siffatta apertura. Per ciò che a noi più interessa, non credo che si sia già formata da noi una tradizione costituzionale in tal senso, tale da indurre all'abbandono della tradizione cui ha fatto richiamo l'art. 29 e, di conseguenza, ad una rilettura di quest'ultimo aggiornata alla luce del nuovo e (supposto) comune sentire.

5. Battuta senza successo la via della apertura al matrimonio tra persone dello stesso sesso attraverso una nuova interpretazione dell'art. 29, è da chiedersi se a ciò possa condurre la revisione con le procedure dell'art. 138, che tuttavia parrebbe essere priva del supporto che dovrebbe esserle offerto da una consuetudine culturale in tal senso orientata, ad oggi non pervenuta a compiuta maturazione

Si è dietro veduto che le consuetudini culturali, di cui qui si fa parola, richiedono un largo consenso, altrimenti negherebbero se stesse, ancora più largo poi laddove si tratti – come qui – di ridefinire la struttura stessa del nucleo primigenio della società, la famiglia. Se, dunque, non è possibile l'aggiornamento per via d'interpretazione dell'art. 29, la via piana parrebbe essere quella del suo rifacimento per via di revisione costituzionale³⁷. Ci si deve tuttavia chiedere se si diano da noi le condizioni oggettive di contesto che possano portare a quest'esito³⁸. Si è infatti veduto che il diritto costituzionale è (e dev'essere) disvelamento di consuetudini culturali; non può, ad ogni buon conto, contrapporsi in modo forzoso a queste ultime, altrimenti verrebbe rigettato dal corpo sociale e andrebbe fatalmente soggetto a più o meno corpose, seppur abilmente mascherate, manipolazioni semantiche³⁹.

Non è – sia chiaro – un problema di garanzie formali della legalità costituzionale, quali si hanno in sede di giudizi sulle leggi davanti alla Consulta, che, pur potendo astrattamente aversi, dispongono però, con specifico riguardo agli atti di forma costituzionale, di margini molto ristretti per farsi valere. E, invero, quante leggi approvate con le procedure dell'art. 138 si conoscono che sono state portate al sindacato della Corte e da questa annullate? Non si dica che non si è fatto perché erano tutte buone. Ne dà conferma la circostanza che sono state riscritte di sana pianta dalla

tra revirements e questioni irrisolte, in questa *Rivista*, [Studi 2018/II](#), 347 ss., e G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, cit.].

³⁷ Hanno, tra gli altri, discorso di questa prospettiva A. MORRONE, *sub art. 2*, in AA.VV., *Codice della famiglia*, I, a cura di M. Sesta, Giuffrè, Milano 2009, 34 ss.; 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 AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 345 ss., spec. 360 ss. Il mio pensiero sul punto, più volte manifestato, può – se si vuole – vedersi in *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in *Rivista AIC*, 4/2011, 18 ottobre 2011, spec. al § 2.

³⁸ Non ho alcun dubbio a riguardo del fatto che è nella consapevolezza della sostanziale impraticabilità di questa via che si preferisce battere piuttosto l'altra della riscrittura del dettato costituzionale per via d'interpretazione, perseguita attraverso quella strategia processuale volta a gradualni riconoscimenti, cui si è fatto sopra cenno e di cui si dirà ulteriormente a breve.

³⁹ È interessante notare come anche studiosi che non nascondono la loro preferenza per il riconoscimento del matrimonio tra omosessuali hanno, poi, dovuto ammettere che il riconoscimento stesso non costituirebbe la ratifica "di un *idem sentire* affermatosi stabilmente nella società" bensì "uno scatto in avanti rispetto al presente" (C. TRIPODINA, *Costituzione e matrimonio omosessuale: quis interpretabitur?*, in AA.VV., *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Guazzarotti - A. Pugiotto - P. Veronesi, e-book, Giappichelli, Torino 2010, 360).

È, ad ogni buon conto, evidente che, una volta che dovesse affermarsi una nuova consuetudine culturale favorevole all'apertura al matrimonio tra omosessuali, non vi sarebbe a rigore bisogno della sua "razionalizzazione" positiva, bastando allo scopo il riferimento alla tradizione contenuto nell'art. 29; è, tuttavia, chiaro che fare opera di chiarificazione sul punto non è privo di conseguenze, se non altro valendo a dare certezze e garanzie che altrimenti potrebbero non aversi.

giurisprudenza⁴⁰. Si è insomma assistito alla stipula di un tacito patto, di un'autentica convenzione costituzionale, quindi convertitasi in consuetudine, cui hanno dato vita principalmente i giudici comuni (e, per la loro parte, anche i protagonisti istituzionali dei giudizi in via d'azione), col fatto stesso di non sollevare questioni di legittimità costituzionale, e la Corte costituzionale, che pure adita assai di frequente in via principale avrebbe potuto (e dovuto) vagliare preliminarmente la bontà del parametro e, solo all'esito positivo di siffatto riscontro, farne utilizzo⁴¹: una regola non scritta, questa, che ha indotto gli operatori a battere la via del rifacimento per via d'interpretazione piuttosto che l'altra, apparsa impervia, della caducazione in sede di sindacato di costituzionalità.

Come che sia di ciò, sta di fatto che anche precetti non sorretti da sanzioni giuridicamente efficaci (e questo vale specificamente per le norme costituzionali⁴²), al di là dei meccanismi di garanzia e della loro funzionalità, se non dispongono di profonde e salde radici nel tessuto sociale vanno poi fatalmente incontro a loro incisive manipolazioni per via d'interpretazione.

Come si è dietro accennato, si è infatti assai di frequente assistito al ribaltamento dell'ordine giusto in cui legislazione e giurisdizione devono stare, la seconda prendendo il posto della prima, anziché disporsi a rimorchio e salvaguardia di quella. Un fenomeno, questo, di cui si ha riscontro non solo presso la Consulta: non si trascuri, infatti, il ruolo al riguardo giocato dai giudici comuni, specie laddove non si rivolgano al giudice costituzionale affinché faccia luogo alla caducazione delle norme di legge sospette d'invalidità ma procedano *motu proprio* alle manipolazioni interpretative in parola, ora perché consapevoli della esistenza di un radicato indirizzo della Consulta avverso alle sollecitazioni a quest'ultima in passato rivolte nel senso dell'annullamento ed ora perché il rifacimento del dettato legislativo richiederebbe un'operazione complessa per la quale la sede del sindacato di costituzionalità appare essere comunque inadeguata.

Per chiudere sul punto, non mi pare che, allo stato attuale della evoluzione culturale raggiunta nel nostro Paese in ordine alla natura della famiglia e alla struttura del matrimonio, i tempi possano considerarsi ormai maturi perché il matrimonio stesso possa essere aperto a persone di ugual sesso con legge costituzionale e men che mai con legge comune (ammesso, e non concesso, che ci siano i numeri e la volontà politica per farvi luogo)⁴³.

Ciò posto, non va però perso di vista il fatto che alle volte uno stesso obiettivo può essere centrato per via traversa o in modo mascherato, non di rado assistendosi all'aggiramento, posto in essere in modo più o meno abile e raffinato, di una indicazione costituzionale, senza che peraltro sia agevole darne la dimostrazione.

Si pensi – per ciò che qui specificamente importa – alla disciplina delle unioni civili, di cui alla legge n. 76 del 2016. Qui, il problema di fondo è come stabilire dove passa la linea di confine tra ciò che richiede una regolazione non dissimile rispetto a quella riservata alla famiglia (nella sua ristretta e propria accezione) e ciò che, di contro, ha bisogno di una pur parziale differenziazione.

Sappiamo dalla già richiamata [sent. n. 138 del 2010](#) che la diversità di trattamento riservato alla

⁴⁰ Emblematica testimonianza di ciò si è avuta (e si ha) con riguardo al Titolo V, quale rifatto nel 2001 (ma molti altri esempi potrebbero nel medesimo senso addursi). In argomento, v., nuovamente, il mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, cit.

⁴¹ ... secondo quanto è stato più volte rilevato dallo stesso giudice costituzionale, ad es. sul terreno dei rapporti tra CEDU e diritto interno. È poi pur vero che altro è il parametro costituito da una fonte di forma costituzionale, quale quella che ha riscritto il Titolo V, ed altra cosa il parametro cui dà vita una fonte interposta, quale la legge di esecuzione di un trattato internazionale. Sta di fatto, però, che, in un caso e nell'altro, non si è avuta la conversione del parametro in oggetto del sindacato di costituzionalità. Hanno fatto eccezione a questa regola (ma solo fino ad un certo punto...) la esposizione dei "controlimiti" avutasi nel caso *Taricco* (chiuso da [Corte cost. n. 115 del 2018](#)) e, prima ancora, la denuncia della loro violazione ad opera di [Corte cost. n. 238 del 2014](#).

⁴² Proprio le norme apicali dell'ordinamento – è ormai provato – sono infatti obbligate a confidare, in non pochi casi, sul senso dello Stato e, perciò, nell'adesione al valore di fedeltà alla Repubblica e all'etica pubblica consacrata nella Carta al fine di potersi far valere, non riuscendosi a centrare l'obiettivo unicamente a mezzo dei meccanismi sanzionatori allo scopo predisposti che vanno incontro a limiti strutturali loro propri di rendimento.

⁴³ Quest'ultima via è stata ritenuta percorribile da una nutrita schiera di studiosi, alla luce di quanto stabilito da [Corte cost. n. 138 del 2010](#); a fugare però ogni residuo dubbio (ammesso che avesse motivo di sussistere...) al riguardo è sopravvenuta la [sent. n. 170 del 2014](#) che ha nella parte motiva risolutamente escluso la eventuale prosecuzione dell'esperienza matrimoniale una volta che uno dei coniugi dovesse acquisire lo stesso sesso dell'altro.

famiglia e alle formazioni sociali a questa similari resta pur sempre soggetta a verifica secondo ragionevolezza. Di questo canone, però, si può (e deve) fare uso in doppio verso di marcia e con duplicità di esiti o effetti; e, così come la tipicità della regolamentazione non può spingersi oltre una certa soglia (pure rimasta astrattamente indefinita), del pari anche una disciplina indifferenziata non può specularmente portarsi oltre un certo punto, presentandosi altrimenti essa pure viziata per irragionevolezza⁴⁴.

La questione allora, a conti fatti, si riduce al quesito seguente: sono sufficienti le differenze relative all'adozione e al dovere di fedeltà dei coniugi a giustificare lo "stacco" tra la famiglia quale "società naturale" e la (comunque diversa) formazione sociale cui dà vita l'unione civile?

Non è agevole rispondere a questa domanda, in relazione alla quale dispongo di una sola certezza: che non è comunque consentito pervenire ad una piena identità di trattamento tra l'una e l'altra specie di formazione sociale, risultando altrimenti chiaramente aggirato il precetto costituzionale che – piaccia o no – tipizza l'una (quella nominata) rispetto alla seconda, innominata (ed *ex adverso* questa rispetto a quella).

Debbo qui confessare di esser persuaso che la tendenza che sembra essere per il prossimo futuro in crescita è nel senso di una sempre più marcata assimilazione del trattamento; e non escludo, perciò, che questo *trend* possa pervenire persino alla meta dell'integrale appiattimento della condizione delle formazioni suddette. Basti solo pensare, con riguardo al rapporto genitori-figli, ai casi ricorrenti di trascrizione in Italia di atti di nascita formati all'estero da cui i minori risultano figli di genitori omosessuali⁴⁵.

Al di là di come si valutino queste esperienze, ad alcune delle quali si farà cenno tra non molto, resta il fatto, inoppugnabile, che non possono chiamarsi cose uguali con nomi diversi, come pure cose diverse con nomi uguali, tanto più quando i nomi li ha dati la stessa Carta costituzionale. Il principio di eguaglianza e il canone della ragionevolezza vanno presi sul serio, non quali *optional* rimessi alla insindacabile scelta dei governanti di turno e – non è inopportuno rammentare – degli stessi garanti della legalità costituzionale, dai quali ci si attende chiarezza e certezza, non confusione o commistione di modelli culturali comunque diversi.

6. *Esempi di alterazioni del modello costituzionale in tema di famiglia per mano di giudici e legislatore, e segnatamente il ribaltamento avutosi nel rapporto tra eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia, la parificazione della condizione dei figli naturali e di quelli legittimi, l'apparentemente stupefacente evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di adulterio, la trasmissione del cognome materno ai figli*

Il dettato costituzionale sulla famiglia è, nondimeno, un banco di prova particolarmente attendibile al fine della verifica della effettiva capacità prescrittiva della Costituzione. La circostanza poi che le alterazioni del dettato stesso siano state (o, meglio, da molti si considerino

⁴⁴ Un autentico *passé-partout* o, se si preferisce, una sorta di *deus ex machina* appare essere il canone o criterio in parola che, esattamente come nelle antiche tragedie, scende dal cielo a districare vicende particolarmente aggrovigliate dalla mano dell'uomo e non altrimenti districabili.

⁴⁵ Ormai numerose sono, infatti, le pronunzie dei giudici comuni che vi fanno luogo, fatte oggetto di commenti perlopiù orientati ad incoraggiarne l'ulteriore diffusione [*ex plurimis*, G. FERRANDO, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 7/2017, 946 ss. e, pure *ivi*, C.E. TUO, *Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*, 952 ss.; inoltre, A. GUSMAI, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla "omogenitorialità" a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, in Federalismi.it, 23/2017, 29 novembre 2017, e U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2018, II, 552 ss.]. Meritano, poi, di essere ricordate le recenti decisioni dei Tribunali di Bologna e di Pistoia che hanno con decreti del luglio 2018 disposto la formazione di un atto di nascita in cui figurano due madri, facendo applicazione diretta dell'art. 8 della legge n. 40 del 2004, nonché, più di recente, il provvedimento della Corte d'appello di Perugia del 22 agosto 2018 (e su di esso la nota di A. SCHILLACI, *Joan ha due mamme/2: la conferma della Corte d'Appello di Perugia*, in Articolo29, 23 agosto 2018).

essere) *in melius*, lungo la via che porta alla meta dell'affermazione dei principi di libertà ed eguaglianza nel loro fare "sistema" coi principi fondamentali restanti, non vale comunque a scaricare gli operatori delle responsabilità che conseguono alla scelta di aver battuto vie diverse da quella tracciata nella stessa Carta per il proprio aggiornamento, laddove a ciò non soccorrano le pur notevoli risorse dell'interpretazione.

Molti esempi possono addursi a riprova di questo stato di cose, in aggiunta a quello sopra riportato con riguardo alla conformazione della struttura della famiglia, alla sua conversione da monotipica in "plurale", rilevata – come si diceva – con compiacimento da numerosa dottrina. Esempi che attengono, per un verso, alle relazioni tra i coniugi e, per un altro, a quelle degli stessi coi figli.

Per il primo aspetto, il dato più saliente e appariscente è costituito dal ribaltamento avutosi nel rapporto tra eguaglianza tra i coniugi e unità della famiglia⁴⁶.

Nulla si dice nell'art. 29 a riguardo del fatto che il pur parziale e circoscritto sacrificio per l'eguaglianza dei coniugi si consumi a discapito di questo o quello di essi; il Costituente, nondimeno, non ignorava di certo il passato millenario di storia dell'istituto familiare che aveva visto sistematicamente penalizzata e persino mortificata la condizione della donna rispetto a quella dell'uomo, un passato al quale ha inteso reagire, antepoendo nondimeno pur sempre l'interesse della istituzione familiare rispetto a quello dei singoli e della stessa coppia da essi composta⁴⁷.

Sta di fatto che l'autore della Carta ha immaginato eguaglianza ed unità quali valori in potenziale, reciproco conflitto ed ha fatto la sua scelta. Questo schema è stato, tuttavia, rovesciato

⁴⁶ Ho anticipato il mio pensiero sul punto in *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Diritti Comparati*, 1/2017, 15 giugno 2017; lo riprendo qui con ulteriori precisazioni.

⁴⁷ Dietro la formula che ammette le limitazioni per l'eguaglianza dei coniugi si intravede, poi, quel preminente interesse dei minori cui è quindi dato specifico rilievo negli artt. 30, 31 e 37 (su ciò, anche *infra*). Su tale interesse, da tempo, com'è noto, oggetto di dispute non sopite al piano teorico e – ciò che più importa – a quello del suo pratico riscontro, v., tra i molti altri, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016; 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 AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., rispettivamente, 467 ss. e 505 ss.; 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, Studi 2016/II*, 241 ss.; B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 5 marzo 2017, che paventa il rischio che la formula si riveli *bonne à tout faire*; G. VANNONI, *L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione*, in questa *Rivista, Studi 2017/II*, 298 ss.; A. SASSI, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., 429 ss.; U. SALANITRO, *op. et loc. ult. cit.*, e, con specifico riguardo alla giurisprudenza della Corte dell'Unione, L. RATTI, *sub art. 24*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 474 ss., e ad entrambe le Corti europee I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di "abuso" e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee*, in AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. Niccolai - E. Olivito, Jovene, Napoli 2017, 55 ss. (in altri contributi a questo volume sono frequenti richiami al principio del preminente interesse del minore). Per un confronto con la giurisprudenza della Corte interamericana, v., poi, G. MARTINICO, *sub art. 19*, in *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, cit., 491 ss., spec. 504 ss. Da ultimo, i numerosi contributi al convegno su *The best interest of the child*, svoltosi all'Università La Sapienza di Roma il 20-22 settembre 2018.

È poi da segnalare che un'accreditata dottrina ha, ancora di recente, rinnovato il proprio convincimento avverso la possibilità di configurare un interesse della famiglia *ut sic*, diverso e (se del caso) preminente rispetto a quello dei suoi componenti (R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 62 s.). Si è poi fatto notare da parte di un'autorevole dottrina (T. AULETTA, *Dai principi costituzionali al "diritto vivente". Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 635) che l'interesse della famiglia non può che risolversi in quello comune ai suoi componenti, allo stesso tempo ammettendosi l'eventualità che siano sacrificati interessi "individuali ed egoistici". Sta di fatto che la configurabilità di interessi facenti capo alla famiglia in quanto tale dispone dell'esplicito avallo della lettera del dettato costituzionale (fa il punto sull'annosa questione F. BIONDI, *Quale modello costituzionale*, nel vol. coll. da ultimo cit., 7 ss. e, della stessa, ora, *sub art. 29*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, a cura di F. Clementi - L. Cuocolo - F. Rosa - G.E. Vigevari, Il Mulino, Bologna 2018, 197 ss.).

su se stesso da sensibili studiosi, cui ha fatto quindi da eco una nutrita giurisprudenza, che hanno fatto notare come un'unità imposta a forza sulla eguaglianza finirebbe col rinnegare se stessa, ponendosi quale una invenzione artificiale, incapace di reggersi in piedi e di durare nel tempo. Di contro, è venuta affermandosi, dapprima a fatica e di poi con crescenti consensi, l'idea secondo cui l'unità si costruisce e mantiene proprio preservandosi l'eguaglianza, non già con la sua menomazione sia pure per una giusta causa⁴⁸. Riprendendo l'indicazione di ordine metodico-teorico dietro rappresentata, si è dunque formata una *consuetudine culturale* secondo la quale l'ordine giusto in cui i valori di eguaglianza e unità devono stare è proprio quello di far discendere il secondo dal primo, sì da aversi il congiunto appagamento di entrambi.

Sottoscrivo *toto corde* quest'esito; purtroppo, però, la lettera dell'enunciato costituzionale non dice questo, non dice cioè che l'unità è frutto di una costruzione teorico-positiva cui si perviene attraverso un faticoso e alle volte sofferto lavoro quotidiano pazientemente posto in essere da coniugi che si sentano davvero, in tutto e per tutto, eguali e desiderosi di portarsi rispetto a vicenda. Dice invece che l'unità può affermarsi a discapito della stessa eguaglianza: *secundum verba* – parrebbe – persino di quella morale, e non solo di quella giuridica; in realtà, come si è fatto notare da un'accreditata dottrina⁴⁹, la prima non può andare soggetta ad alcun limite, per la elementare ragione che in essa si rispecchia e risolve la dignità della persona umana, che – ha efficacemente rilevato questa stessa dottrina⁵⁰ – non è bilanciabile, ponendosi piuttosto quale la “bilancia” su cui si dispongono i beni della vita costituzionalmente protetti e bisognosi di reciproca ponderazione.

Il vero è che, come si è tentato di mostrare altrove⁵¹, il Costituente intendeva dire cosa diversa da ciò che detto; e, invero, non conoscendo al tempo il linguaggio dei bilanciamenti secondo valore, ha discusso di limiti all'eguaglianza: non sarebbe tuttavia stato concepibile ammettere una sperequata condizione dei coniugi sia pure limitatamente a taluni campi materiali di esperienza, la qual cosa avrebbe comportato una menomazione della dignità del coniuge penalizzato, mentre si è inteso spianare la via a circoscritti sacrifici imposti dalla legge ora all'uno e ora all'altro a presidio dell'unità della istituzione familiare cui gli stessi hanno dato vita, comunque ovviamente soggetti a verifica di costituzionalità secondo ragionevolezza.

Un esempio poi altamente emblematico di modifica tacita del dettato costituzionale, frutto della convergente opera di rifacimento dello stesso posta in essere da giudici e legislatore e dietro

⁴⁸ Questo pensiero è rimarcato con forza in [Corte cost. n. 286 del 2016](#), cui si farà più avanti richiamo, laddove troviamo scritto che “è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo”, poiché l'unità “si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità”.

⁴⁹ Part., G. SILVESTRI, *Brevi note sull'eguaglianza “morale” dei coniugi*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano 1973, 75 ss.; v., inoltre, P. PERLINGIERI, *Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Dir. e giur.*, 1974, 485 ss.; M. BESSONE, *Eguaglianza “morale” dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Riv. not.*, 1975, 729 ss. e, dello stesso, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, art. 29-34, *Rapporti etico-sociali*, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma 1976, 1 ss.; F. CAGGIA - A. ZOPPINI, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, I, Utet, Torino 2006, spec. 611 ss. Più di recente, M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*², FrancoAngeli, Milano 2016, 145 ss.

⁵⁰ Ancora G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, nel sito [AIC](#), 14 marzo 2008, e, dello stesso, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, 3 ss., nonché, in buona sostanza, già, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., laddove si rileva il carattere “supercostituzionale” del valore della dignità. Si sono quindi rifatti a questa indicazione teorica, tra gli altri, C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino 2011, 239 ss., e L. PEDULLÀ, *La dignità della persona nel prisma delle giurisdizioni*, in *Ann. dir. cost.*, Bononia University Press, Bologna 2017, spec. 157 ss. Di contro, reputano la dignità soggetta a bilanciamento, al pari di ogni altro diritto o principio fondamentale, M. LUCIANI, *Positività, 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., del quale v. inoltre, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1270 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.* 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.

⁵¹ ... nel mio *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse del minore*, cit.

ispirazione e sollecitazione di una consistente schiera di studiosi, è quello registratosi con riguardo alla condizione dei figli, segnatamente per ciò che attiene alla parificazione di quelli nati fuori del matrimonio e di quelli nati in costanza dello stesso⁵².

Ancora una volta, la Costituzione si presenta sul punto, di cruciale rilievo, oscillante tra vecchio e nuovo. Risente del condizionamento della tradizione allo stesso tempo in cui si prefigge di reagire ad essa: soffre infatti l'influenza esercitata dagli schemi forgiati da una inveterata quanta ignobile consuetudine culturale che vedeva additati al pubblico ludibrio i figli naturali e sacrificata la loro condizione giuridica complessiva; e ne dà conferma l'aggettivo "compatibile" che figura nell'art. 30, una parola pesante quanto un macigno e che osta al raggiungimento dell'obiettivo della piena eguaglianza, svuotando a conti fatti, in una consistente misura, l'affermazione che subito la precede nell'enunciato costituzionale, secondo cui ai figli suddetti sarebbe da riconoscere "ogni tutela giuridica e sociale".

Insomma, un'autentica, effettiva eguaglianza non avrebbe comunque potuto realizzarsi. Come mai, allora, è riuscita ad affermarsi senza dover passare attraverso la revisione formale del disposto in parola?

La risposta è in ciò che s'è detto prima. La Costituzione ha recepito una indicazione venuta dalla tradizione; col tempo, però, è venuta a formarsi un'altra tradizione che si è iscritta entro la cornice di un generale ripensamento degli *status* coerente col passaggio dal soggetto alla persona⁵³, una tradizione alla quale la legge ha dato voce e forma, senza essere contraddetta dagli operatori istituzionali ed anzi dagli stessi è stata particolarmente apprezzata (specie da parte dei giudici comuni, che non ne hanno fatto oggetto di contestazione davanti alla Corte costituzionale, prima, e da quest'ultima poi)⁵⁴.

Si possono fare altri esempi ancora. Si pensi, per tornare ai rapporti tra i coniugi, alla evoluzione repentina e, per certi versi, stupefacente avutasi nella giurisprudenza costituzionale in materia di adulterio: la Consulta, con la [sent. n. 64 del 1961](#), ha recepito una vecchia tradizione culturale, francamente ripugnante all'idea stessa di eguaglianza morale, prima ancora che giuridica, dei coniugi; nel '68, con la [sent. n. 126](#), ha quindi dato voce ad una nuova tradizione culturale. Perlomeno, così parrebbe doversi concludere a riguardare con distacco a questa ormai lontana vicenda⁵⁵.

La verità è, però, un'altra: che la prima volta si è fatto luogo all'inopinato recupero di una tradizione ormai superata o, forse, che resisteva solo in alcune frange del tessuto sociale, nel mentre era già venuta a formarsi un'altra tradizione con quella frontalmente contrastante, risolutamente portata ad affermarsi e a diffondersi, alla quale si sarebbe potuto (e dovuto) da subito fare richiamo, sol che se ne fosse avuto il coraggio e la sensibilità. Nel frattempo, intervenuti significativi mutamenti nella composizione della Corte⁵⁶, ha preso forma il brusco *revirement* di orientamento sopra rammentato. Accade – come si sa – assai spesso e non è il caso qui di mostrarsene sorpresi. Il punto è però che, ferme le condizioni oggettive di contesto (fattuale e positivo)⁵⁷, non si spiega

⁵² Nella ormai incontenibile lett. al riguardo formatasi v., tra gli altri, R. AMAGLIANI, *L'unicità dello stato giuridico di figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2015, 554 ss., e A. GORASSINI, *Un nuovo fonema giuridico: figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2018, 385 ss.

⁵³ Come ha efficacemente rilevato C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e "status" della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2015, 7 ss., i diritti fondamentali si pongono quali "agenti dissolutori degli *status*". Le vicende di questa risalente nozione, unitamente al suo complessivo ripensamento, possono vedersi in G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del novecento*, Giuffrè, Milano 2013.

⁵⁴ Si è dunque assistito ad una modifica tacita della Costituzione con legge... *ordinaria*, sostenuta da una consuetudine culturale che ne ha determinato la nascita e la mantiene in vita.

⁵⁵ Sulla scomparsa dell'adulterio, per tutti v. L. OLIVERO, *L'infedeltà virtuale. Italia e Francia a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 510 ss.

⁵⁶ Solo quattro i giudici partecipi di entrambe le decisioni, su un totale di quindici la prima volta e quattordici la seconda (Sandulli, Branca, Fragali e Mortati).

⁵⁷ ... ferma, cioè, quella che a me piace chiamare la "situazione normativa", quale oggetto del sindacato di costituzionalità, nella sua duplice connotazione strutturale risultante da elementi sia fattuali che normativi (su ciò, indicazioni in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 93 ss.).

come mai possa la medesima questione di costituzionalità ricevere risposte diametralmente opposte. Ciò che si risolve – com'è evidente – in una grave menomazione del bene della certezza del diritto costituzionale e, a un tempo, della certezza dei diritti costituzionali. Tanto più grave appare poi essere quest'esito se si pensa che sulla Corte, più che su ogni altro giudice, grava l'onere di salvaguardarlo, ponendosi le sue pronunzie al riparo di ogni possibile impugnazione grazie allo scudo protettivo eretto dall'art. 137, ult. c., uno scudo che – secondo una sua diffusa rappresentazione – farebbe della Corte l'organo di chiusura del sistema, il luogo cioè in cui si fissano i punti di non ritorno nelle controversie tra gli operatori del diritto⁵⁸.

Sta di fatto che la spiegazione data dalla Corte a giustificazione del proprio *revirement* in materia di adulterio è però proprio quella rispondente al modello teorico qui sommariamente rappresentato: il diritto, quello vigente come pure quello vivente, deve infatti dar voce – come si è venuti dicendo – alle consuetudini culturali espresse dal corpo sociale, assecondandone lo sviluppo e il radicamento nell'ordinamento e nell'esperienza.

Per fare ancora solo un esempio al riguardo, di ciò si è avuta testimonianza con la già richiamata [sent. n. 286 del 2016](#), con la quale – com'è noto – si è acconsentito, in nome della evoluzione della “coscienza sociale”, alla trasmissione anche del cognome materno ai figli⁵⁹. La qual cosa ha, a un tempo, ripristinato condizioni di eguaglianza tra i coniugi e, soprattutto, salvaguardato l'identità personale della prole. Il punto è, però, che laddove dovesse fare difetto l'accordo tra i coniugi, resterebbe salvo il regime che privilegia il coniuge di sesso maschile, diversamente da ciò che si ha in altri ordinamenti nei quali la trasmissione in parola non sacrifica in partenza nessuno dei coniugi, pur avendosi poi la perdita del secondo cognome col passare delle generazioni. Perdurano, dunque, come si vede, le oscillazioni tra vecchio e nuovo, in un quadro che è comunque assai cambiato rispetto ad un orientamento culturale ancora fino a pochi anni addietro considerato granitico e non scalfibile.

7. Il diritto alla genitorialità e la varietà delle sue forme e del loro giuridico rilievo, all'incrocio

⁵⁸ Si è però fatto in altre sedi notare che lo stesso divieto d'impugnazione in parola, pur laddove si consideri espressivo di un principio fondamentale dell'ordinamento, non si sottrae alla eventualità del suo bilanciamento con altri principi parimenti fondamentali, all'insegna del “metaprinzipio” della ottimizzazione della tutela dei diritti e, in genere, dei beni costituzionalmente protetti, visti nel loro fare “sistema”. La qual cosa, in particolare, può aver luogo nel caso che sopravvenga ad una decisione della Consulta una pronunzia di questa o quella Corte europea che lo stesso giudice costituzionale, successivamente adito, riconosca essere idonea ad innalzare il livello della tutela suddetta, con la conseguenza che la Corte delle leggi potrebbe (*rectius*, dovrebbe) quindi darvi seguito, seppur col costo del superamento del giudicato costituzionale (non già, però, nel senso della rimozione degli effetti dallo stesso prodotti bensì nell'altro dello scostamento da esso per il futuro).

Si pensi, ad es., alla eventualità che in un primo tempo si abbia l'annullamento di una norma di legge che invece sia in ambito europeo giudicata indispensabile al fine di apprestare l'ottimale salvaguardia ad un diritto fondamentale. Ebbene, la riproduzione con legge di norma dapprima caducata, che – come si sa – è dalla Consulta giudicata lesiva del giudicato costituzionale, potrebbe invece essere qui consentita (ed anzi apprezzata dallo stesso giudice costituzionale), grazie alla “copertura” offertavi dalla giurisprudenza europea e, dal nostro punto di vista, dagli artt. 2 e 3, rilette alla luce di quel metodo della integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, di cui si faceva poc'anzi parola.

⁵⁹ Tra i molti altri commenti, v. L. TRUCCO, *Lo “statuto del doppio cognome”. Genova convince la Consulta*, in *Nuova giur. lig.*, 4/2016, 49 ss.; E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la “cornice” (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 gennaio 2017; S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 19 maggio 2017, e, nella stessa *Rivista*, N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, 4/2017, 21 novembre 2017; G. VIGGIANI, *La questione del cognome materno e l'intervento “indifferibile” del legislatore*, in *Pol. dir.*, 3/2017, 467 ss.; C. INGENITO, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2/2017, 31 maggio 2017, e, pure *ivi*, A. FUSCO, «Chi fuor li maggior tui?»: la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016, 3/2017, 5 settembre 2017. In questi (e in altri scritti) è ampiamente evidenziata l'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea (specie in *Cusan e Fazzo c. Italia* del 2014). Un confronto tra quest'ultima e la giurisprudenza interamericana è in F. BAILO - L. TRUCCO, *sub art. 18*, in *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, cit., 478 ss., spec. 489 s.

tra etica, scienza e diritto (con specifico riguardo al divieto di utilizzo degli embrioni crioconservati a finalità di ricerca e alla surrogazione di maternità)

L'indicazione metodico-teorica qui data in relazione al rapporto tra consuetudini culturali e interpretazione e revisione costituzionale è, a mia opinione, da tener ferma in relazione ad ogni altra questione che si ponga nell'universo familiare, specie a quelle maggiormente spinose e intricate, quali sono le questioni la cui ambientazione e soluzione si situa all'incrocio tra etica, diritto e scienza.

Si pensi, ad es., alla varietà dei modi con cui oggi si pone il diritto alla genitorialità, ai molti volti che può assumere, specie in talune vicende della vita nel corso delle quali lo stesso può trovarsi in conflitto con altre pretese soggettive parimenti meritevoli di tutela, senza che sia affatto agevole rinvenire un punto equilibrato di reciproca composizione e, prima ancora, che si sappia in applicazione di quale criterio quest'ultima possa aversi.

La scienza, come si sa, ha fatto enormemente crescere le pretese in parola, mentre l'etica parrebbe, perlomeno per certi versi, farvi da ostacolo o, come che sia, frenarne le aspettative e indurre a maggior cautela: nel mezzo sta il diritto, obbligato a volgere lo sguardo attento e pensoso sia verso l'una che verso l'altra. Le consuetudini culturali, di cui qui si viene dicendo, giocano allora un ruolo di prima grandezza, esse pure traendo alimento dalle opportunità offerte dalla scienza, in un quadro che appare peraltro essere complessivamente connotato da opacità e mobilità degli elementi di cui si compone.

Sta di fatto che, in tema di questioni scientificamente sensibili, la Costituzione viene a trovarsi in una condizione di grande incertezza e debolezza: si presenta come malferma e, persino, talora, "muta", spianando in tal modo la via per l'affermazione delle soluzioni scientificamente orientate, nei limiti in cui queste ultime possano rivendicare per sé il titolo per farsi valere in quanto dotate di sufficiente credito nell'ambiente in cui maturano e si radicano.

Emblematica al riguardo la vicenda definita da [Corte cost. n. 84 del 2016](#), in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca. Non si sta ora a verificare nuovamente la linearità del ragionamento svolto nella circostanza dal giudice delle leggi⁶⁰; è interessante, tuttavia, la conclusione cui tale pronuncia perviene: nell'assunto che, a causa delle divisioni esistenti tra gli scienziati, la Costituzione sia obbligata a restare – come si diceva – muta, la palla è fatta passare nelle mani del legislatore cui è rimessa la scelta circa la destinazione degli embrioni, una scelta nondimeno priva in tesi di parametro costituzionale col quale confrontarsi e soggetta unicamente al consueto giudizio secondo ragionevolezza.

La domanda che allora si pone è da dove il legislatore possa (e debba) ricevere un orientamento (ammesso, e non concesso, che si determini ad intervenire) laddove, come qui, anche la scienza resti muta (o – il che è praticamente lo stesso – parli troppe lingue reciprocamente incomunicabili, come nella classica Babele) e lo stesso corpo sociale si presenti al proprio interno profondamente diviso e brancoli nel buio più fitto (come, d'altronde, è in un certo senso comprensibile, trattandosi di questioni di biodiritto dai risvolti sia etici che scientifici particolarmente delicati e complessi). Insomma, se – come pare – non si è ancora formata, anche per effetto dell'influenza esercitata dal mondo della cultura, nella varietà delle sue espressioni, una consuetudine in un senso o nell'altro, è da chiedersi cosa mai si possa pretendere dal legislatore che faccia⁶¹.

Altre volte, invece, la soluzione, seppur impegnativa, può essere raggiunta proprio perché la scienza non vi si oppone, ed allora il campo resta occupato unicamente dall'etica e dal diritto.

⁶⁰ Molti i commenti di vario segno (ma perlopiù critici) alla decisione *de qua*, tra i quali quelli che sono in [Biolaw Journal](#), 2/2016.

⁶¹ Nel frattempo, perdurando l'inerzia del legislatore, le tensioni e contraddizioni esistenti nella società e tra gli scienziati finiranno verosimilmente con il seguitare a scaricarsi sui giudici, i quali non possono trincerarsi dietro un pur sofferto *non liquet* a motivo dell'ufficio ricoperto e dei doveri ad esso conseguenti [svolgimenti sul punto 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](#), 2/2016, 245 ss.

Si pensi, ad es., alla vessata questione della maternità surrogata⁶², in relazione alla quale si ha una lampante conferma di quanto si diceva poc'anzi in merito ai casi in cui il legislatore fa luogo a discipline connotate da eccessiva rigidità, trancianti (qui, nel senso del divieto del ricorso a siffatta tecnica riproduttiva), le quali vanno poi fatalmente incontro al loro rifacimento in sede di giudizi di costituzionalità ovvero – come pure si diceva – per via interpretativa, un rifacimento volto a rendere duttili ed agevolmente adattabili ai casi le discipline stesse. Perché il vero è che non v'è modo di stabilire in astratto quando il diritto alla genitorialità possa farsi valere e quando si trovi invece costretto ad arrestarsi a fronte di altri beni o interessi meritevoli di prioritaria considerazione: sono piuttosto i casi della vita, nella loro complessiva connotazione, ad attrarre a sé la soluzione giusta.

Enuncio qui senza argomentare (e rinviando al riguardo ad altre sedi di riflessione scientifica) qual è la soluzione nella quale mi riconosco e che considero maggiormente adeguata a realizzare una equilibrata composizione degli interessi in campo, che è quella di un netto rifiuto di qualsiasi

⁶² In tema si è riversata – come si sa – un'autentica alluvione di scritti, tra i quali, per limitare ora i riferimenti unicamente a quelli più di recente apparsi, v. almeno i contributi che sono in *GenIUS*, 2/2017; inoltre, tra i molti altri, v. B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Biolaw Journal*, 2/2014, 157 ss., e, nella stessa *Rivista*, M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, 2/2015, 89 ss.; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, 3/2015, 7 ss. e, ancora, i contributi che sono nel fasc. 2/2016; S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, 2 febbraio 2016; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come "far cose con regole"*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit., 211 ss., e, pure ivi, E. LA ROSA, *Surrogazione di maternità e "rischio penale"*, 313 ss.; A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, cit., 717 ss.; A. LA SPINA, *La tutela dell'identità personale del nato all'estero con maternità surrogata*, in AA.VV., *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, a cura di M. Trimarchi - A. Federico - M. Astone - C. Ciraoletto - A. La Spina - F. Rende - E. Fazio - S. Carabetta, Giuffrè, Milano 2017, 359 ss., spec. 371 ss.; G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in questa *Rivista*, *Studi 2017/II*, 325 ss.; F. PARUZZO, *Status filiationis e assenza di legame genetico. La Corte d'Appello di Trento riconosce la validità del certificato di nascita di due gemelli nati in seguito al ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2/2017, 21 luglio 2017; AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit.; R. PICARO, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2017, 1262 ss.; S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 79 ss., e, dello stesso, ora, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018, spec. 103 ss.; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 148 ss.; V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos*, 1/2018, spec. al § 3; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15 febbraio 2018, e, nella stessa *Rivista*, G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, 9 marzo 2018; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2018, 2 aprile 2018; U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, cit., spec. 556 s.; F. ROMEO, *Surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. it.*, 4/2018, 835 ss.; S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, ESI, Napoli 2018; C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in AA.VV., *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, a cura di A. Di Stasi, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 137 ss., e, pure ivi, M.C. BARUFFI, *Diritto internazionale privato e tutela degli status acquisiti all'estero. Le incertezze della Corte di Cassazione con riguardo alla maternità surrogata*, 161 ss.; M. GERVAZI, *The European Court of Human Rights and Technological Development: the Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood*, in *Dir. um. dir. int.*, 2/2018, 213 ss. Infine, i contributi al Convegno organizzato da *GenIUS* e svoltosi a Torino il 25 maggio 2018 su *La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*. In prospettiva comparata, I. PARISI, *Utero surrogato: normative a confronto*, nel [sito](#) dell'Associazione Luca Coscioni, 26 maggio 2015.

forma di genitorialità conquistata col costo di fare del corpo umano una merce di scambio⁶³. La qual cosa sarebbe gravemente lesiva della dignità di tutti gli attori sulla scena, a partire da quella dello stesso bambino venuto alla luce in tal modo⁶⁴; nulla, di contro, a mia opinione si oppone ad una maternità frutto di un dono, espressivo cioè di uno slancio solidale di una persona verso un'altra o altre. La qual cosa, poi, consiglia di restringere l'area dei soggetti che possono esserne protagonisti alla stretta cerchia familiare, sì da far presumere (salva, nondimeno, la prova del contrario) la gratuità del ricorso a siffatta tecnica riproduttiva.

Delicate questioni si pongono, poi, con riferimento al seguito da dare a siffatta forma di maternità, laddove se ne riscontri il carattere illecito. È una questione, questa, che peraltro si ripropone in relazione a molte e varie vicende in ambito familiare, laddove entrino in rotta di collisione, da un canto, il ripristino del primato di regole disattese e, dall'altro, la cura del preminente interesse del minore, specie per il caso che si siano già costituiti legami familiari particolarmente stretti il cui scioglimento potrebbe avere effetti devastanti per il minore stesso⁶⁵.

Ancora una volta, nessuna risposta può considerarsi valevole una volta per tutte, dovendosi piuttosto soppesare con estrema delicatezza i beni della vita in campo, ricercando una soluzione per quanto possibile complessivamente appagante⁶⁶.

I numerosi casi dei quali la giurisprudenza (specie di merito) è stata chiamata a farsi carico costituiscono, nondimeno, un indice abbastanza attendibile della tendenza in atto a far pendere la bilancia proprio dalla parte del minore e, perciò, a mantenere i legami suddetti: un indice che rende, perciò, testimonianza di una consuetudine culturale che va sempre di più radicandosi nel corpo sociale, della quale si fanno appunti interpreti e garanti gli operatori di giustizia.

8. *Le sofferte esperienze di fine-vita, specie se coinvolgenti i minori, e l'inquietante quesito relativo alla determinazione del punto fino al quale può spingersi la responsabilità genitoriale*

In parte analoghe alle esperienze riguardanti l'inizio-vita, sono le esperienze concernenti il fine-vita, alle prime peraltro solo *apparentemente* speculari⁶⁷.

Debbo subito chiarire la ragione dell'uso dell'avverbio, dovuto al fatto di considerare un'autentica forzatura l'assimilazione delle vicende che conducono alla nascita di una nuova vita rispetto a quelle che invece portano al suo spegnimento.

Non posso qui riprendere *ab ovo* questioni assai vessate che, andando alle loro radici, riportano al senso stesso della vita, della dignità, dell'autodeterminazione della persona umana, vale a dire riportano ai fondamenti del vivere del singolo e del suo modo di porsi davanti ai suoi simili e all'intera collettività. Mi limito qui a riproporre una conclusione alla quale sono pervenuto in altri studi, nei quali mi sono sforzato di argomentare la tesi secondo cui l'autodeterminazione del soggetto non è né *tutto* né *niente*, come invece viene con vigore patrocinato da quanti si aggrappano all'uno o all'altro corno dell'alternativa. Specialmente coloro che assegnano carattere assorbente alla volontà della persona, assumendo che solo per il suo tramite possa esprimersi e farsi valere la dignità della persona stessa, sono naturalmente portati ad intravedere tra le pieghe del tessuto

⁶³ La tesi può vedersi in A. RUGGERI - C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: *riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in questa *Rivista*, *Studi 2017/I*, 138 ss., con le ulteriori precisazioni che sono nel mio *La maternità surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS*, 2/2017, 60 ss.

⁶⁴ Importanti precisazioni sul punto sono in [Corte cost. n. 272 del 2017](#).

⁶⁵ Così, ad es., per ciò che attiene ai dolorosissimi casi di scambio di provette o di bambini in culla, che hanno avuto larga risonanza presso la pubblica opinione e dato vita ad una fioritura di commenti di vario orientamento.

⁶⁶ Plurimi i fattori dei quali occorre tener conto, tra i quali appunto quello del tempo intercorso tra la nascita del minore e la scoperta dell'illecito, la natura dei vincoli venutisi a determinare in seno al nucleo familiare nel quale il bambino si trova, ecc.

⁶⁷ Su ciò, v., part., la riflessione che va da tempo svolgendo S. AGOSTA e che ha avuto la sua organica rappresentazione in *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita* Giuffrè, Milano 2012.

costituzionale l'implicito riconoscimento di un vero e proprio diritto a decidere della propria morte o – come suol dirsi – di una morte “degnà” (confondendosi, però, a mia opinione, la dignità con la qualità della esistenza umana)⁶⁸.

Confesso di diffidare, in via di principio, della bontà delle tesi che vedono ad ogni piè sospinto un nuovo diritto, assumendone l'implicito riconoscimento ad opera della Carta⁶⁹; la qual cosa, a tacer d'altro, reca grave nocimento proprio ai veri diritti, obbligati a soggiacere ad operazioni di bilanciamento coi nuovi e... *non veri*. Qui, poi, mi pare che sia assai arduo argomentare l'idea che una Costituzione che ha inteso fare della persona umana (della sua vita, della dignità, dei suoi diritti in genere) il perno attorno al quale ruota e dal quale si tiene l'intero edificio positivo possa porsi, ad ugual titolo, a fondamento di pratiche che portano all'esito della fine della vita: paradossale e francamente eccentrica ai miei occhi appare la conclusione cui molti pervengono col rinvenire il fondamento in parola proprio nella norma, espressa dall'art. 32 della Carta, posta a tutela della salute e della vita.

Spinossissime e inquietanti risultano poi essere le questioni relative al fine-vita laddove riguardino proprio i soggetti maggiormente deboli ed inermi, i minori, tanto più se incapaci, per età o malattia, di rappresentare il proprio punto di vista⁷⁰. Il *punctum crucis* in cui le questioni suddette finiscono col confluire è quello in cui si situa il seguente quesito: fin dove può spingersi la responsabilità genitoriale?

Purtroppo, l'esperienza insegna che possono darsi casi, ai quali la stampa anche internazionale ha dato ampio risalto, in cui la volontà dei genitori volta alla prosecuzione della vita è totalmente privata di rilievo⁷¹. Un esito, questo, che ai miei occhi appare inaccettabile e francamente ripugnante, mentre potrebbe ammettersi il caso opposto della preminenza della volontà dei prossimi congiunti di lasciar morire una persona alla quale la scienza non possa ormai più dare alcun soccorso, laddove cioè risulti provato che le terapie cui essa va soggetta si risolvano in un autentico accanimento (questo, sì, lesivo della sua dignità)⁷².

In breve, possono partecipare ad operazioni di bilanciamento unicamente interessi comunque facenti capo alla persona umana, non potendosi ammettere che facciano peso sulla bilancia anche interessi genericamente (ma, in realtà, molte volte apoditticamente) riportabili alla collettività, quale quello che fa leva sul costo economico che è comportato dalle cure, specie di alcune, laddove se ne assuma l'inutilità⁷³.

⁶⁸ Ho toccato questo punto in più scritti, tra i quali, da ultimo, [La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista, Studi 2018/II](#), 392 ss., spec. 405 ss.

⁶⁹ Ciò che poi non significa che diritti autenticamente nuovi non esistano e non possano esistere, come ancora da ultimo si vorrebbe da parte di un'accreditata dottrina (R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., spec. 55 ss.).

⁷⁰ Esplicito rilievo a quest'ultima, con riferimento ai minori che siano in grado di potersi esprimere, è dato – come si sa – dalla legge n. 219 del 2017. Con specifico riguardo al rilievo da quest'ultima assegnato al ruolo dei soggetti terzi, v., tra gli altri, A. CORDIANO, *La disciplina in tema di salute e di fine vita nella L. n. 76/2016 in materia di convivenze di fatto registrate*, in *Fam. e dir.*, 2/2018, 213 ss., e B. LIBERALI, *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 giugno 2018.

⁷¹ Così, da ultimo, nei casi dei piccoli Charlie Gard e Alfie Evans, ai quali i giudici britannici hanno fatto staccare la spina, portandoli a spegnersi anzitempo [sull'ultima vicenda, v. i commenti che sono in [Biolaw Journal](#), 2/2018, nonché S. STURNIOLO, [The best interest of the child nella legge n. 219/2017](#), in questa [Rivista, Studi 2018/II](#), 412 ss.]. Spinossissimi, poi, i casi in cui dovesse aversi conflitto tra i genitori, gli effetti del quale finirebbero con lo scaricarsi per intero sulle spalle dei giudici, gravati di un peso morale e giuridico enorme.

⁷² Come si vede, si ha qui una particolarmente rilevante conferma di come la risposta favorevole a talune questioni cruciali in ambito di biodiritto competa proprio agli scienziati. Il nodo tuttavia resta – come si diceva – non sciolto laddove questi si presentino al loro interno divisi (o, diciamo pure, lo siano in una certa, rilevante misura).

⁷³ Molto citata al riguardo è una importante decisione della Consulta, la [n. 275 del 2016](#), nella quale è risolutamente affermato che “è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”. Dalla prospettiva del diritto internazionale, una sensibile dottrina ha, ancora non molto tempo addietro, fatto notare che “in the inter-individual community, dignity is a central value, as well as the sum and presumption of new values – in an international sense of protection of the *homo*, not only the *homo oeconomicus*” (A. DI STASI, *Human Rights Law to Cornerstone in International Biolaw?*, in AA.VV., *Self-determination, Dignity and*

Alessandro Morelli*

Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale**

SOMMARIO: 1. Cinque tesi su solidarietà, diritti e cittadinanza. – 2. Tre premesse su principi e valori costituzionali. – 3. La portata normativa della solidarietà nella dimensione dell'ordinamento repubblicano. – 4. *Segue*: la solidarietà nella dimensione sovranazionale (con particolare riguardo alle politiche dell'Unione europea relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione). – 5. *Quanto* solidali e verso *chi*? I limiti di un principio. – 6. Cittadini e non: una distinzione da mantenere? – 7. La vocazione universalista dei diritti sociali e le discriminazioni perpetrate dal legislatore nazionale e da quelli regionali. – 8. Stato sociale, diritti dei migranti e crisi della rappresentanza: notazioni conclusive.

1. Cinque tesi su solidarietà, diritti e cittadinanza

Intendo argomentare, in questa sede, cinque tesi relative ai concetti richiamati dal titolo della mia relazione.

La prima tesi è che la solidarietà, nella dimensione dell'ordinamento costituzionale italiano, non si esaurisce in una mera istanza morale né s'identifica con un'attitudine psicologica, ma possiede una *portata normativa* in forza della quale concorre, unitamente al principio di eguaglianza sostanziale, a connotare la forma ordinamentale vigente come Stato sociale. In un certo senso, si potrebbe affermare, riprendendo il titolo di un noto saggio¹, che la solidarietà, in tale dimensione istituzionale, *debba essere presa sul serio*.

La seconda tesi è che, nonostante o, meglio, proprio *in virtù* di questa sua natura, il principio di solidarietà non presenta il carattere dell'assolutezza, ma incontra una serie di limiti, tra cui soprattutto quelli costituiti dagli altri principi fondamentali previsti in Costituzione, con i quali il primo deve trovare una conciliazione o, come si usa dire, una *ragionevole* composizione.

La terza tesi attiene alla categoria della cittadinanza e può essere formulata nei seguenti termini: nonostante i diversi tentativi teorici di articolare il concetto, individuando una «cittadinanza costituzionale» (o una «cittadinanza-partecipazione»), che si affiancherebbe o si sovrapporrebbe alla classica «cittadinanza legale» (o «cittadinanza-appartenenza»)², la distinzione tracciata dalla Carta repubblicana tra cittadini e non cittadini deve essere mantenuta in quanto imposta dalla forma di Stato vigente e funzionale alla stessa sopravvivenza di quest'ultima. L'importanza del paradigma della cittadinanza si può cogliere pienamente soltanto se si mette in luce il rapporto che lo lega indissolubilmente, come subito si dirà, ai diritti politici.

La quarta tesi riguarda, infatti, la natura dei diritti costituzionali e consiste nel riconoscimento di una sostanziale differenza tra la connotazione dei diritti civili e sociali, da una parte, e quella dei diritti politici, dall'altra: in particolare, mentre i primi appaiono ispirati da una vocazione tendenzialmente *universalistica*, ai secondi risulta più congeniale una declinazione *particolaristica*, nel senso che il loro esercizio presuppone un più solido legame con la specifica (e concreta) comunità politica di riferimento e, ancor più, con l'etica pubblica da quest'ultima adottata. Con ciò non si vuole certo riproporre una gerarchizzazione tra le suddette situazioni giuridiche soggettive, ma si vuole sottolineare l'esistenza di una tensione dialettica tra diritti civili e sociali, massimamente *inclusivi*, e diritti politici, la cui eventuale “universalizzazione” non potrebbe che apparire paradossale,

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università Magna Græcia di Catanzaro.

** Testo rielaborato e aggiornato della relazione tenuta al Convegno di Studi su I diritti sociali al tempo delle migrazioni, Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche, 28-29 giugno 2018.

¹ Cfr. ovviamente R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982.

² Sull'evoluzione del concetto di cittadinanza cfr. ora A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2016, 11 ss.; C. PANZERA-A. RAUTI-C. SALAZAR-A. SPADARO (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Atti del Convegno internazionale di studi svoltosi a Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; R. CARIDÀ, I diritti di cittadinanza inclusiva tra esigenze di sicurezza e doveri di solidarietà, in www.federalismi.it sulla categoria della cittadinanza nel diritto internazionale si rinvia alla trattazione di L. PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008.

rischiando di mettere in crisi la stessa tenuta delle istituzioni rappresentative. La differenza deriva, a ben vedere, dalla peculiarità dei contenuti che il principio di solidarietà acquista *quando viene declinato in senso politico*. Seguendo la tripartizione che l'art. 2 Cost. adotta nel richiamare i doveri inderogabili, si può ragionevolmente affermare, infatti, che se la solidarietà sociale e quella economica possono svilupparsi anche senza il riferimento a un nucleo di valori/principi comuni (benché ovviamente dalla condivisione di un'etica comune tali forme di solidarietà possano riuscire rafforzate), viceversa la solidarietà politica è sempre percepita *in rapporto a determinati valori/principi*, la condivisione dei quali è *condizione necessaria* dell'essere appunto *politicamente solidali*. Pertanto, se l'esercizio dei diritti civili e, soprattutto, per quanto maggiormente rileva in questa sede, di quelli sociali può essere ipoteticamente espanso senza limiti (salvo ovviamente il problema, per nulla secondario, delle risorse disponibili), poiché il tipo di legame sociale che esso presuppone non ha una forte connotazione politica, al contrario un'illimitata estensione della categoria dei soggetti titolari dei diritti politici implicherebbe o la parallela adesione alla tavola di valori/principi di riferimento della comunità da parte dei medesimi soggetti beneficiari dell'estensione o si tradurrebbe, di fatto, in una sorta di *suicidio istituzionale* dell'ordinamento, che, così facendo, non farebbe altro che affidare le proprie sorti anche a chi non si riconosca nei suoi paradigmi basilari.

La quinta tesi è un corollario della precedente e afferma che, mentre i diritti civili e quelli sociali sono costituzionalmente riconosciuti e garantiti indipendentemente dallo *status* del soggetto interessato, i diritti politici attraverso cui si esercita la sovranità popolare (nelle sue diverse forme ed entro i limiti richiamati dall'art. 1 Cost.) sono prerogativa dei cittadini, chiamati dall'art. 54 Cost. ad essere fedeli alla Repubblica e, dunque, gravati dal dovere di assicurare la continuità dell'ordinamento repubblicano nell'identità dei suoi principi fondamentali³. Un assunto, quest'ultimo, che ammette parziali eccezioni, costituite dalle forme di partecipazione politica riservate ai non cittadini nella dimensione locale, le quali avviano, per così dire, il soggetto lungo un percorso d'integrazione che può trovare il proprio culmine soltanto nel riconoscimento dello *status* di cittadino.

2. Tre premesse su principi e valori costituzionali

L'argomentazione della prima delle tesi sopra enunciate richiede l'esposizione di alcune premesse, concernenti, innanzitutto, la *natura normativa dei principi*, in generale, e di quelli costituzionali, in particolare. Occorre, infatti, sgombrare il campo da antichi ma ricorrenti equivoci intorno all'efficacia giuridica degli enunciati di principio contenuti nel testo della legge fondamentale⁴. Sul tema, com'è noto, non vi è concordia tra filosofi e teorici del diritto e, addirittura, secondo una posizione estrema, talora ripresa in dottrina, i principi sarebbero qualcosa di totalmente e irriducibilmente diverso dalle norme giuridiche. Una tesi, questa, conosciuta come «distinzione forte» tra norme e principi, che, tuttavia, appare sensibilmente connotata in senso ideologico e, per lo più, funzionale a legittimare specifici scopi di politica del diritto⁵. Com'è stato notato, infatti, «almeno in un senso, anche i principi

³ Sul vincolo di fedeltà alla Repubblica come dovere di assicurare la continuità dell'ordinamento nell'identità dei suoi principi fondamentali sia consentito rinviare ai miei *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, in R. BALDUZZI-M. CAVINO-E. GROSSO-J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Giappichelli, Torino 2007, 140 ss., e soprattutto *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013. Per un quadro delle principali teorie in tema si v. anche volendo i miei *Fedeltà alla Repubblica*, in *Dig./Pubbl.*, Agg. VI (2015), 177 ss., e *Art. 54*, in F. CLEMENTI-L. CUOCOLO-F. ROSA-G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, *Principi fondamentali e Parte I – Diritti e doveri dei cittadini (Artt. 1-54)*, il Mulino, Bologna 2018, 345 ss.

⁴ Sul punto non può che rinviarsi a V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano 1952.

⁵ Cfr., in tal senso, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cico-F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Giuffrè, Milano 1998, 272. Su «distinzione forte» e «distinzione debole» tra principi e norme cfr. ora A. SCERBO, *Regole e principi*, in L. VENTURA-A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano 2015, 63 ss.

sono norme, se per ‘norma’ si intende, conformemente all’uso comune, qualunque enunciato rivolto alla guida del comportamento»⁶.

Scartata la distinzione forte, che postula una differenza di natura *qualitativa* tra principi e norme, è apparsa preferibile ai più una distinzione «debole», facente riferimento a una differenza di grado, meramente *quantitativa*, che quindi non esclude affatto la natura normativa dei principi⁷. In tale prospettiva, questi ultimi comporrebbero una «categoria eterogenea»⁸, comprendente norme caratterizzate da uno o più tratti peculiari, come la circostanza che alcuni principi sarebbero «privi di formulazione», nel senso che sarebbero «*menzionati ma non formulati*», in quanto corrisponderebbero a dottrine, laddove non costituissero «concetti essenzialmente contestati»⁹; il fatto che alcuni di essi sarebbero formulati in un linguaggio *ottativo*, *valutativo*, riconoscendo l’importanza di determinati valori o esprimendo auspici; e ancora la circostanza per cui la forma deontica o imperativa sarebbe inadeguata alla loro formulazione¹⁰.

Per quanto presentino connotati peculiari, i principi non cessano, tuttavia, di essere norme; essi, anzi, esprimono il più delle volte contenuti normativi ritenuti più importanti degli altri. Il che è certamente vero per i principi qualificati come «fondamentali», i quali sono ritenuti tali in un duplice significato: nel senso che essi danno fondamento (e giustificazione) ad altre norme e nel senso che «non richiedono, o sembrano non richiedere, a loro volta fondamento o giustificazione: poiché – a torto o a ragione – sono percepiti come ovvi, autoevidenti, o come intrinsecamente giusti»¹¹.

Oltre ad avere una notevole capacità “normogenetica”, ispirando la produzione di ulteriori disposizioni normative dirette a dare loro attuazione, i principi possono abrogare altri enunciati normativi (dotati della medesima struttura nomologica) e possono fungere da parametro di legittimità per norme giuridiche di rango inferiore.

Una seconda premessa attiene all’altrettanto controversa questione del *rapporto tra principi e valori*, tema sul quale non è certo possibile soffermarsi *funditus* in questa sede. Sul punto, è qui sufficiente rilevare che, pur potendosi (e anzi dovendosi) distinguere tra *valori morali* e *principi giuridici*, la distinzione non può condurre a sostenere un’alterità assoluta tra tali entità¹². Benché i valori abbiano un carattere assiologico e teleologico e i principi una connotazione deontica, sicché, come scrive Alexy, ciò che appare *ottimo* nel mondo dei primi risulta *prescritto* in quello dei secondi, è sempre possibile – e anzi utile per le esigenze di garanzia della certezza del diritto – passare dal modello dei valori a quello dei principi¹³. Un passaggio che, però, non fa venir meno quella che Betti,

⁶ R. GUASTINI, *op. et loc. cit.*; per una distinzione forte tra *principles* e *rules* si rinvia a D. DWORKIN, *op. cit.*, 90 ss.

⁷ Così A. SCERBO, *op. cit.*, 75.

⁸ Così R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cico-F. Messineo-L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano 2004, 205.

⁹ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 278.

¹⁰ *Ivi*, 279.

¹¹ R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., 204 s.; ma v. già M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in *Soc. dir.*, 1983, 7 ss. (anche in *ID.*, *Saggi di metagiurisprudenza*, Giuffrè, Milano 1985, 301 ss.).

¹² Cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1992, trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Laterza, Roma-Bari 2013, 285 s.: «I principi, ossia le norme di rango superiore alla cui luce possono giustificarsi altre norme, hanno un senso deontologico, mentre i valori hanno un senso teleologico. Le norme valide obbligano i loro destinatari – senza eccezione e in egual misura – ad un comportamento in grado di soddisfare delle aspettative *generalizzate* di comportamento, mentre i valori vanno intesi come delle *preferenze* intersoggettivamente condivise. I valori esprimono la preferibilità di beni che in determinati collettivi valgono come desiderabili, e che possono essere acquisiti o realizzati tramite un agire finalistico».

Insistono sull’importanza di distinguere i principi, intesi come «strutture prescrittive», dai valori A. D’ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3065 ss. e A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Jovene, Napoli 2007, 358. Nel senso di ritenere i valori e i principi non soltanto come entità diverse, ma addirittura antitetice, poiché mentre i primi rappresenterebbero beni finali, ponendosi come mete da raggiungere attraverso «attività *teleologicamente orientate*», i secondi si presenterebbero come beni iniziali, bisognosi di essere realizzati attraverso «attività *conseguenzialmente determinate*», v. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna 2008, 206; ma già, nello stesso senso J. HABERMAS, *op. cit.*, 284 ss.

¹³ Cfr., in tal senso, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1994, trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna 2012, 170 s.

con particolare riguardo ai principi generali dell'ordinamento giuridico, definiva l'«eccedenza di contenuto deontologico»¹⁴ (o assiologico) degli enunciati normativi di principio. Un'eccedenza che, senza mettere in discussione la portata normativa dei principi, consente loro di svolgere un ruolo essenziale nell'interpretazione e nell'integrazione del diritto, garantendo l'apertura del sistema normativo alle istanze etiche provenienti dalla società.

La terza e ultima premessa, strettamente correlata alle precedenti, riguarda l'importanza del *criterio sistematico* nell'interpretazione degli enunciati normativi di principio. Si tratta di un aspetto da sottolineare soprattutto (anche se ovviamente non solo) in riferimento ai principi costituzionali: come ha, infatti, precisato non molto tempo addietro anche la Corte costituzionale, la legge fondamentale è composta soprattutto di principi, posti in stretto collegamento tra loro, i quali necessitano di un continuo bilanciamento, nell'esercizio del quale «la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate»¹⁵. La presunta «incoerenza» dei principi riconosciuti dalla Carta repubblicana (a cominciare da quelli di libertà e di eguaglianza), che, secondo parte della dottrina, sarebbe giustificata dal fatto che lo scopo della stessa Costituzione sarebbe stato quello di mettere alcuni principi al riparo dalle determinazioni delle mutevoli maggioranze politiche, è, in realtà, solo apparente¹⁶. Se si guarda, infatti, alla specifica esperienza storica dell'Assemblea costituente, si può notare come, al di là dell'ispirazione antifascista che accomunava i rappresentanti delle forze politiche chiamati a dare una legge fondamentale alla nascente Repubblica¹⁷ – ispirazione che però già definiva, seppur *in negativo* (o per opposizione), l'orizzonte assiologico dei Costituenti –, l'elaborazione dei principi poi introdotti nella Carta fondamentale si tradusse in una complessa operazione di sintesi tra diverse concezioni della società e della politica¹⁸.

In conclusione, i principi di cui si discorre non sono contenuti collocati a caso nel testo costituzionale al solo scopo di preservarli dalle maggioranze future, ma i prodotti di faticose operazioni d'integrazione tra le differenti visioni ideologiche che ispirarono i Costituenti.

Si dà, quindi, quella che si potrebbe definire un'*omogeneità assiologica minima*¹⁹, necessaria affinché i principi possano trovare composizione, senza che qualcuno di essi venga integralmente

¹⁴ Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano 1971, 205 ss.

¹⁵ [Corte cost., sent. n. 1 del 2013](#), punto 8.1 del cons. in dir., sulla quale sia consentito rinviare al mio *La riservatezza del Presidente. Idealità dei principi e realtà dei contesti nella sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 27 marzo 2013, e in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 28 marzo 2013

¹⁶ Scrive R. BIN (*Nuovi Statuti e garanzie dei diritti. Relazione al convegno "Il governo degli interessi territoriali e i diritti dei cittadini"*, Torino, 26 ottobre 2002, in *Ist. fed.*, 2/2003, 197; ma *amplius* dello stesso A. v. ora *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018) che «la Costituzione è come un frigorifero, ove si conservano, in uno scomparto sottratto all'azione della politica quotidiana, i principi e i diritti che stanno a cuore alle diverse componenti che esercitano il potere costituente. Ovviamente, come in un frigorifero non c'è coerenza tra il pesce, il burro, il latte e il formaggio, così in una Costituzione non c'è coerenza tra la parte liberale, cattolica, socialista, ecc. Quello che in relazione al frigorifero si chiamerebbe "versatilità", nella Costituzione si chiama "pluralismo": se non ci fosse bisogno di pluralismo, cioè di coesistenza di principi diversi, non ci sarebbe neppure bisogno di "conservarli" nella Costituzione». L'immagine è suggestiva, ma non convince del tutto. Si può osservare, infatti, che non è certo possibile riporre in frigorifero ogni tipo di alimento, così come occorre fare attenzione al modo in cui gli alimenti stessi vengano conservati. Fuor di metafora, non tutti i principi sono compatibili tra loro: la "conservazione" di un principio "sbagliato" potrebbe comportare radicali mutamenti nell'interpretazione degli altri principi e finanche azzerare la stessa portata normativa di alcuni di essi; inoltre, anche la formulazione linguistica delle disposizioni che esprimono principi incide sul modo in cui questi ultimi trovano concreta attuazione.

¹⁷ Cfr., per tutti, M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1991, 183 ss.; si rinvia ora, inoltre, agli scritti pubblicati in F. CORTESE (a cura di), *Resistenza e diritto pubblico*, Firenze University Press, Firenze 2016. Sul contributo che la letteratura sulla Resistenza ha dato alla costruzione del paradigma antifascista v., inoltre, la suggestiva riflessione di G. BASCHERINI-G. REPETTO, *Il romanzo della resistenza e la transizione costituzionale italiana: la letteratura tra moralità e istituzioni*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2015.

¹⁸ Sul metodo di lavoro seguito dall'Assemblea costituente sia consentito rinviare ora al mio *L'agenda della Costituente. Dal metodo dell'Assemblea al discorso sulle riforme*, in F. CORTESE-C. CARUSO-S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, FrancoAngeli, Milano 2018, 37 ss.

¹⁹ Sul tema dell'omogeneità costituzionale, in prospettiva comparata, cfr. ora l'approfondita trattazione di G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

sacrificato, nell'interpretazione sistematica attraverso la tecnica del bilanciamento. Se è vero che la riconduzione a sistema dei principi è sempre opera dell'interprete, è anche vero che non tutti i principi sono sistematizzabili. Il che, d'altro canto, non sembra valere per i due principi-cardine del sistema costituzionale: quelli di libertà e di eguaglianza, che, secondo un'autorevole dottrina, l'ispirazione ideale della democrazia pluralista vorrebbe che fossero *contestualmente* attuati²⁰.

3. La portata normativa della solidarietà nella dimensione dell'ordinamento repubblicano

Sulla base di tali premesse è possibile provare a definire il contenuto normativo della solidarietà e trovarne la specifica collocazione nel sistema complessivo dei principi costituzionali.

Quello di cui si discorre è, innanzitutto, un principio inespresso, non enunciato, anche se riferimenti alla solidarietà si ritrovano nell'art. 2 Cost., nel richiamo ai «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», il cui adempimento è richiesto dalla Repubblica, e nell'art. 119, comma 5, Cost., a norma del quale, per promuovere, tra l'altro, la «solidarietà sociale», lo Stato destina «risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni».

Il concetto di solidarietà non è, poi, di facile definizione²¹, e la sua storia, in verità, appare, sotto certi versi, persino paradossale poiché se, da un lato, il principio di solidarietà, secondo un percorso comune ad altri principi (ed istituti) del diritto pubblico, ha trovato formulazione dapprima nella sfera etico-religiosa, poi in quella politica e, infine, appunto in quella giuridica²², di contro, il termine «solidarietà» rinviene il suo primo e più pregnante impiego nel diritto romano, ove denotava l'istituto dell'*obbligazione solidale*, designando un tipo di responsabilità in base alla quale ogni membro di una comunità si faceva carico della totalità dei debiti esistenti²³. Un percorso, dunque, circolare, che sembra aver preso avvio da un paradigma giuridico e che, attraverso diverse elaborazioni dottrinali, è infine giunto al riconoscimento costituzionale di un principio fondamentale che, com'è stato detto, aspira a tracciare «una terza via, tra l'individualismo liberale e il socialismo collettivista»²⁴.

Nella dimensione dell'ordinamento repubblicano, il principio solidarista ha anche una specifica rilevanza politica poiché, oltre a porre la condizione giuridica di affermazione della coesione sociale, indica la via repubblicana all'unità dell'ordinamento stesso. Nello Stato costituzionale, infatti, la pretesa d'unità politica non può basarsi, com'era avvenuto nello Stato «monoclasse» borghese²⁵, sulla supremazia di una classe egemone, garantita dalla ristrettezza del suffragio e dal carattere esclusivo della partecipazione politica, e nemmeno, come nei regimi totalitari, su concezioni metafisiche dello

²⁰ Cfr. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

²¹ Per una genealogia del concetto di solidarietà si rinvia a M.-C. BLAIS, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Éditions Gallimard, Paris 2007, trad. it. *La solidarietà. Storia di un'idea*, a cura di B. Magni, Giuffrè, Milano 2012, 4.

²² Cfr. F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, 8 ss.; ID., *I doveri di solidarietà sociale*, in R. BALDUZZI-M. CAVINO-E. GROSSO-J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 4 s.; F. RETUS, *Il principio di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino 2011, 819 ss.; F. POLACCHINI, *Il principio di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino 2013, 227 ss.; ID., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016, 7 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014, spec., 11 ss.; P. CHIARELLA, *Solidarietà e diritti sociali. Aspetti di filosofia del diritto e prassi normative*, Wolters Kluwer-Cedam, Milanofiori Assago (MI) 2017; A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2017; ID., [Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio](#), in *Consulta OnLine, Studi 2017/III*, 445 ss. e, se si vuole, il mio *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in L. VENTURA-A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, cit., 305 ss.

²³ Cfr. F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, cit., 8.

²⁴ M.-C. BLAIS, *La solidarité*, cit., 8, ma *passim*.

²⁵ ... secondo la nota formula di M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna 1986, 35 ss.; ID., *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova 1988, 139 ss.; ma cfr. anche i contributi pubblicati in S. CASSESE-G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Giuffrè, Milano 2000.

Stato e della nazione, promosse dalla limitazione dei diritti fondamentali e dalla soppressione violenta del dissenso²⁶. Essendosi eretta l'organizzazione democratica su basi egualitarie ed essendosi previsto l'impegno per la Repubblica di svolgere interventi diretti a consentire il «pieno sviluppo della persona umana», secondo l'evocativa formula impiegata nell'art. 3, comma 2, Cost., la solidarietà è assurta a paradigma normativo fondante la stessa unità dell'ordinamento. Tale principio svolge, infatti, un indefettibile ruolo complementare rispetto a quello giocato dal principio di eguaglianza sostanziale, dando forma a un'istanza unificatrice, che presuppone *un'ontologia dei rapporti sociali in base alla quale ciascun soggetto è al tempo stesso debitore e creditore di tutti gli altri componenti (presenti, passati e futuri) della medesima collettività*.

In tale prospettiva può leggersi il riconoscimento, contenuto in una celebre pronuncia della Corte costituzionale sul volontariato, della solidarietà come il principio «per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio – continua il Giudice delle leggi – che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»²⁷.

Dato il suo carattere pervasivo, il principio di solidarietà non si esaurisce nelle sole previsioni costituzionali relative ai doveri inderogabili (che pure ne rappresentano fondamentali declinazioni)²⁸, ma in una categoria aperta di istituti giuridici e, in definitiva, nell'intera trama normativa dello Stato repubblicano, la cui forma ordinamentale trova una specifica e pregnante qualificazione nella definizione di «Stato sociale» proprio grazie al contestuale riconoscimento dei principi di eguaglianza sostanziale e di solidarietà²⁹.

Nel tentativo di classificare le varie forme di espressione del principio solidarista, si è distinto tra una solidarietà «doverosa» (o «fraterna») e una solidarietà «pubblica» (o «paternalista»). La prima opererebbe su un piano orizzontale e si tradurrebbe in «un moto doveroso e cooperante da parte dei cittadini nell'adempimento delle loro varie solidarietà», un moto dall'andamento ascendente, dai cittadini verso «l'amministrazione pubblica globale» della Repubblica. La solidarietà pubblica o paternalista, invece, opererebbe nell'ambito del rapporto tra Stato e cittadini e imporrebbe l'attuazione del principio di eguaglianza sostanziale *ex art. 3, comma 2, Cost.*³⁰.

Prendendo in considerazione entrambe le prospettive, pertanto, doveri inderogabili, diritti sociali, interventi volti a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e, in generale, misure promozionali di comportamenti socialmente utili³¹ costituiscono tutte espressioni del medesimo principio solidarista.

La vocazione solidarista si lega, infine, al principio di sussidiarietà, che dal 2001, com'è noto, trova un esplicito riconoscimento nell'art. 118 Cost., ma che, com'è stato sottolineato da un'autorevole dottrina³², era già implicito nella trama normativa della Carta del '47. Il riconoscimento della solidarietà tra persone e comunità rinviene, infatti, nel principio di sussidiarietà il suo *modus* di attuazione, configurandosi l'ordinamento repubblicano «come uno spazio di rilevanza giuridica, nel

²⁶ Cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano 1967, 48 ss.

²⁷ [Sent. n. 75/1992](#), punto 2 del cons. in dir.

²⁸ In tema si rinvia ora anche alle relazioni di E. ROSSI, R. CALVANO, M. CAVINO al seminario del Gruppo di Pisa su *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Napoli, 19 ottobre 2018, consultabili, in versione provvisoria al [sito](#) telematico del Gruppo di Pisa.

²⁹ Sul punto cfr., in particolare, E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino 2006, 56 ss.

³⁰ Cfr. S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 10 ss.; nonché F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, cit., 31 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica*, in [Rivista AIC](#), 2 luglio 2010, 10 ss.; F. RETUS, *Il principio di solidarietà*, cit., 819 ss.

³¹ Su cui, per tutti, F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, cit., 39 ss., e bibliografia ivi indicata.

³² Cfr. A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1/2001, 13 ss.

quale trovano svolgimento le relazioni tra i singoli e le entità generate dalla loro vocazione sociale (art. 2 Cost.)»³³.

Dal quadro sinteticamente tratteggiato emerge chiaramente la natura normativa del principio di solidarietà, disconoscendo la quale si finirebbe inevitabilmente con il privare di efficacia giuridica buona parte (se non tutte) le disposizioni costituzionali più pregnanti, quelle che delineano l'orizzonte di senso dell'intero ordinamento repubblicano.

4. Segue: *la solidarietà nella dimensione sovranazionale (con particolare riguardo alle politiche dell'Unione europea relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione)*

Il principio di solidarietà non connota soltanto l'ordinamento nazionale, ma anche quello dell'Unione europea; se, infatti, in origine le Comunità europee componevano, com'è noto, un'organizzazione settoriale e dai fini particolari, attraverso un tortuoso processo ancora in corso e dagli esiti sempre più incerti, l'Unione ha assunto la fisionomia di un ordinamento a fini generali, fondato su un gruppo di principi condivisi dagli Stati membri³⁴.

L'art. 2 del Trattato UE non menziona, invero, la solidarietà tra i valori fondanti (che s'identificano nel rispetto della dignità umana, nella libertà, nella democrazia, nell'uguaglianza, nello Stato di diritto e nel rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze), ma la richiama laddove afferma che tali valori «sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Il medesimo Trattato, all'art. 3, parr. 2 e 3, stabilisce che l'Unione promuove, tra l'altro, la «solidarietà tra le generazioni» e la «solidarietà tra gli Stati membri»; nello stesso articolo (par. 5) afferma, inoltre, che l'Unione ha il compito di contribuire anche alla «solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli». Sempre nel TUE, al principio di solidarietà fanno riferimento l'art. 21, par. 1, il quale dispone che l'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda «sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo», tra cui anche la solidarietà, e l'art. 24, par. 2, a norma del quale, «nel quadro dei principi e degli obiettivi dell'azione esterna, l'Unione conduce, stabilisce e attua una politica estera e di sicurezza comune fondata sullo sviluppo della reciproca solidarietà politica degli Stati membri, sull'individuazione delle questioni di interesse generale e sulla realizzazione di un livello sempre maggiore di convergenza delle azioni degli Stati membri»³⁵.

Riferimenti degni di nota sono contenuti, poi, anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE – sia nel Preambolo, sia nelle previsioni del Capo IV, integralmente dedicato alla solidarietà (e ai diritti sociali) – e nel TFUE, tra i quali, oltre alla c.d. «clausola di solidarietà» contenuta nell'art. 222³⁶,

³³ F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, cit., 29.

³⁴ Sulla «dimensione assiologica» dell'Unione europea cfr., per tutti, L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino 2014, 83 ss. e spec. 101 ss.; e ora, con specifico riguardo al dovere di solidarietà, F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, cit., 107 ss.

³⁵ Altri richiami sono contenuti nel par. 3 del medesimo art. 24, TUE: «Gli Stati membri sostengono attivamente e senza riserve la politica estera e di sicurezza dell'Unione in uno spirito di lealtà e di *solidarietà reciproca* e rispettano l'azione dell'Unione in questo settore. Gli Stati membri operano congiuntamente per rafforzare e sviluppare la loro reciproca *solidarietà politica*. Essi si astengono da qualsiasi azione contraria agli interessi dell'Unione o tale da nuocere alla sua efficacia come elemento di coesione nelle relazioni internazionali. Il Consiglio e l'alto rappresentante provvedono affinché detti principi siano rispettati» (corsivi aggiunti).

Nel Protocollo n. 28 sulla coesione economica, sociale e territoriale allegato al TUE si prevede, infine, sulla base degli obiettivi enunciati dall'art. 3 (tra i quali, come si è detto, compaiono anche quelli di promuovere la coesione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati membri), che il Fondo di coesione eroghi contributi finanziari dell'Unione a favore di progetti nei settori dell'ambiente e delle reti transeuropee negli Stati membri con un PNL *pro capite* inferiore al 90% della media dell'Unione, i quali abbiano un programma volto a soddisfare le condizioni di convergenza economica di cui all'art. 126 del TFUE.

³⁶ ... a norma del quale «l'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo». Il

rivestono particolare importanza ai fini della nostra indagine quelli riguardanti le politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione, contenute nel Capo 2 del Titolo V del Trattato³⁷. Politiche, queste ultime, che, com'è noto, non sono risultate molto efficaci; anzi, proprio sul versante della solidarietà tra Stati nella gestione del fenomeno migratorio si sono registrati e continuano a riscontrarsi i maggiori problemi.

Al riguardo, si deve rilevare, innanzitutto, che la forma finora prevalente di esercizio della solidarietà in tale dimensione è stata quella consistente nell'erogazione di aiuti finanziari a favore degli Stati che, per ragioni geografiche, si sono trovati nelle condizioni di dover fronteggiare più di altri le emergenze migratorie, anche se, più di recente, si è preso atto della necessità d'introdurre misure di *burden sharing*, di condivisione degli oneri, tra tutti gli Stati membri dell'Unione. In tal senso si è mossa la Commissione europea con la previsione, nell'Agenda per l'immigrazione del 13 maggio 2015, di un sistema di *ricollocazione* obbligatorio, volto a distribuire tra i vari Stati gli immigrati bisognosi di protezione internazionale, sulla base di criteri che tengano conto di diversi fattori (PIL, densità demografica, livello di disoccupazione, numero già presente nel Paese di richiedenti asilo e di rifugiati reinsediati)³⁸. A tale misura si è affiancata la previsione di un più specifico programma di reinsediamento europeo, con l'introduzione di un canale d'ingresso legale, per i richiedenti protezione internazionale provenienti soprattutto dall'Africa e dal Medio Oriente³⁹.

Si è anche istituito un meccanismo temporaneo attraverso il quale, entro fine settembre 2017, si sarebbero dovute ricollocare, secondo la proposta iniziale, 160.000 persone provenienti prevalentemente dall'Italia e dalla Grecia, ossia dai Paesi maggiormente interessati dai più recenti flussi migratori. Tale intervento ha però incontrato la resistenza dei Paesi del Gruppo di Visegrád⁴⁰, che si è manifestata anche nell'impugnazione *ex art.* 263 TFUE, da parte dell'Ungheria e della Repubblica slovacca, della decisione UE 2015/1523, come modificata e integrata dalla decisione UE 2015/2601, con cui il Consiglio dell'Unione europea aveva disposto la ricollocazione, per un periodo di due anni, di 120.000 persone in stato di evidente bisogno di protezione internazionale. Tale decisione, di natura emergenziale e temporanea, traeva fondamento dall'art. 78, par. 3, TFUE, a norma del quale il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati, quando questi ultimi devono affrontare «una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi»⁴¹. La Corte di giustizia dell'Unione europea, con un'importante pronuncia, ha precisato che la validità della decisione, sotto il profilo della

par. 3 del medesimo articolo precisa, poi, che «le modalità di attuazione della presente clausola di solidarietà da parte dell'Unione sono definite da una decisione adottata dal Consiglio, su proposta congiunta della Commissione e dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza».

³⁷ L'art. 67, in particolare, dopo aver chiarito, al par. 1, che «l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri», stabilisce che essa garantisce «che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi». Inoltre, l'art. 80 del medesimo Trattato prevede che «le politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio».

³⁸ Cfr. F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, cit., 120 ss.

³⁹ Tali misure sono state attuate con la raccomandazione della Commissione europea n. 2015/914 dell'8 giugno 2015 e con due successive decisioni del Consiglio (la n. 11131/15 del 22 luglio 2015 e la n. 12098/15 del 22 settembre 2015).

⁴⁰ Il Gruppo di Visegrád è un'alleanza tra quattro Paesi dell'Unione europea – Polonia, Repubblica Ceca, Ungheria, Slovacchia – costituitosi nel 1991, dopo il crollo dell'Unione sovietica. Il nome deriva dalla piccola cittadina ungherese di Visegrád, dove per la prima volta i *leader* dei diversi Stati si riunirono. Il Gruppo si è caratterizzato, negli ultimi tempi, per aver assunto posizioni fortemente critiche nei confronti dell'Unione europea e molto rigide in materia d'immigrazione.

⁴¹ Si tratta, pertanto, di una misura adottata con metodo intergovernativo: sul punto cfr., in particolare, P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, settembre 2015; M. DI FILIPPO, *Le misure di ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2015, 33 ss.

proporzionalità della misura adottata, non poteva essere messa in discussione sulla base di «valutazioni retrospettive» attinenti al suo grado di efficacia, evocando condizioni non prevedibili al momento in cui il Consiglio aveva adottato il provvedimento stesso (e, tra queste condizioni, ha richiamato, in particolare, la mancanza di cooperazione da parte di alcuni Stati, compresi quelli che poi avevano fatto ricorso alla Corte contro la decisione del Consiglio)⁴². Con tale sentenza si è, dunque, riconosciuto carattere precettivo al principio di solidarietà, richiamato, per il settore qui rilevante, dall'art. 80 TFUE, anche se solo strumentalmente all'adozione di misure emergenziali e temporanee⁴³.

Nel contempo, tuttavia, si è preso atto del sostanziale fallimento del piano di ricollocazione dei migranti. Ad oggi, infatti, si è molto lontani dal numero originariamente fissato: secondo i dati della Commissione europea, al 30 settembre 2018, sono 12.706 i migranti ricollocati dall'Italia e 21.999 quelli dalla Grecia⁴⁴.

Di certo, quel che non funziona – ed è opinione condivisa dalla stessa Commissione europea⁴⁵ – è il «sistema Dublino», basato sulla «regola dello Stato di primo ingresso» del richiedente, in base al quale quest'ultimo è il Paese competente a esaminare la domanda di protezione internazionale⁴⁶. Un sistema che non è stato pensato e non è certamente congegnato allo scopo di garantire una distribuzione solidale e sostenibile degli oneri e delle responsabilità nei confronti dei richiedenti asilo nell'ambito dell'Unione europea e che finisce con il far pesare in prevalenza sui Paesi più esposti geograficamente (ancora una volta Italia e Grecia) l'onere di gestire i flussi migratori⁴⁷.

Al momento, tuttavia, l'opposizione degli altri Governi europei alla modifica del «sistema Dublino» ha determinato una situazione di stallo, mentre, negli ultimi mesi, il Governo italiano ha negato a navi gestite da organizzazioni non governative e, in un caso, perfino a una nave della Guardia costiera italiana⁴⁸, l'autorizzazione a far sbarcare migranti soccorsi in mare, con il concreto rischio che tali episodi attirino future condanne da parte della Corte di Strasburgo⁴⁹. Segnali, questi, di una crescente difficoltà a gestire il fenomeno migratorio, in un contesto segnato dalla perdurante assenza di una vera politica migratoria dell'Unione europea.

5. Quanto solidali e verso chi? I limiti di un principio

⁴² Corte di Giustizia UE, Grande sezione, 6 settembre 2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, *Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea*.

⁴³ Cfr., sul punto, H. LABAYLE, *Solidarity is not a value: Provisional relocation of asylum-seekers confirmed by the Court of Justice* (6 September 2017, *Joined Cases C-643/15 and C-647/15 Slovakia and Hungary v Council*), in *eumigrationlawblog.eu*; S. PENASA, *La relocation delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e ... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in [DPCE ON LINE](#), 3/2017; L. RIZZA, *Obbligo di solidarietà e perdita di valori (nota a sentenza Corte di Giustizia UE, Grande sezione, 6 settembre 2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, caso Repubblica Slovacca e Ungheria c. Consiglio dell'Unione europea)*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2018, spec. 10 ss.

Sul tema, più in generale, si v. anche C. FAVILLI, *L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'«emergenza» immigrazione*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 785 ss.

⁴⁴ Cfr. Commissione europea, *Member States' Support to Emergency Relocation Mechanism*, in https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/press-material/docs/state_of_play_-_relocation_en.pdf

⁴⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio: «Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa», COM (2016) 197, 6.4.2016.

⁴⁶ Cfr. Regolamento (UE) n. 604/2013 del 26 giugno 2013 (c.d. Dublino III).

⁴⁷ Cfr. B. TONOLETTI, *Confini diritti migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo*, in F. CORTESE-G. PELACANI (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 55 ss.

⁴⁸ Sulla vicenda della nave Diciotti sia consentito rinviare al mio *Principio di legalità vs. «preminente interesse pubblico»? Il caso Diciotti e le sue conseguenze*, in corso di pubblicazione in *Quad. cost.*

⁴⁹ Come, del resto, è già avvenuto in passato: cfr., per tutte, Corte EDU, Grande Camera, sentt. 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa c. Italia*, e 15 dicembre 2015, *Khlaifia e altri c. Italia*.

Se, dunque, anche nella dimensione sovranazionale – e pur, come si è detto, entro limiti considerevoli – la solidarietà non si risolve in un mero precetto etico, né in un’attitudine psicologica spontanea e incoercibile, ma è il contenuto di un principio giuridico – qualificabile almeno nella dimensione nazionale come «supremo», secondo l’espressione usata dalla Corte costituzionale italiana per definire i contenuti del c.d. «nucleo duro» dell’ordinamento⁵⁰ –, essa, in caso di violazioni, può comportare *sanzioni* e, come tutti gli altri principi giuridici, incontra dei *limiti*. Si tratterà di limiti *interni* allo stesso principio, derivanti cioè dal suo contenuto (per quanto possa apparire ampio il campo semantico del termine «solidarietà», esso non può comprendere tutto), e di limiti *esterni*, determinati dalla necessità di conciliare il principio di solidarietà con gli altri principi costituzionali di pari rango, con la consueta tecnica del bilanciamento.

Anche la solidarietà, infatti, non può essere intesa in senso assoluto; diversamente se ne farebbe un principio schmittianamente *tirannico*⁵¹, utile a legittimare un’universalizzazione incontrollata dei diritti, nonché l’elaborazione di nuovi diritti “assoluti”, il cui riconoscimento e la cui garanzia potrebbero mettere a rischio la stessa tenuta dell’ordinamento. Si pensi, ad esempio, a quell’illimitabile diritto umano all’immigrazione e all’accoglienza coniato da una sensibile dottrina⁵², pur animata da encomiabili intenti, un diritto dinanzi al quale lo Stato non potrebbe esercitare alcun intervento volto a regolare gli accessi, ma che, com’è stato rilevato, comporterebbe il venir meno della stessa qualificazione del territorio come «dominio riservato sul quale esercitare lo *ius excludendi*»⁵³.

Considerato, dunque, il carattere limitato del principio di solidarietà, occorre domandarsi nei confronti di *chi* si sia tenuti ad essere solidali e quali *limiti oggettivi* incontri il dovere costituzionale di solidarietà. La risposta a tali interrogativi richiede un ritorno al *testo costituzionale* e alla formulazione degli enunciati normativi in cui la solidarietà viene evocata: in particolare, all’art. 2 Cost., anche se l’interpretazione meramente letterale, «primitiva» come pure l’ha definita la Corte costituzionale⁵⁴, ma necessario punto di partenza dell’attività ermeneutica, deve essere integrata dall’impiego di altri strumenti interpretativi, primo fra tutti, come si è detto, il criterio sistematico.

Una prima osservazione dalla quale appare opportuno prendere le mosse è quella per cui i doveri inderogabili dei quali discorre l’art. 2 Cost. sono collegati a tre diverse declinazioni della solidarietà: politica, economica e sociale. Come ha ben messo in luce Lombardi, in tale articolazione del concetto di solidarietà si coglie la stretta correlazione tra l’enunciato in questione e l’art. 3, comma 2, Cost.: una connessione che si rinviene sia nel riferimento, presente in entrambe le disposizioni, al concetto

⁵⁰ ... a partire almeno dalla nota [sent. n. 1146/1988](#); ma si veda, da ultimo la [sent. n. 115/2018](#) sul «caso Taricco», nella quale si è ribadito che «l’autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona» (punto 8 del cons. in dir.).

Sul «nucleo duro» si rinvia ora, anche per ulteriori riferimenti, alla trattazione di S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018.

⁵¹ Come ha riconosciuto la Corte costituzionale, «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». Il fatto che alcuni valori/principi siano qualificati come «primari» 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» ([sent. n. 85/2013](#), punto 9 del cons. in dir.).

⁵² La tesi è di E. BETTINELLI, *Il clandestino: persona senza status?*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano 2011, 143 ss.

⁵³ Così M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 2 [del quale si v. anche *La partecipazione politica e i migranti*, in L. RONCHETTI (a cura di), *La repubblica e le migrazioni*, Giuffrè, Milano 2014, 77 ss.]; sul tema v. anche L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Rivista AIC*, 2/2017 e, *ivi*, 3/2017, G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico* e C. SALAZAR, *Territorio, confini, “spazio”: coordinate per una mappatura essenziale*, tutti in *Rivista AIC*, 3/2017.

⁵⁴ [Sent. n. 1 del 2013](#), punto 10 cons. in dir.

di persona⁵⁵ sia nella corrispondenza tra la «triplice direzione» dei doveri di cui all'art. 2 con i livelli di partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione del Paese (in entrambi i casi, politica, economica e sociale)⁵⁶.

Il richiamo alla persona umana risulta, pertanto, legato in modo chiaro ai fini prospettati nella previsione del raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale. Inoltre, considerata la sopradetta coincidenza di piani, il concetto di solidarietà trova una sua prima specificazione come «*integrazione della persona nella vita dello Stato e della comunità sociale*»⁵⁷.

Proprio riguardo al profilo dell'integrazione, degna di nota è apparsa, altresì, la circostanza per cui l'art. 3, comma 2, Cost. stabilisce, da un lato, che i pubblici poteri debbano rimuovere gli ostacoli «di ordine economico e sociale» (ma non politico), prevedendo, dall'altro lato, che gli effetti di tali interventi si producano anche in relazione alla partecipazione all'organizzazione politica, oltre che a quella economica e sociale. Come ha rilevato ancora Lombardi, parrebbe che la Costituzione, nel settore della partecipazione politica, consideri «già avvenuta la *rimozione* di ostacoli, quali, ad esempio, quelli frapposti dai precedenti ordinamenti, di carattere antidemocratico od autoritario, al libero integrarsi della persona umana, e ciò in virtù dei suoi precetti riferentisi al momento politico, che investe la stessa forma di esistenza e il modo di essere dello Stato»⁵⁸. Da rimuovere appaiono soltanto gli ostacoli di carattere economico e sociale, che incidono negativamente anche sulla stessa dimensione politica della partecipazione.

Emerge, in definitiva, una sostanziale differenza tra la solidarietà politica e quella economica e sociale. La prima, infatti, a differenza delle altre, *deve ispirare* l'uso degli strumenti istituzionali della democrazia, i quali *presuppongono* una comunanza di valori e di principi politici, la cui stessa esistenza consente la piena partecipazione politica di tutti i cittadini.

6. Cittadini e non: una distinzione da mantenere?

Nella medesima prospettiva, un discorso sui diritti sociali (ma più in generale sui diritti fondamentali, costituendo i primi una *species* del più ampio *genus* di questi ultimi⁵⁹), «al tempo delle migrazioni», per usare la formula presente nel titolo di questo Convegno, non può fare a meno della distinzione, fatta propria dal testo costituzionale, tra cittadini e non. E ciò anche nella consapevolezza che la categoria della cittadinanza è stata al centro d'importanti riflessioni teoriche che ne hanno notevolmente mutato la fisionomia: da sinonimo di appartenenza statale, infatti, essa è passata a denotare uno *status* definito da diritti e doveri⁶⁰.

Non si tratta del solo dato testuale⁶¹, ma di una questione ben più rilevante, che comunque nel dato testuale trova un'espressione evidente: sul cittadino, infatti, incombe il *dovere di fedeltà alla Repubblica*, ai sensi dell'art. 54, comma 1, Cost. Come si è sostenuto in altra sede, tale disposizione esprime il principio in forza del quale i cittadini hanno il compito di assicurare la continuità dell'ordinamento repubblicano nell'identità dei suoi principi fondamentali⁶². Affinché tale compito

⁵⁵ Sul principio personalista cfr. ora A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in L. VENTURA-A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, cit., 167 ss.

⁵⁶ G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 50 s.

⁵⁷ *Ivi*, 51.

⁵⁸ *Ivi*, 53.

⁵⁹ Sul punto sia consentito rinviare ora al mio *Il ruolo dei diritti sociali nella democrazia contemporanea*, testo dell'intervento al Seminario italo-argentino su «*I diritti sociali nello Stato contemporaneo. Costituzione, legislazione, amministrazione, politiche di bilancio*», Università di Messina, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche, 2 febbraio 2018, in corso di pubblicazione in [Forum di Quaderni Costituzionali](#).

⁶⁰ Cfr. ora A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza*, cit., 5.

⁶¹ ... che, peraltro, in alcuni casi la Corte costituzionale ha ritenuto superabile: si pensi, per tutte, alla [sent. n. 120/1967](#), che ha, per la prima volta, riconosciuto espressamente l'applicabilità del principio di eguaglianza formale anche agli stranieri quando si tratta di assicurare la garanzia dei diritti inviolabili, nonostante l'art. 3, comma 1, Cost., parli di «cittadini».

⁶² Sia consentito rinviare ancora al mio *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., spec. 191 ss.

sia assolto, si presuppone che i cittadini siano *integrati* nella comunità politica repubblicana, potendo così esercitare consapevolmente quei diritti attraverso i quali trova sviluppo la sovranità popolare (a cominciare dal diritto di voto). È, dunque, la cittadinanza, e non la residenza, lo *status* che può far presumere un'integrazione del soggetto sufficiente a consentirgli l'esercizio dei diritti politici. E si tratta di una presunzione, per così dire, *iuris et de iure* (che non ammette prova del contrario), posto che l'art. 22 Cost. prevede che non si possa essere privati della cittadinanza per motivi politici. Disposizione sulla base della quale, detto per inciso, non è possibile argomentare la legittimità di revoche dello *status* di cittadino che, pur non essendo motivate da ragioni politiche, configurino, tuttavia, palesi, ingiustificate discriminazioni, come appare essere invece la misura ora prevista dall'art. 14 del decreto-legge n. 113/2018, la quale introduce appunto la «revoca della cittadinanza» precedentemente concessa ai soggetti di nazionalità stranieri (ma non anche per chiunque altro si trovi nelle medesime condizioni) che siano stati condannati per reati commessi con finalità di terrorismo e di eversione o per reati di mafia⁶³.

Non è, dunque, soltanto il «sacro» dovere di difesa della Patria (che pure intrattiene uno stretto rapporto con il dovere di fedeltà alla Repubblica) a costituire la prerogativa esclusiva del cittadino sul piano dei doveri inderogabili di solidarietà⁶⁴. E, del resto, proprio riguardo a tale dovere, com'è noto, la Corte costituzionale ha ammesso la possibilità di estenderne la portata anche ai non cittadini, facendo salva la disciplina che prevedeva l'assoggettamento alla leva militare degli apolidi residenti nel territorio della Repubblica. Nell'occasione, il Giudice delle leggi ha affermato che tali soggetti sono «parti di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa. Tale comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza»⁶⁵.

Più di recente, peraltro, la stessa Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che escludeva i cittadini stranieri, residenti regolarmente in Italia, dalla possibilità di prestare il servizio civile nazionale, sulla base della considerazione che tale esclusione, impedendo agli stranieri «di concorrere a realizzare progetti di utilità sociale e, di conseguenza, di sviluppare il valore del servizio a favore del bene comune», comportava «un'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza»⁶⁶.

Da tali decisioni emerge indubbiamente un'idea complessa di appartenenza sociale e si coglie anche la consapevolezza del carattere graduale e progressivo del processo d'integrazione. Ciò nondimeno, la cittadinanza continua a mantenere il proprio ruolo di *status* specificamente politico atto a garantire la piena disponibilità degli strumenti di esercizio della sovranità popolare nelle diverse forme in cui quest'ultima trova declinazione; e non a caso tutte le situazioni previste dal Titolo IV della Parte I della Costituzione, dedicato ai «Rapporti politici», si riferiscono ai cittadini, fatta eccezione per il dovere tributario *ex art.* 53 Cost.

7. La vocazione universalista dei diritti sociali e le discriminazioni perpetrate dal legislatore nazionale e da quelli regionali

La distinzione tra cittadini e non cittadini rimane netta, dal punto di vista del diritto costituzionale, ma solo in riferimento alla dimensione della solidarietà politica, poiché per quanto riguarda quella

⁶³ Cfr., sul punto, C. DI MAIO, *La Repubblica inquieta. Se la sicurezza prevale sulla cittadinanza*, in [laCostituzione.info](#), 8 ottobre 2018.

⁶⁴ Così, invece, ritiene M. LUCIANI, *La partecipazione politica e i migranti*, cit., spec. 81 ss.

⁶⁵ [Sent. n. 172/1999](#), punto 2.3 del cons. in dir.

⁶⁶ [Sent. n. 119/2015](#), punto 4.1 del cons. in dir.

economica e sociale si coglie il carattere *naturalmente universalizzabile* delle situazioni giuridiche attive previste in Costituzione, collegate non già allo *status* di cittadino ma alla condizione della persona umana in quanto tale.

Se, tuttavia, si guarda al modo in cui concretamente il legislatore statale e quelli regionali sono intervenuti in materia di diritti sociali degli stranieri, si riscontra una pervicace tendenza alla discriminazione, solo in parte sanzionata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Si pensi, ad esempio, alla modifica introdotta dall'art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000, che ha ridotto sensibilmente l'ambito di applicazione dell'art. 41 del T.U. sull'immigrazione, il quale prevede che gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno e i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale. Con la modifica introdotta dalla legge del 2000 si è previsto che l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali fossero concesse agli stranieri titolari di carta di soggiorno (ora permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo). Una disciplina che finiva, pertanto, con il discriminare gli stranieri in possesso di un mero permesso di soggiorno per motivi di lavoro o per motivi familiari, per scardinare la quale sono state necessarie addirittura sette pronunce della Corte costituzionale⁶⁷. Quest'ultima, peraltro, ha più volte ribadito che, una volta riconosciuto il diritto al soggiorno non di breve durata ed episodico, «non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini»⁶⁸; e, inoltre, ha chiarito che le previsioni in materia devono comunque essere rispettose del generale principio di ragionevolezza.

D'altro canto, la Corte stessa, in alcune sue decisioni, ha fatto riferimento, in modo ambiguo, all'esigenza di tutelare bisogni primari degli stranieri e alla «essenzialità» della prestazione richiesta⁶⁹.

Le discriminazioni non sono mancate nemmeno a livello regionale e, in alcuni casi, si è assistito all'adozione di normative palesemente discriminatorie, prodotte probabilmente anche a fini propagandistici o perché si è preferito affrontare un contenzioso (che avrebbe visto quasi sicuramente perdente l'amministrazione), nella consapevolezza che i casi che sarebbero finiti davanti al giudice sarebbero comunque stati relativamente pochi rispetto al numero complessivo dei potenziali aventi diritto⁷⁰.

Su qualche caso eclatante si è pronunciata ancora di recente la Corte: si pensi, ad esempio, alla legge regionale della Liguria n. 13/2017, che aveva stabilito che, ai fini dell'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, il requisito prescritto per i cittadini di paesi extracomunitari (che la normativa precedente individuava nella titolarità di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno almeno biennale abbinato ad esercizio di attività lavorativa) fosse sostituito dalla regolare residenza da almeno dieci anni consecutivi nel territorio nazionale. La Corte ha dichiarato illegittima la normativa impugnata per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 4 e 11 della direttiva 2003/109/CE, del Consiglio, la quale riconosce lo *status* di soggiornanti di lungo periodo ai cittadini di paesi terzi che risiedano regolarmente in uno Stato membro da almeno cinque anni e prevede che coloro che siano in tale condizione vengano equiparati ai cittadini dello Stato membro in

⁶⁷ Cfr. C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 9, e, in giurisprudenza, [sentt. n. 306/2008](#) (relativa all'indennità di accompagnamento); n. [11/2009](#) (inerente alla pensione di inabilità); n. [187/2010](#) (concernente l'assegno mensile di invalidità); n. [329/2011](#) (riguardante l'indennità di frequenza per i minori invalidi); n. [40/2013](#) (in merito all'indennità di accompagnamento e pensione di inabilità); n. [22/2015](#) (in riferimento alla pensione per le persone colpite da cecità); n. [230/2015](#) (relativamente alla pensione d'invalidità civile per sordi e indennità di comunicazione).

⁶⁸ Cfr. [Corte cost., sentt. n. 306 del 2008](#), punto 10 del cons. in dir.

⁶⁹ Cfr. [Corte cost., sentt. nn. 187/2010, 329/2011, 40/2013](#).

⁷⁰ C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri*, cit., 12; sul punto anche A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in A. ANGELINI-M. BENVENUTI-A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Jovene, Napoli 2011, 386.

cui si trovano ai fini, tra l'altro, del godimento dei servizi e delle prestazioni sociali⁷¹. Una pronuncia analoga ha dichiarato, poi, l'illegittimità della normativa contenuta nella legge della Regione Veneto n. 6/2017, che dava titolo di precedenza per l'ammissione all'asilo nido, dopo i bambini portatori di disabilità, ai figli di genitori residenti in Veneto anche in modo non continuativo da almeno quindici anni o che avessero prestato attività lavorativa in Veneto ininterrottamente da almeno quindici anni, compresi eventuali periodi intermedi di cassa integrazione, di mobilità o di disoccupazione⁷².

Il Giudice delle leggi ha, infine, ribadito tali principi in una successiva sentenza, con la quale ha dichiarato l'incostituzionalità della norma contenuta nel decreto-legge n. 112/2008 che prevedeva che ai fini del riparto del Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione, i requisiti minimi necessari per beneficiare dei contributi integrativi dovessero prevedere per gli immigrati il possesso del certificato storico di residenza da almeno dieci anni nel territorio nazionale o da almeno cinque anni nella medesima regione, una previsione giudicata irragionevolmente discriminatoria nei confronti dei cittadini dei Paesi non appartenenti all'Unione europea, per i quali soltanto si esigeva un periodo di residenza sul territorio nazionale o regionale, senza alcuna correlazione tra la durata della residenza e l'accesso alla misura di sostegno⁷³.

8. *Stato sociale, diritti dei migranti e crisi della rappresentanza: notazioni conclusive*

Il quadro tratteggiato si presenta, nel complesso, confuso e dagli sviluppi altamente incerti.

Da un lato, i principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale conferiscono al modello ordinamentale delineato dalla Carta repubblicana del '47 i connotati di uno Stato sociale, nel quale i pubblici poteri devono attivarsi per rimuovere gli ostacoli di carattere economico e sociale che impediscono (non ai soli cittadini) il pieno sviluppo della persona e la partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. La solidarietà presupposta (e pretesa) da tale forma di Stato ha un ambito applicativo che non coincide con quello della cittadinanza, ma è ben più ampio e anzi potenzialmente sconfinato. Tuttavia, la limitatezza delle risorse disponibili (condizione a volte eccessivamente enfatizzata, ma della quale non è possibile non tenere conto) impone, nel passaggio dall'idealità del principio alla concretezza della dimensione applicativa, di contenere l'espansione dei diritti, la cui «insaziabilità» può risultare insostenibile per l'ordinamento nel suo complesso⁷⁴. Un contenimento che, com'è stato più volte chiarito anche dalla giurisprudenza costituzionale, non può avere luogo sulla base del criterio di cittadinanza.

Dall'altro lato, sul versante dei diritti politici, il tipo di solidarietà che tali situazioni giuridiche presuppongono si lega strettamente a un insieme di valori/principi intorno ai quali si aggrega la comunità politicamente organizzata. I cittadini *devono essere fedeli alla Repubblica*, prescrive l'art. 54 Cost. Tale norma, com'è stato osservato, non legittima limitazioni alle libertà inviolabili, posto che queste ultime rientrano esse stesse in quel sistema di principi repubblicani ai quali il cittadino è vincolato dalla medesima previsione⁷⁵. Dalla quale, tuttavia, può anche trarsi una sorta di *presupposizione*, esprimibile nei seguenti termini: *si dà per scontato che i cittadini siano fedeli alla Repubblica*. Se così è, se cioè la cittadinanza corrisponde allo *status* di massima integrazione politica

⁷¹ Cfr. [sent. n. 106/2018](#), sulla quale, così come sulle successive decisioni nn. 107/2018 e 166/2018, v. D. TEGA, *Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali*, in [Diritti Regionali](#), 2/2018.

⁷² Cfr. [sent. n. 107/2018](#).

⁷³ Cfr. [sent. n. 166/2018](#).

⁷⁴ L'espressione «diritti insaziabili» è di A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari 2001, 179 ss., la quale riprende una formula di A.J. SEBOK, *The Insatiable Constitution*, in *Southern California Law Review*, 70, 1996-1997, 417 ss.

⁷⁵ Cfr., in tal senso, S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano 1957, 168; L. VENTURA, *Art. 54*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti politici*, II, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna 1994, 86; ID., *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 1984, 125 ss., e, se si vuole, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit., 97 ss. e 168 s.

che lo Stato riconosca, i diritti politici dei cittadini non possono essere estesi indiscriminatamente poiché in gioco è la stessa continuità dell'ordinamento nell'identità dei suoi principi ispiratori.

Si manifesta, pertanto, una tensione dialettica tra la connotazione massimamente inclusiva dei diritti sociali (e di quelli civili), da una parte, e il carattere inevitabilmente limitato, particolare dei diritti politici, dall'altra; una tensione che – non si può non riconoscerlo – finisce con il riverberarsi negativamente sul grado di tutela degli stessi diritti dei non cittadini e, in ispecie, di quelli dei migranti. La predisposizione delle garanzie necessarie al pieno godimento dei diritti di una categoria sociale difficilmente risulterà soddisfacente per i diretti interessati se ad essa non avranno partecipato questi ultimi, anche tramite loro rappresentanti. In sostanza, non sembra potersi scindere la dimensione della partecipazione e della rappresentanza (politica) da quella dei diritti (anche di quelli sociali)⁷⁶.

È innegabile che solo l'effettiva presenza dei soggetti titolari dei diritti (o dei loro rappresentanti) all'interno delle istituzioni può consentire il pieno riconoscimento a questi ultimi dei diritti medesimi. Nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale l'estensione delle garanzie costituzionali ai diritti sociali si è accompagnato, del resto, all'allargamento del suffragio, poiché l'ingresso nelle istituzioni politiche dei rappresentanti di classi sociali diverse da quella borghese ha implicato l'istituzionalizzazione delle loro istanze sotto forma di situazioni giuridiche costituzionalmente garantite.

Il dilemma che oggi si trova a vivere lo Stato sociale è quello di un ordinamento che intende perseguire l'unità e la coesione attraverso gli strumenti della solidarietà, ma che, nel contempo, non può estendere indiscriminatamente i diritti di partecipazione politica, se intende salvaguardare la propria identità costituzionale, visto che il processo d'integrazione è qualcosa che non può essere dato per scontato.

La dimensione istituzionale dell'Unione europea, d'altro canto, non offre ai soggetti che non abbiano la cittadinanza in uno degli Stati membri ulteriori occasioni di partecipazione politica, in ragione della natura propria della stessa cittadinanza europea, *status* «di secondo grado» che presuppone appunto il possesso di una cittadinanza nazionale⁷⁷. In una prospettiva più generale, inoltre, tanto la solidarietà tra le generazioni quanto quella tra gli Stati membri sono principi scritti nei Trattati, ma che non trovano, nei fatti, un apprezzabile livello di attuazione. In particolare, la seconda delle due declinazioni del principio di solidarietà appena richiamate sembra trovare seguito nella dimensione europea, per lo più, come si è visto, in misure emergenziali, provvisorie e, peraltro, di scarsa efficacia.

Appare evidente, infine, come l'adozione di rimedi istituzionali idonei a risolvere i problemi qui rappresentati richieda la realizzazione di processi culturali e politici che, al momento, scontano la dilagante diffusione di movimenti populistici, che tendono a rilanciare visioni nazionalistiche del tutto incompatibili con la stessa idea di una solidarietà transnazionale.

⁷⁶ Sul punto si rinvia alle considerazioni di R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di G. Berti*, I, Jovene, Napoli 2005, 345 ss. e *amplius* ID., *Critica della teoria dei diritti*, cit., 9 ss.

⁷⁷ Cfr., per tutti, V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, il Mulino, Bologna 1994.

Antonio Ruggeri**Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale *in progress* e a geometria variabile***

SOMMARIO: 1. I rapporti tra le Corti: un quadro soggetto a continuo rifacimento e connotato da opacità delle linee di svolgimento in esso tracciate, ovverosia le frequenti e incisive, seppur non sempre immediatamente visibili, manipolazioni da parte del giudice costituzionale dei materiali normativi evocati in campo dai casi. – 2. La “riscrittura” della Carta costituzionale *ope juris prudentiae* e le tre più salienti novità introdotte al piano dei rapporti interordinamentali. – 3. La mutua incidenza culturale che le Corti si fanno e la sua ricaduta in sede di salvaguardia dei diritti: le convergenze e divergenze degli orientamenti e la tendenza manifestata da ciascuna Corte a considerare la Carta di cui è istituzionalmente garante idonea ad assicurare sempre il massimo *standard* di tutela. – 4. Le tecniche difensive poste in essere dal giudice costituzionale al fine di smarcarsi dal *pressing* delle Corti europee: in particolare, la scissione operata tra diritto convenzionale vigente e diritto vivente e la discontinuità d’indirizzo segnata dall’ultima giurisprudenza costituzionale, nel segno di un marcato “riaccentramento” dei giudizi. – 5. L’attivazione dell’arma dei “controlimiti” e l’avocazione al sindacato della Consulta di ogni caso in cui essi si considerino violati: le indicazioni date dalla giurisprudenza, specie ad opera di [Corte cost. n. 269 del 2017](#), e la loro critica. – 6. Il costo che la Consulta ha dovuto pagare per riaffermare la *primauté* della Costituzione e la... *propria*: lo scostamento dai canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità e il conseguente, insopportabile innalzamento del tasso di politicità di questi ultimi.

1. I rapporti tra le Corti: un quadro soggetto a continuo rifacimento e connotato da opacità delle linee di svolgimento in esso tracciate, ovverosia le frequenti e incisive, seppur non sempre immediatamente visibili, manipolazioni da parte del giudice costituzionale dei materiali normativi evocati in campo dai casi

Confesso che man mano che viene alla luce una nuova pronuncia di questa o quella Corte si rinnova in me il dubbio in merito ai riflessi che essa può avere al piano dei rapporti tra le Corti stesse, se gli equilibri perennemente precari che tra esse si intrattengono ne abbiano uno spostamento, se sì quale ne sia la entità o la valenza, infine quali scenari potrebbero prefigurarsi per l’immediato futuro. Il vero è che il quadro complessivo appare connotato da fluidità ed opacità degli elementi costitutivi e la stessa cornice in cui esso s’inscrive tende peraltro a dimostrarsi alquanto flessibile, sì da consentire ai rapporti suddetti di potersi svolgere e radicare anche in campi materiali dapprima non esplorati. Insomma, è come una partita di calcio tra squadre di prima grandezza, che si rinnova ogni volta con esiti incerti, rendendosi quindi assai problematico stabilire chi vincerà il campionato o la coppa, con la differenza che nel calcio la singola partita può finire in parità mentre il campionato o la coppa vede sempre un solo vincitore, laddove quando i giocatori sono le Corti al tirar delle somme potrebbero non esserci né vincitori né vinti, ed anzi – come tenterò di mostrare – proprio quest’esito è quello auspicabile.

Stante lo spazio ristretto disponibile, guarderò ai rapporti suddetti specificamente dall’angolo visuale della Corte costituzionale e della sua giurisprudenza, limitandomi solo a qualche cenno, assolutamente necessario, ai punti di vista delle Corti europee ed a quello dei giudici nazionali, specificamente soffermandomi, quanto a questi ultimi, su quello fatto proprio dal giudice della nomofilachia. Un angolo visuale, il primo, peraltro – come si diceva – mobile, continuamente cangiante, sì da rendersi problematico e forse pure obiettivamente sterile e forzoso il tentativo di fermarlo e di darne una nitida ed esaustiva rappresentazione che, come in una foto, fatalmente risulterebbe “mossa” e tutt’al più consentirebbe a fatica di riconoscere i lineamenti dei soggetti ritratti.

* *Testo rielaborato di un intervento svolto alle Giornate di studio, organizzate in occasione del settantesimo compleanno di P. Costanzo, su Giustizia costituzionale e tutela dei diritti nella società dell’informazione, Genova 24-25 ottobre 2018, alla cui data lo scritto è aggiornato. Ringrazio di cuore Lara Trucco per avermi offerto l’opportunità di concorrere con questo mio piccolo contributo ad onorare P. Costanzo, valoroso collega e amico carissimo.*

La Consulta (e, *mutatis mutandis*, anche le altre Corti) ha molti volti o, se si preferisce dire altrimenti, molte maschere con cui copre il proprio volto, in ragione della posta in palio e del contesto (nella sua più larga accezione: politica, economica, sociale in genere) in cui la singola vicenda processuale s'inscrive e svolge.

Volendo ridurre al massimo (e sia pure col costo di far luogo ad un'analisi assai approssimativa e semplificativa rispetto ad una realtà invece ricca di sfaccettature ed internamente composita), due sono gli ambiti di esperienza maggiormente coltivati, in ciascuno dei quali peraltro è fatto uso di più "maschere": quello dei rapporti di diritto interno, in ispecie con gli operatori politico-istituzionali e con gli organi di garanzia (tra i quali, per ciò che è qui di specifico interesse, i giudici), e l'altro dei rapporti interordinamentali (e, tra questi, appunto quelli con le Corti europee). In entrambi, la tattica alla quale la Consulta sembra assai di frequente fare ricorso è quella dello *stop and go*, peraltro applicata a seconda delle circostanze in forme assai diverse e con effetti parimenti diversi. Bastone e carota, insomma. Il punto è però che non sempre la Corte si presenta avvertita del fatto che la tattica stessa può in alcuni casi dimostrarsi un *boomerang*, ritorcendosi contro chi l'ha lanciato senza che neppure si renda conto di essere dallo strumento colpito. È vero, però, che la Corte ha col tempo maturato il convincimento che una sua precedente linea di condotta non aveva centrato il bersaglio, sì da indurla a mutare registro: della qual cosa abbiamo numerose testimonianze in entrambi i versanti lungo i quali i rapporti suddetti hanno svolgimento¹.

Il versante interno non può essere ora battuto; va tuttavia osservato che i versanti in parola non sono affatto rigidamente separati, intersecandosi e intrecciandosi variamente lungo il loro percorso: esattamente come due linee che alle volte scorrono parallele, altre appaiono divergenti, altre ancora – e questo qui importa adesso rilevare – invece convergenti, venendo a toccarsi dapprima in un punto e di poi in altri. È importante non fermarsi alle apparenze che, alle volte, come negli effetti ottici danno luogo ad immagini ingannevoli e deformanti. Ad es., non è vero (o, meglio, non è sempre vero) che, laddove la Corte faccia luogo alla caducazione di un testo di legge, applichi per ciò stesso una sanzione a carico degli organi della direzione politica cui esso si deve², così come quando rigetta la questione non è sempre vero che offra avallo alla decisione politica racchiusa nel testo fatto salvo. Un siffatto modo di vedere le cose semplifica invero una realtà assai più composita, fluida, sfuggente, com'è avvalorato dalla circostanza per cui non di rado le manipolazioni maggiormente incisive sono – come si sa – proprio quelle che si hanno per via sotterranea, che si "mascherano" appunto, trincerandosi dietro innovativi (e però pure talvolta temerari) utilizzi degli strumenti d'interpretazione³, portati ad esasperate affermazioni, tanto più rilevanti e gravide di implicazioni nei casi in cui hanno ad oggetto gli stessi parametri nei giudizi di costituzionalità. In congiunture siffatte, la Corte, in buona sostanza, "riscrive" – com'è stato rilevato dalla più avvertita dottrina⁴ – i testi normativi, i termini cioè della questione. È vero che altro sono

¹ Così, solo per fare i primi esempi che vengono in mente e che cadono nel campo di esperienza qui specificamente coltivato, per ciò che attiene alle tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto interno e diritto comunitario, in relazione alle quali un momento di svolta è stato segnato – come si sa – dalla [170 del 1984](#), oppure, sempre nello stesso ambito di esperienza, con riferimento alla facoltà, dapprima dalla Consulta negata e poi riconosciuta a se stessa in merito all'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale e, infine, quanto al modo di assicurare protezione alla Carta di Nizza-Strasburgo avverso lesioni ad opera di norme di legge, laddove ricorrano le condizioni di cui alla [sent. 269 del 2017](#).

² ... secondo una nota ricostruzione teorica patrocinata da T. MARTINES in più scritti, tra i quali l'ormai "classico" *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano 1957, 280 ss. (sul pensiero di M. sul punto si può, se si vuole, vedere il mio *Indirizzo politico e giustizia costituzionale nel pensiero di T. Martines*, in AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, a cura di M. Ainis - A. Ruggeri - G. Silvestri - L. Ventura, Giuffrè, Milano 1998, 259 ss.).

³ ... tra i quali uno speciale e crescente rilievo ha via via assunto quello della interpretazione conforme, nelle sue plurime espressioni (a Costituzione, a diritto internazionale, a diritto sovranazionale), nonché nella varietà degli effetti ad esse conseguenti.

⁴ Ricordo qui solo un denso commento di A. MORRONE ad una nota pronunzia della Consulta (*La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 8 ottobre 2003); molti altri esempi però, possono ovviamente farsi a tappeto, per l'intero campo costituzionale nel quale si sono radicate e vanno senza sosta crescendo e rinnovandosi numerose e incisive modifiche tacite della Carta (indicazioni di recente in M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, relaz. al Convegno del Gruppo di Pisa su *Alla prova*

le manipolazioni delle disposizioni (in specie, le addizioni o sostituzioni operate a carico degli atti giudicati) ed altra cosa le manipolazioni della loro sostanza normativa per via d'interpretazione, quali si hanno perlopiù⁵ a mezzo di pronunzie di rigetto, secondo la comune opinione prive di efficacia generale⁶. Se però si guarda alla sostanza dell'operazione di volta in volta posta in essere, tralasciando il dato pure di non secondario interesse degli effetti riconducibili alle singole pronunzie per il tipo cui appartengono⁷, ci si avvede che il tasso di creatività o "normatività" da esse espresse può essere non minore in decisioni pure vavevoli unicamente per il caso cui si riferiscono⁸.

Molti esempi possono farsi a conferma di quest'assunto. Sta di fatto che, per ragioni varie legate al contesto in cui le singole vicende processuali s'inscrivono e svolgono, la Corte si è non poche volte trovata costretta a piegare i canoni che stanno a base dei suoi giudizi in funzione dell'obiettivo avuto di mira, tanto nel segno dell'avallo offerto ai decisori politici ed agli operatori istituzionali in genere quanto pure nel segno opposto della sanzione somministrata a carico degli atti o comportamenti da essi posti in essere⁹.

2. La "riscrittura" della Carta costituzionale ope juris prudentiae e le tre più salienti novità introdotte al piano dei rapporti interordinamentali

Al piano dei rapporti interordinamentali¹⁰, la "riscrittura" del parametro costituzionale si è avuta

della revisione. *Settant'anni di rigidità costituzionale*, Catanzaro 8-9 giugno 2018, nella [Rivista](#) telematica del Gruppo di Pisa, nonché, pure [ivi](#), nel mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 2/2018, 20 giugno 2018).

⁵ Non possiamo, ovviamente, neppure escludere che le manipolazioni di questa seconda specie si abbiano anche a mezzo di decisioni di accoglimento; la Corte, però, vi fa ricorso soprattutto al fine di salvare i testi, sia pure col costo di stravolgerne il contenuto.

⁶ In altri luoghi mi sono dichiarato avverso l'accoglimento di siffatta opinione; non faccio tuttavia ora neppure un cenno al mio punto di vista, rigettato da dottrina e giurisprudenza correnti.

⁷ È chiaro che non è la stessa cosa che una decisione valga per tutti ovvero unicamente per l'autorità remittente; non si sottovaluti, tuttavia, l'effetto di trascinamento che si accompagna soprattutto ad alcune decisioni, ogni qual volta si assiste al consolidamento del punto di diritto enunciato dalla Consulta grazie all'affermazione di una vera e propria consuetudine interpretativa che venga a formarsi lungo il solco tracciato dal giudice costituzionale. Della qual cosa si ha riscontro soprattutto con riferimento a questioni di ordine istituzionale, quali quelle sopra in via esemplificativa indicate in nt. 1.

⁸ Di sentenze "normative" del giudice delle leggi un'accreditata dottrina ha discorso – come si sa – unicamente con riferimento ad alcune specie di decisioni (per tutti, 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., e C. PANZERA, *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a mia cura, ESI, Napoli 2006, 497 ss. e, dello stesso, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013); come si viene dicendo nel testo, però, a me pare che, se si guarda all'operazione di rifacimento della sostanza normativa espressa dalle leggi stesse, se ne ha traccia, seppur molte volte non vistosa, anche in decisioni di altra specie.

⁹ Solo un paio di esempi al riguardo, al fine di dare un minimo di concretezza al discorso che si va ora facendo. E, dunque, si consideri la giurisprudenza in tema di atti normativi del Governo di grado primario, con specifico riguardo ai decreti-legge, considerati sindacabili – come si sa – unicamente in caso di "evidente mancanza" dei presupposti fattuali che ne giustificano l'adozione; il che – come mi sono sforzato di argomentare in altri luoghi – equivale ad ammettere che, laddove la mancanza vi sia senza nondimeno che risulti "evidente", non se ne potrebbe avere l'annullamento. La qual cosa porta ad una innaturale contrazione o, diciamo pure, ad una vera e propria sofferenza del parametro costituzionale. E ancora si pensi alla discussa (e discutibile) giurisprudenza in materia elettorale, che a giudizio di molti ha comportato il sacrificio della rilevanza, immolata sull'altare di un sindacato che a tutti i costi si voleva svolgere su leggi foriere di guasti politico-istituzionali gravissimi [indicazioni di vario segno, tra i molti altri, in AA.VV., *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere*, a cura di G. Ferri, ESI, Napoli 2017; A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 127 ss., nonché nei contributi che sono in [Astrid](#), 12/2018, 19 settembre 2018, ed [ivi](#), part. S. LIETO, *Legge elettorale e controllo di costituzionalità. Ovvero: quando il fine giustifica (sempre?) i mezzi*].

Altri esempi ancora, specificamente riguardanti il tema oggetto di questo studio, saranno fatti a momenti.

¹⁰ Ha di recente fatto il punto sulle aperture della Carta al riguardo E. CANNIZZARO, *I valori costituzionali oltre lo Stato*, relaz. al Convegno su *La Costituzione fra rigidità e trasformazioni*, Firenze 18 maggio 2018, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2018; una rivisitazione dei lavori della Costituente può, poi, vedersi in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, 3 ss., e P. FARAGUNA, *Costituzione senza confini?*

praticamente a tappeto, non lasciando immuni dall'opera riconformativa della giurisprudenza neppure gli angoli più reconditi del campo materiale in cui i rapporti medesimi si impiantano e svolgono.

Tre, a mia opinione, le novità di maggior peso; e dalle stesse, come si tenterà di mostrare, discendono i più salienti sviluppi delle relazioni che il giudice costituzionale intrattiene con le Corti europee per un verso, coi giudici comuni per un altro.

La prima è data dall'avallo generosamente offerto a talune scelte politico-normative di fondo poste in essere dal legislatore e aventi di mira il rifacimento della struttura dell'ordinamento, piegata all'obiettivo di dare un certo assetto ai rapporti interordinamentali, segnatamente a quelli con le Comunità europee prima e, quindi, con l'Unione europea. Scelte che, ad opinione di molti di noi, hanno dato l'avvio ad un vero e proprio *processo costituente europeo*, tuttora in corso, dagli indefiniti connotati e dagli esiti parimenti incerti. Non è, anzi, da escludere – come si è altrove osservato¹¹ – che gli esiti stessi non si avranno, nel senso che, a differenza di ciò che solitamente accade nelle esperienze degli Stati, laddove il processo costituente o riesce a pervenire a compiuta maturazione dando vita ad un nuovo ordine costituzionale ovvero fallisce e spiana dunque la via alla restaurazione dell'ordine preesistente, il processo costituente europeo potrebbe invece restare in una condizione permanentemente *in progress*.

Sta di fatto che, al fine di spianare la via alla costruzione dell'edificio (comunitario prima e di poi) eurounitario, la Corte ha – come si è fatto notare in altre sedi – convertito la norma di valore, di cui all'art. 11, in norma sulla produzione giuridica, portando all'effetto di “decostituzionalizzare” la Costituzione, di renderla cioè cedevole davanti alla legge comune di esecuzione dei trattati e, per mano di questa, nei riguardi dell'intero diritto sovranazionale, sia originario che derivato. In realtà, la Costituzione dichiara, sì, soggetta a limiti la sovranità dello Stato ma nulla dice in merito al modo con cui essi possono concretarsi; ciò che, a parer mio, avrebbe dovuto stabilirsi con legge costituzionale, proprio perché l'oggetto della stessa è il valore fondante la Repubblica (art. 1), con la sola fonte, cioè, abilitata ad “inventare” fonti provviste di forza parimenti costituzionale¹².

Il vero è che, per ragioni storico-politiche a tutti note, non c'erano al tempo dell'avvio della costruzione europea e, forse, non ci sono neppure oggi da noi (e a differenza di ciò che si è avuto in altri ordinamenti) le condizioni per l'adozione di una *Europaklausel* a mezzo delle procedure di cui all'art. 138 e ci si è trovati pertanto costretti a ripiegare sugli strumenti ordinari di normazione¹³. Uno (e, forse, proprio il più rilevante) caso in cui *il fine giustifica il mezzo*: affermazione, questa,

Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale, in AA.VV., *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi, FrancoAngeli, Milano 2018, 63 ss.

¹¹ Da ultimo, nel mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, cit., § 6, spec. in nt. 72.

¹² Secondo l'aureo insegnamento di una non dimenticata dottrina (sopra tutti, V. Crisafulli), nessuna fonte può istituire fonti concorrenziali a se stessa, trasmettere cioè ad esse la propria forza (una succinta ma densa riflessione sul punto è ora in G. SILVESTRI, *Costituzione e fonti primarie*, relaz. al Convegno su *La Costituzione fra rigidità e trasformazioni*, cit., in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2018, spec. al § 3). Questa regola, tuttavia, non può valere al piano costituzionale, proprio perché ad esso non può darsi alcun atto espressivo di potere costituito provvisto di forza maggiore. Questa stessa è, a mio modo di vedere, la ragione per cui la disciplina del procedimento di formazione di una fonte non può che aversi, a rigore, per mano di fonte sovraordinata ovvero anche di altra fonte purché allo scopo espressamente abilitata da fonte superiore. Ancora una volta, tuttavia, la regola non può valere per il piano costituzionale; e lo stesso art. 138, superandosi il noto “puzzle” di rossiana memoria, può, sì, essere oggetto di una nuova disciplina ad opera degli stessi atti da esso regolati, sempre che – come si è fatto da tempo notare – venuti alla luce nel rispetto dei canoni ai quali pure essi innovino, con effetti che, logicamente e positivamente, non possono che aversi per il futuro (in argomento, v., di recente, F.R. DE MARTINO, *Le deroghe all'articolo 138 della Costituzione. L'esperienza repubblicana*, ESI, Napoli 2014, e, dello stesso, ora, *La revisione della revisione. Modificabilità e derogabilità dell'art. 138 Cost.*, relaz. al Convegno su *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., e P. CARNEVALE, *L'art. 138 della Costituzione fra deroghe e applicazioni*, relaz. al Convegno su *La Costituzione fra rigidità e trasformazioni*, cit., in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2018).

¹³ Palesemente inadeguato il riferimento fatto agli obblighi comunitari nel I c. dell'art. 117, così come novellato nel 2001, laddove avrebbe dovuto farsi luogo ad una più articolata disciplina, seppur – conformemente alla sede in cui è iscritta – essenziale, facendosi quindi rimando per i suoi opportuni svolgimenti a leggi comuni e ad altri atti ancora di normazione, quali i regolamenti parlamentari.

che nella sua obiettiva crudezza può avere (ed in effetti ha) un senso al piano politico ma che non può (o non potrebbe...) averne alcuno in uno Stato costituzionale, laddove le forme hanno valore di sostanza e richiedono di essere scrupolosamente osservate¹⁴.

La seconda novità è stata introdotta di recente, con la [sent. n. 238 del 2014](#), per ciò che attiene al versante dei rapporti tra norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale e norme di diritto interno in genere e costituzionali in specie. I profili di maggior interesse ai fini dello studio che si viene facendo sono al riguardo due: *a*) il riconoscimento che l'oggetto del sindacato di costituzionalità può esser dato da norme prodotte non soltanto da *atti* ma anche da *fatti* di normazione (nella circostanza, la norma interna di adattamento automatico nei riguardi della norma internazionale); *b*) il riconoscimento che la Consulta fa a se stessa della competenza a conoscere *in via esclusiva* di ogni forma di violazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, pur laddove – si faccia caso – la norma che se ne renda responsabile sia da considerare radicalmente nulla-inesistente.

Come si vede, per entrambi i profili lo scostamento dai canoni processuali è vistoso: quanto al primo, la deroga è *per tabulas* nei riguardi della lettera dell'art. 134 della Carta; per il secondo, per vero, si può discutere, come in effetti si discute, in merito alla eventualità che la Consulta sia adita pur laddove l'atto e/o la norma oggetto della questione risultino sospetti – come ha fatto notare una sensibile dottrina¹⁵ – di *anticostituzionalità* (e non di mera *incostituzionalità*), ovverosia si considerino afflitti da *invalidità di tipo forte*¹⁶. Ammettiamo pure che ciò possa aversi, malgrado la lettera dell'art. 136, facendo riferimento alla perdita di efficacia *pro futuro* lasci intendere che l'effetto prodotto dalle decisioni di accoglimento sia di annullamento (e non già di mera dichiarazione di nullità-inesistenza) e che perciò ci si debba rivolgere alla Corte unicamente laddove ricorrano le condizioni per l'eventuale annullamento stesso. Ebbene, ugualmente non potrebbe escludersi il caso che la inesistenza in parola sia rilevata da ciascun operatore (e, dunque, anche dal giudice comune), senza bisogno che allo scopo sia evocata in campo la Consulta. Insomma, quando pure non si reputi superato dall'orientamento della Corte il disposto di cui all'art. 136, di certo se ne fa un singolare utilizzo con effetti d'immediata evidenza al piano dei rapporti coi giudici comuni, il cui ruolo risulta vistosamente contratto, secondo quanto peraltro si vedrà ancora meglio a breve, riferendo di un'esperienza di particolare rilievo sul terreno delle relazioni interordinamentali.

La terza novità è data dalla “copertura” benevolmente offerta alla legge cost. del 2001 con cui è stato riscritto l'intero Titolo V e, tra l'altro, introdotto al I c. dell'art. 117 il riferimento al limite degli obblighi internazionali dotandolo di generale valenza¹⁷. Ed è superfluo qui rammentare che proprio su questa novità ha fatto leva la giurisprudenza, ormai corposa, relativa alla CEDU, con riflessi anche in relazione ad altre Carte dei diritti (quale la Carta sociale europea, su cui si è avuta una importante pronuncia recente del giudice delle leggi, la [sent. n. 120 del 2018](#), le cui implicazioni di ordine istituzionale non sono ancora state, a mia opinione, fino in fondo indagate¹⁸).

Per vero, la Consulta si è sforzata di ridimensionare, almeno in una certa misura, la novità suddetta, i cui effetti dirompenti sono stati subito colti da una sensibile dottrina¹⁹, argomentando che non già di una deroga al modello costituzionale si trattava bensì della sua mera integrazione. Se, però, si conviene sulla lettura in passato comunemente invalsa (e – si faccia caso – accreditata dalla stessa giurisprudenza) dell'art. 10 della Carta, secondo cui i trattati internazionali (*rectius*, le leggi

¹⁴ Giusta, pertanto, la risoluta affermazione di una sensibile dottrina secondo cui “i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini” (A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169).

¹⁵ A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.

¹⁶ ... secondo una formula caldeggiata da R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

¹⁷ Dapprima, come si sa, esso riguardava unicamente le leggi regionali, non pure quelle dello Stato.

¹⁸ Tra i primi commenti, v. S. STURNIOLO, *Una porta prima facie aperta ma in realtà ancora “socchiusa” per la Carta sociale europea*, e G. MONACO, *Il vincolo degli obblighi internazionali e l'utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi*, entrambi in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), rispettivamente, 13 luglio e 20 settembre 2018.

¹⁹ V., part., M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa*, 3 marzo 2001.

che vi danno esecuzione) sono, in punto di astratto diritto, derogabili da leggi comuni sopravvenienti, pur con alcune note eccezioni²⁰, ed allora appare invero assai arduo dimostrare che la previsione del nuovo art. 117, I c., non urti con un principio fondamentale dell'ordinamento e, perciò, non sia affetta da invalidità ("forte" o "debole" che sia)²¹.

Se le cose stanno così come qui sono viste e assumendo dunque che l'assetto dei rapporti interordinamentali risulti *quodammodo* "pietrificato" dal sistema di cui agli artt. 10 e 11, nel loro comporsi in unità coi principi fondamentali restanti, in un solo modo si potrebbe giustificare l'operato della Corte: assumendo che abbia dato il proprio, decisivo concorso all'affermazione di un fatto "costituente" mirante all'obiettivo di assoggettare l'ordine interno all'*intero* ordine internazionale (e non soltanto a quella sua parte risultante da norme non scritte ovvero da norme scritte dotate di esplicito e puntuale richiamo in Costituzione). Un'autentica rivoluzione copernicana, insomma, che ha offerto un puntello formidabile ai valori di pace e di giustizia tra le Nazioni. Proprio qui, forse, sta l'appiglio di cui si dispone a giustificazione della svolta posta in essere nel 2001, assumendo cioè che la norma iscritta nel nuovo art. 117 goda di "copertura" in un principio fondamentale, quello appunto dell'art. 11, dal quale riceverebbe l'abilitazione a derogare all'art. 10, principio il primo in tesi prevalente in sede di "bilanciamento" col secondo.

Due obiezioni, tuttavia, possono farsi ad un siffatto argomentare.

La prima è che lo stesso Costituente ha a suo tempo considerato adeguato il "bilanciamento" effettuato in sede di definizione complessiva del quadro delle relazioni tra diritto internazionale e diritto interno, giudicando dunque armonico ed appagante il modo con cui i principi di cui agli artt. 10 e 11 si compongono in sistema.

La seconda è che, ad avviso della stessa Consulta (ma non di molti suoi critici, nella cui schiera anch'io mi annovero²²), sarebbe improprio il riferimento all'art. 11 in relazione alla CEDU e ad altri documenti internazionali diversi da quelli "comunitari", venendo pertanto smentita in partenza l'idea della possibile "copertura" da esso offerta a fonti internazionali pattizie diverse da quelle che nominativamente godono dello scudo costituzionale.

3. La mutua incidenza culturale che le Corti si fanno e la sua ricaduta in sede di salvaguardia dei diritti: le convergenze e divergenze degli orientamenti e la tendenza manifestata da ciascuna Corte a considerare la Carta di cui è istituzionalmente garante idonea ad assicurare sempre il massimo standard di tutela

È interessante notare che l'assoggettamento dell'ordine interno a quello internazionale (e sovranazionale) non equivale – come invece ancora oggi molti ritengono –, per ciò solo, ad un sacrificio a carico di norme e relativi istituti di diritto interno, tutt'altro! Se infatti questa vicenda la si riguarda dal punto di vista del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali, ci si avvede subito che è proprio grazie all'apertura nei riguardi della Comunità internazionale e di ordinamenti sovranazionali (per ciò che qui specificamente importa, dell'Unione europea) che i diritti ne hanno avuto complessivamente un sicuro guadagno, al di là delle riserve che naturalmente possono legittimamente aversi nei riguardi di questa o quella pronunzia dell'una o dell'altra Corte europea e persino di interi loro indirizzi. Rivista però questa vicenda nel suo insieme, al tirar delle somme la Carta costituzionale ne è uscita arricchita e resa ancora più salda proprio nelle sue previsioni di maggior spessore culturale e di più elevata valenza positiva, i principi, a partire da quelli componenti – piace a me dire – la coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza (e, in

²⁰ ... e, segnatamente, con riguardo ai Patti con la Chiesa, ai trattati relativi alla condizione dello straniero in Italia e ai trattati "comunitari".

²¹ Per la lettura in parola, dunque, i riferimenti fatti alle fonti menzionate in nt. prec. concreterebbero rotture costituzionali rispetto alla regola, a finalità esclusiva, enunciata nell'art. 10, I c., alle quali non potrebbero aggiungersene altre per mano del legislatore di revisione, essendo la regola stessa stabilita da un principio fondamentale dell'ordinamento.

²² Riferimenti, di recente, in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 92 ss. e 138 ss.

ultima istanza, dignità della persona umana).

La giurisprudenza europea è ormai, per fortuna, entrata in circolo, è stata ed è ininterrottamente soggetta a continua metabolizzazione²³, concorrendo in cospicua misura alla rigenerazione semantica degli enunciati costituzionali, alla loro integrazione e, dunque, alla loro sempre più larga capacità inclusiva e qualificatoria dell'esperienza, specie in relazione ad alcune tra le più spinose ed avvertite questioni di diritto costituzionale²⁴.

È vero, ovviamente, anche l'inverso; e la stessa giurisprudenza, costituzionale e comune (ma soprattutto, se non altro a motivo della sua maggiore visibilità, la prima²⁵), ha modo di avviare ed orientare in varia misura ed intensità i processi interpretativi delle Carte non nazionali dei diritti, quali prendono corpo presso le Corti che delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti²⁶.

Non si sta, ovviamente, ora a dire in quale verso si indirizzano i più significativi flussi di materiali culturali (se in quello ascendente ovvero nell'altro discendente), anche perché siffatte verifiche richiedono di essere fatte sopra un terreno scivoloso, trattandosi appunto di apprezzare quali sono stati (e sono) i maggiori condizionamenti culturali nei riguardi degli indirizzi di questa o quella sede in cui si amministra giustizia.

²³ Ne danno sicura conferma i frequenti richiami che ad essa sono fatti nelle aule giudiziarie, un tempo invece del tutto assenti.

²⁴ Ne sono state date, ancora di recente, numerose testimonianze in occasione delle XI Giornate di studio su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, svoltesi a Messina il 10 e 11 settembre 2018; è sufficiente, però, anche solo scorrere i commentari alla CEDU ed alla Carta di Nizza-Strasburgo venuti di recente alla luce per avere subito riprova della poderosa costruzione eretta dalle Corti europee in seno alla quale trovano ospitalità e protezione diritti vecchi e nuovi [v., dunque, almeno *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, e AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017. V., inoltre, utilmente, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti ed E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018, e, con specifico riguardo alla Carta dell'Unione ed alla sua implementazione nell'esperienza per mano della Corte di giustizia, 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; P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁴, Giappichelli, Torino 2014, 379 ss.; A.-O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: profili costituzionali*, Jovene, Napoli 2017; AA.VV., *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, a cura di A.M. Carmona Contreras, Aranzadi, Cizur Menor 2018].

²⁵ Anche la seconda, tuttavia, ha modo di far sentire variamente la propria voce, avvalendosi peraltro di canali un tempo sconosciuti (tra i quali, ad es., quello aperto da protocolli d'intesa tra le più elevate espressioni della giurisdizione, ordinaria ed amministrativa, e la Corte EDU).

²⁶ Un ruolo di centrale rilievo è al riguardo da riconoscere alle c.d. tradizioni costituzionali comuni, fatte oggetto – come si sa – di originali ed incisive rielaborazioni da parte della Corte dell'Unione ma non estranee al *modus operandi* della Corte di Strasburgo: vuoi per effetto dei richiami che quest'ultima fa alla giurisprudenza della Corte lussemburghese e vuoi pure per i riferimenti che si hanno alle tutele nazionali, fatte oggetto di frequenti ed ampî raffronti che lasciano quindi il segno nella interpretazione della Convenzione [sulle tradizioni in parola, tra gli altri, v. 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 *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.; v., inoltre, utilmente, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, cit.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in [Il Diritto dell'Unione Europea](#), Oss. eur., dicembre 2017; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1073 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017. Infine, G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra revirements e questioni irrisolte*, in [Consulta OnLine](#), [Studi 2018/II](#), 347 ss., e G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, in [Federalismi.it](#), 11/2018, 23 maggio 2018].

Il “dialogo” – come è d’uso chiamarlo – prende peraltro forme assai varie la cui complessiva connotazione non è sempre chiaramente visibile e d’immediata sistemazione teorica. Alle volte è “tabulare”, esplicito, facendosi le Corti puntuali richiami: somiglia, insomma, a quanto avviene al piano in cui si svolgono le vicende della normazione nel tempo, con riguardo ai casi di abrogazione nominata; altre volte, però, il riferimento è tacito, rimane cioè sommerso, sicché è solo la perizia dello studioso che può portare a far emergere l’influenza di fatto avutasi da parte dell’uno nei riguardi dell’altro indirizzo giurisprudenziale.

Di tutto ciò, com’è chiaro, possono aversi adeguati ragguagli solo attraverso studi approfonditi sul campo, anzi sui campi materiali, attraverso il raffronto tra le soluzioni di merito apprestate per i singoli casi, viste anche nella loro proiezione diacronica, per il modo cioè con cui si sono avute correzioni o integrazioni di precedenti pronunzie da parte di una stessa Corte per effetto delle indicazioni venute da altre Corti.

Il “dialogo” intergiurisprudenziale, poi, non è fatto solo di riferimenti a finalità costruttiva, di riferimenti cioè nei quali la giurisprudenza di Corti diverse da quella richiamante è utilizzata a rinforzo di una tesi servente i diritti e le complessive esigenze del caso; non rari sono, infatti, altresì i riferimenti a finalità distruttiva, coi quali cioè si dichiara che un certo orientamento di altra Corte non possa trovare accoglienza. La qual cosa poi, come in un gioco di specchi, può riflettersi a carico della Carta di cui quell’orientamento è interprete e garante²⁷.

Gli scontri e i conflitti hanno, nondimeno, essi pure molti volti o forme espressive: vi sono quelli che vengono portati allo scoperto, in specie avvalendosi dell’arma dei “controlimiti”²⁸, e vi sono gli altri che nella sostanza vi sono ma che sono abilmente mascherati a mezzo di tecniche decisorie raffinate ed incisive e però utilizzate talora in modo improprio. Dal mio punto di vista, sono proprio questi i casi di maggior interesse teorico. Davanti al *pressing* esercitato da altre Corti, il giudice costituzionale tenta di smarcarsi come può; solo che lo fa – per restare nella metafora calcistica – alle volte sgomitando, facendo fallo. Il punto è che la partita tra le Corti non ha – per fortuna²⁹ – un arbitro col fischietto: ciascuna di esse, dal proprio punto di vista, si pone quale prim’attore sulla scena, *superiorem non recognoscens*, disponibile a dar spazio alle suggestioni che vengono dalle Corti restanti unicamente laddove ritenute concilianti col proprio punto di vista, alla luce dei principi di base dell’ordinamento di appartenenza.

La partita così rischia di non finire mai, esattamente come in un gioco di *ping pong* in cui nessuno sbaglia mai un colpo; o, meglio, le singole partite hanno un inizio ed una fine ma poi possono sempre venirne alla luce altre, dando modo a tutti gli operatori di rimettere a punto i propri precedenti orientamenti, se del caso rifinirli e perfezionarli ovvero rivederli, anche a fondo. Il pregio, la cifra identificante del “dialogo” sta proprio in ciò: nella sua strutturale attitudine a prolungarsi, trasformarsi, riassetarsi.

Non posso qui fare alcun riferimento ad indicazioni di merito, vale a dire a singole vicende processuali nel corso delle quali si è assistito a convergenze sopravvenute, dopo iniziali ed anche gravi e marcati dissensi, o all’opposto a divergenze conseguenti ad un anteriore periodo di sia pur relativa quiete. Mi preme piuttosto mettere in evidenza le tecniche difensive alle quali il nostro tribunale costituzionale ha fatto, specie nella più recente esperienza, ricorso, nell’intento di recuperare una centralità di ruolo che temeva essersi appannata per effetto dei raccordi diretti instaurati dai giudici comuni con le Corti europee, grazie ai quali gli uni e le altre si erano in considerevole (e, agli occhi della Consulta, eccessiva) misura rafforzati.

²⁷ Non infrequenti – come ha, ancora di recente, mostrato una sensibile dottrina (G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss., spec. 800 ss., e, dello stesso, già, *The “Polemical” Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal*, 6/2015, 1343 ss.) – sono i “conflitti di convergenza”, quali si hanno quando si condividono i medesimi principi ma li s’intende in modi diversi.

²⁸ ... secondo quanto si è fatto – come si sa – in *Taricco*.

²⁹ Se, infatti, vi fosse, la “Supercorte” di cui si viene ora dicendo, essa si porrebbe, a conti fatti, quale il vertice di un sistema piramidale alle cui basi si dispongono le altre Corti, commutandosi e snaturandosi fatalmente in un *potere costituente permanente* sia dei singoli ordinamenti che delle relazioni tra gli stessi.

4. *Le tecniche difensive poste in essere dal giudice costituzionale al fine di smarcarsi dal pressing delle Corti europee: in particolare, la scissione operata tra diritto convenzionale vigente e diritto vivente e la discontinuità d'indirizzo segnata dall'ultima giurisprudenza costituzionale, nel segno di un marcato "riaccentramento" dei giudizi*

È interessante notare che le tecniche difensive alle quali si fa qui cenno si differenziano notevolmente tra di loro a seconda che si svolgano, rispettivamente, sul terreno dei rapporti tra CEDU e diritto interno e su quello dei rapporti tra quest'ultimo e il diritto (ieri comunitario e oggi) eurounitario. La Corte tiene nettamente distinti i rapporti in parola e, per vero, da un certo punto di vista ciò appare giustificato se si tiene ferma la premessa per cui il diritto eurounitario dispone di forza costituzionale per effetto della "copertura" offerta dall'art. 11 della Carta, forza di cui invece, a giudizio della Consulta³⁰ (e dei suoi benevoli *laudatores*), non è dotata la Convenzione, al pari di qualunque altra Carta internazionale dei diritti, considerata – come si sa – fonte "subcostituzionale".

Non intendo qui riprendere neppure in sunto gli argomenti addotti a giustificazione di questa sistemazione che mi sembra bisognosa di essere criticamente ripensata sia nelle sue basi metodiche che, di conseguenza, negli svolgimenti teorici. Senza allargare ora l'esame all'intero diritto sovranazionale e circoscrivendo l'attenzione alla sola Carta di Nizza-Strasburgo, mi limito solo ad osservare che discriminare nel trattamento Carte dei diritti esclusivamente a motivo della loro provenienza fa a pugni con la loro comune natura di documenti – come la stessa Consulta li ha qualificati in una sua discussa (e discutibile) pronuncia, la [269 del 2017](#) – "tipicamente costituzionali". Immaginare, insomma, che si dia una gerarchizzazione tra Costituzioni *in senso materiale* è cosa che – se posso esprimermi con franchezza – non ha né capo né coda.

V'è di più. Proprio i documenti dei quali qui importa dire, la CEDU e la Carta dell'Unione, che si disporrebbero a gradi diversi della scala delle fonti, ribaltano poi siffatto ordine dichiarando il secondo di voler essere inteso alla luce del primo³¹, salvo nondimeno il caso che risulti acclarata l'attitudine della Carta suddetta ad innalzare, in una vicenda processuale data, il livello della tutela apprestata al diritto o ai diritti in campo³².

Ora, il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela³³, portato fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni e finendo dunque col coinvolgere la stessa Costituzione, presuppone – com'è evidente – l'abbandono di qualsivoglia scenario d'impostazione formale-astratta delle fonti e dei loro rapporti, implica cioè che si trapassi lo schermo della *fonte* e si punti diritto alla sostanza in

³⁰ ... secondo l'indicazione data dalla giurisprudenza inaugurata nel 2007, cui si è dietro fatto cenno.

³¹ In argomento, ora, N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, FrancoAngeli, Milano 2018, 65 ss.

³² È singolare – come si è fatto altrove notare – questo andare in avanti e all'indietro del processo interpretativo, secondo quanto stabilito dall'art. 53 della Carta di Nizza-Strasburgo, la quale richiede, sì, come si è rammentato, di essere intesa alla luce della CEDU; solo che, una volta che ci si dovesse avvedere che l'esito in tal modo raggiunto porterebbe ad un abbassamento del livello della tutela apprestata ai diritti rispetto a quella che la Carta è da sola in grado di offrire, ebbene si dovrebbe tornare indietro e rileggerla facendo a meno del riferimento alla Convenzione. Insomma, di ogni disposto della Carta stessa possono darsi, in astratto, due interpretazioni tra le quali occorre scegliere non per ciò che ciascun disposto oggettivamente dice bensì in forza di un criterio assiologico-sostanziale che orienta e illumina il percorso interpretativo.

³³ ... sul quale una crescente dottrina va, da varî punti di vista, appuntando l'attenzione (riferimenti in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 222 ss., ma *passim*; N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in [Diritti Comparati](#), 3/2017, 15 dicembre 2017, § 3, e, dello stesso, *Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2018; F. DE VANNA, *I 'controlimiti' tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in [Federalismi.it](#), 23/2017, 20 dicembre 2017, spec. al § 3; sulla vocazione espansiva dei diritti, v., inoltre, ora, G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in AA.VV., *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, cit., 97 ss., spec. 114 ss.; pure *ivi* si è, ancora di recente, dichiarato in senso critico circa la possibilità di far valere con profitto il canone del massimo *standard* R. BIN, *70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto*, 170 ss., del quale v., ora, anche *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*).

essa racchiusa, si guardi cioè alle *norme* ed alle loro mobili combinazioni secondo i casi ed alla luce dei valori. Ecco perché – non mi stancherò di ripetere – la scelta è di campo, di metodo, tra una ricostruzione d’ispirazione formale-astratta ed una d’ispirazione assiologico-sostanziale. Ritenere innestabile la seconda nella prima, così come opina la Consulta (già a partire dalla [sent. n. 348 del 2007](#)), ovvero sia immaginare che esse possano reciprocamente integrarsi e comporsi in unità, è cosa impossibile, per la elementare ragione che, come in un buco nero, la seconda opzione finisce col fagocitare ed annullare la prima.

Il vero è che le Carte dei diritti sono chiamate ad una quotidiana, sana competizione ad offrire sul mercato dei diritti la migliore mercanzia e possono farlo attraverso la giurisprudenza che vi dà voce, le fa valere e garantisce.

Proprio qui è, dunque, la radice da cui si alimentano talune “invenzioni” di ordine tecnico-processuale cui le Corti hanno fatto e fanno senza sosta luogo.

La Consulta – come si viene dicendo – teme fortemente il *pressing* delle Corti europee e si regola dunque di conseguenza.

Con riferimento ai rapporti con la Corte di Strasburgo, un particolare rilievo va attribuito alla scissione operata dal nostro giudice delle leggi tra il diritto convenzionale vigente e quello vivente. La Corte si fa premura di ripetere più volte che la Convenzione va intesa così come la intende la sua Corte; e, però, precisa che la giurisprudenza convenzionale vale unicamente nella sua “sostanza” o – come si è chiarito nella notissima [sent. n. 49 del 2015](#) – laddove si sia in presenza di un indirizzo interpretativo “consolidato” ovvero di una decisione-pilota, all’indirizzo stesso assimilabile³⁴. Si fatica, nondimeno, a capire quale sia il fondamento di siffatta contrapposizione e sovrapposizione del diritto convenzionale vigente rispetto a quello vivente, quale si avrebbe in difetto di un indirizzo siffatto.

La Corte così spiana la via a non infrequenti scostamenti della giurisprudenza comune e – si faccia caso – della stessa giurisprudenza costituzionale rispetto alla giurisprudenza convenzionale. Una indicazione, dunque, quella che dà la Corte con la pronuncia appena richiamata, che valorizza e responsabilizza il ruolo del giudice comune ma, più ancora e in ultima istanza, il proprio³⁵.

Si consideri, infatti, lo scenario che potrebbe prefigurarsi dando seguito all’indicazione stessa: il giudice dovrebbe rivolgersi alla Consulta, lamentando la sospetta violazione della Carta costituzionale (rammento, in ogni sua norma e non soltanto nei principi fondamentali³⁶) da parte della Convenzione ovvero di quest’ultima da parte della legge, unicamente laddove il conflitto risulti inevitabile alla luce degli indirizzi “consolidati” suddetti; in difetto di questi ultimi, il giudice avrebbe il campo libero per prospettare originali interpretazioni del diritto convenzionale, anche in deroga nei riguardi delle indicazioni date dal giudice di Strasburgo. Senonché l’ultima giurisprudenza sembra aver complicato ulteriormente il quadro, introducendo un elemento di discontinuità nell’indirizzo della Consulta fin qui invalso.

Tre notazioni vanno al riguardo fatte sul punto, sia pure con la rapidità imposta a questo studio.

La prima è che la giurisprudenza sembra da ultimo voler irrigidire i rapporti tra le Carte (e le

³⁴ In argomento la letteratura a commento è ormai assai nutrita: per un quadro di sintesi ed una messa a punto, v., di recente, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 159 ss. e 171 ss.; adde, ora, L. CASSETTI, *L’efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la “giustizia del caso singolo*, relaz. alle Giornate su *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, cit., in *paper*.

³⁵ E però chi di arma ferisce, di arma perisce; e la Corte sembra non avvedersi del fatto che il criterio dell’indirizzo “consolidato” potrebbe essere un domani trapiantato dal piano dei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale a quello dei rapporti col diritto eurolunitario, a ruoli invertiti, specificamente laddove la Corte dell’Unione sia chiamata a far valere il rispetto dell’art. 4.2 TUE e debba pertanto far riferimento agli orientamenti dei giudici nazionali (specie, ma non solo, costituzionali) al fine di stabilire quali siano e come siano fatti i principi di struttura degli ordinamenti nazionali (maggiori ragguagli sul punto nel mio *Incontri e scontri tra Corte di giustizia e giudici nazionali: quali insegnamenti per il futuro?*, in [Federalismi.it](#), 21/2017, 8 novembre 2017, spec. al § 3).

³⁶ La Corte sembra tuttavia trascurare il dato, su cui si è invitato altrove a fermare l’attenzione, per cui in considerazione di ciò di cui la Convenzione, al pari di ogni altra Carta dei diritti, tratta e per il modo con cui ne tratta (a mezzo di enunciati a maglie larghe e in più punti larghissime), il confronto è naturalmente sollecitato a farsi con norme della Costituzione espressive di principi fondamentali o, come che sia, da queste “coperte”.

Corti) a fronte della fluidità e flessibilità che è propria del criterio dell'indirizzo "consolidato". La [sent. n. 43 del 2018](#), riprendendo uno spunto già presente in precedenti decisioni (e, segnatamente, in [Corte cost. n. 150 del 2012](#)), offre l'opportunità al giudice comune di rivolgersi subito alla Consulta, pur in presenza di una singola pronuncia (e non di un indirizzo "consolidato") che costituisca un "*novum*" rispetto alla giurisprudenza pregressa³⁷. V'è da dire che, nella circostanza, il *novum* in parola si deve ad una decisione della Grande Camera; resta, dunque, da verificare – cosa che potrà farsi solo nei prossimi sviluppi della giurisprudenza – se ciò si considererà valevole anche con riguardo a pronunzie delle Sezioni. È interessante, poi, osservare il diverso trattamento riservato alla giurisprudenza convenzionale: ora giudicata non autenticamente o incondizionatamente prescrittiva (secondo la tesi dell'indirizzo "consolidato", per il caso appunto che quest'ultimo non si abbia) ed ora invece *quodammodo* assimilata ad una vera e propria fonte del diritto, sollecitandosi i giudici remittenti ad una nuova valutazione della rilevanza, esattamente come si è soliti fare in presenza di uno *ius superveniens*³⁸. La qual cosa, poi, potrebbe per la sua parte essere indicativa di un orientamento, ad oggi solo embrionalmente e timidamente espresso, volto a riconoscere carattere tendenzialmente generale alle pronunzie della Corte di Strasburgo (quanto meno laddove avvalorate e "consolidate" da una pronuncia della Grande Camera), accorciandosi – come si vede – per quest'aspetto la distanza che le separa dalle decisioni della Corte dell'Unione.

Il vero è, però, al tirar delle somme, che alla luce dell'ultima giurisprudenza non si può dire in partenza quando il diritto convenzionale di matrice giurisprudenziale sia vincolante e quando non lo sia. Sta di fatto che la 43 spiana la via alla remissione alla Consulta di questioni che, alla luce del criterio dell'indirizzo "consolidato", non avrebbero motivo di pervenirle.

Per l'aspetto ora considerato, la decisione s'inscrive in un quadro connotato da una marcata tendenza al "riaccentramento" delle questioni originate da conflitti tra diritto convenzionale e diritto interno, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

Il quadro resta, nondimeno, fluido e appannato, dal momento che il criterio dell'indirizzo consolidato non è certamente messo per intero da parte, sì da potersi considerare ormai superato, ma solo temperato. Non è poi inopportuno rilevare che, in forza del criterio suddetto, nell'ipotesi seppur remota di conflitto tra il diritto convenzionale di matrice giurisprudenziale e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, la questione può dunque essere definita dal giudice comune con la tecnica dello scostamento dal primo. Di contro, i conflitti tra i principi suddetti e il diritto eurolunitario vivente richiedono – come si vedrà – di essere comunque portati alla cognizione della Consulta.

La seconda notazione è, poi, di ordine preliminare, di fondo; e riguarda il fondamento stesso della scissione tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale. Non si capisce, invero, la ragione del diverso rilievo assegnato, a quest'ultimo se ad esserne artefice è, rispettivamente, la Corte di Strasburgo ovvero quella di Lussemburgo. Né varrebbe al riguardo opporre che esso si deve al diverso grado che, a giudizio della Consulta, sarebbe da riconoscere in capo alle Carte di cui le Corti stesse sono garanti. Ammesso pure (ma, come si è veduto, non concesso) che la Carta dell'Unione abbia nella scala delle fonti quale ricostruita in ambito interno un posto più elevato della Convenzione, perché mai questo dovrebbe tradursi in una diversa *intensità* del vincolo discendente da siffatti documenti "tipicamente costituzionali", nel loro farsi diritto

³⁷ Sul significato di questa ambigua etichetta, tra i molti altri, v. A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A e B c. Norvegia*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 marzo 2018; E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in [Federalismi.it](#), 17/2018, 12 settembre 2018, spec. 20 ss.; R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e restituzione degli atti al giudice "a quo" in un pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sent. 269/2017*, in *Giur. cost.*, 2/2018, 861 ss.; v., inoltre, R. RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quad. cost.*, 4/2017, 825 ss.

³⁸ Faccio qui richiamo a taluni rilievi già presenti nel mio commento alla 150 del 2012, dal titolo *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in [Consulta OnLine](#), [Studi](#) 2012 (12 giugno 2012).

giurisprudenziale, a carico dei giudici e degli operatori in genere? Il grado di una fonte è una cosa, la sua prescrittività (attraverso la giurisprudenza che vi dà voce) un'altra; e quest'ultima non viene meno sol perché una fonte si situa in un grado più basso della scala gerarchica.

La terza notazione riguarda il modo con cui, a stare alla giurisprudenza costituzionale, dovrebbero risolversi le antinomie tra Convenzione e Costituzione. In passato (in ispecie, fino a [Corte cost. n. 311 del 2009](#)) la Consulta aveva al riguardo accreditato l'idea secondo cui siffatta specie di antinomia avrebbe richiesto l'obbligatorio passaggio attraverso una pronunzia di annullamento della legge di esecuzione della Convenzione "*nella parte in cui...*". A far data dalla decisione suddetta, però, ciò non è più detto espressamente, tanto da risultare avallata l'ipotesi, in altri luoghi affacciata³⁹, secondo cui anche le antinomie in parola, al pari di quelle tra diritto eurounitario e diritto interno, avrebbero potuto risolversi con la tecnica della "non applicazione" della norma recessiva, in alternativa alla soluzione traumatica dell'annullamento della legge di esecuzione⁴⁰.

Questa ipotesi sembra ora ricevere nuova linfa dalla decisione con cui è stato chiuso il caso *Taricco*, la [115 del 2018](#), nella quale si rileva che il paventato superamento dei "controlimiti" da parte del diritto eurounitario comporterebbe l'obbligo per i giudici comuni di adire la Consulta ma quest'ultima poi non dovrebbe risolvere l'antinomia con la caducazione della legge di esecuzione "*nella parte in cui...*", facendo piuttosto luogo direttamente alla "non applicazione" della norma sovranazionale incostituzionale: dunque, non quest'ultima quale conseguenza dell'annullamento bensì la stessa facendo a meno di questo⁴¹.

Sappiamo che la "non applicazione" è tecnica bisognosa di essere azionata, in primo luogo e in alternativa al ricorso al sindacato della Consulta, dai giudici comuni e dagli operatori in genere. Qui, la stranezza è data dal fatto che essa si ha ma solo dopo e per effetto di una pronunzia del giudice costituzionale, senza nondimeno conseguire ad un annullamento della norma da "non applicare" ma solo al mero accertamento della violazione della Costituzione.

5. L'attivazione dell'arma dei "controlimiti" e l'avocazione al sindacato della Consulta di ogni caso in cui essi si considerino violati: le indicazioni date dalla giurisprudenza, specie ad opera di [Corte cost. n. 269 del 2017](#), e la loro critica

Nella decisione finale su *Taricco*, così come (e più ancora) nella [sent. 269 del 2017](#), la Consulta sembra risolutamente escludere che in caso di antinomie determinate da invalidità in senso forte di questa o quella norma, interna o sovranazionale che sia, il giudice comune possa considerarsi abilitato a rilevare *motu proprio* la giuridica inesistenza della norma stessa, senza per ciò dover chiamare in campo la Consulta affinché ne dia il riscontro. Quando poi ad essere violata è una norma della Carta di Nizza-Strasburgo sostanzialmente coincidente con una norma della Costituzione, quale che sia il tipo d'invalidità e malgrado la riconosciuta attitudine della norma sovranazionale ad essere portata ad immediata applicazione, ugualmente ad avviso del giudice costituzionale sarebbe obbligata la soluzione del ricorso al sindacato del giudice stesso.

³⁹ ... a partire dal mio *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro, Pisa 4-5 giugno 2010, a cura di F. Dal Canto e E. Rossi, Giappichelli, Torino 2011, 149 ss., spec. 168 ss. Sul trapianto della soluzione invalsa al piano dei rapporti tra diritto dell'Unione e diritto interno a quello dei rapporti che quest'ultimo intrattiene con la Convenzione, v. anche 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.*, 3/2014, 3027 in nt. 9.

⁴⁰ Traumatica sì ma più per le apparenze che per la sostanza: presentando, infatti, l'annullamento carattere relativo alla singola norma incompatibile con la Costituzione e colpendo dunque la legge di esecuzione unicamente "*nella parte in cui...*", in un caso e nell'altro si avrebbe poi, a conti fatti, la "non applicazione" della norma stessa. Ad esser pignoli (e volendo seguire sul punto una pur discussa e discutibile indicazione della Consulta), semmai si potrebbe dire che, nell'un caso (di annullamento), si avrebbe la "disapplicazione" della norma, quale conseguenza della sua acclarata invalidità, nell'altro la sua mera "non applicazione". Nella pratica, tuttavia, le cose non mutano.

⁴¹ Ho rappresentato questo mio pensiero già in [Taricco, amaro finale di partita](#), in [Consulta OnLine](#), [Studi 2018/III](#), 488 ss.

Come sappiamo, la Corte ha finito – *bon gré mal gré* – col prendere consapevolezza del fatto che per effetto dell'appartenenza dello Stato alle Comunità prima e quindi all'Unione discendono vincoli penetranti per gli operatori di diritto interno, peraltro incidenti su campi materiali di esperienza via via sempre più estesi, conformemente all'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale⁴². In buona sostanza, l'unico modo per sottrarvisi è quello di azionare l'arma dei controlimiti. Per vero, in giurisprudenza se n'è fin qui fatto un uso obiettivamente parco e cauto⁴³, anche se di recente, da noi come altrove⁴⁴, si è assistito a scontri anche assai aspri, dei quali *Taricco* dà emblematica testimonianza. Proprio facendo leva sui “controlimiti” la Corte ha messo in atto un'accorta manovra allo scopo, per un verso, di tamponare l'“aggressività”⁴⁵ della Corte di giustizia e, per un altro, di ridimensionare in rilevante misura il ruolo dei giudici comuni, strumentalmente piegato alla riaffermazione della centralità di posto della Consulta quale primo ed indiscusso protagonista della salvaguardia dei diritti fondamentali e, in genere, del primato della Costituzione.

La partita – va subito detto, a scanso di ogni possibile equivoco – appare ancora aperta, anzi agli inizi, ed incerto ne è dunque l'esito. All'attacco sferrato con la [269 del 2017](#) la Corte dell'Unione e i giudici nazionali (in ispecie per bocca della Cassazione) hanno prontamente reagito a colpi di fioretto, abilmente portati nei punti più deboli del corpo dell'avversario.

La Consulta ha finalmente compreso, risvegliandosi da un annoso letargo, che il versante da battere è quello che unisce la Corte dell'Unione ai giudici comuni attraverso la via del rinvio pregiudiziale. E così, per un verso, ha ammesso già da alcuni anni a questa parte di poterne fare uso diretto e, per un altro verso, avocando a sé la competenza a conoscere di ogni violazione dei principi di base dell'ordinamento costituzionale, ha dato ad intendere di puntare a circoscrivere i casi in cui i giudici comuni potranno avvalersene ogni qualvolta siano in gioco i diritti congiuntamente e in modo non dissimile riconosciuti dalla Carta di Nizza-Strasburgo e dalla Carta

⁴² Possono vedersene chiaramente illustrate le tappe più salienti in P. COSTANZO, *Le tappe dell'edificazione eurounitaria: dall'idea d'Europa all'Unione europea*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁴, cit., 23 ss.; v., inoltre, utilmente, AA.VV., *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, a cura di A. Ciancio, Giappichelli, Torino 2017.

⁴³ Anche questa – a dirla tutta – è una stranezza, perlomeno per l'aspetto teorico-giuridico, sol che si ponga a raffronto questa vicenda con quelle usualmente ricorrenti in ambito interno. Singolare è, cioè, la circostanza, già in altri scritti rilevata, secondo cui, mentre quotidianamente si assiste a norme di leggi e fonti in genere nazionali giudicate incompatibili con questo o quel principio fondamentale (a partire – come si sa – da quello di eguaglianza), di contro le norme sovranazionali sembrano immacolate, perfette, sempre concilianti rispetto ai principi. La spiegazione è invece piana per l'aspetto politico-istituzionale, non volendosi contrastare l'avanzata del processo d'integrazione europea se non appunto in casi eccezionali; ed anche da qui si ha, dunque, conferma del tasso assai elevato di politicità insito, più ancora che nelle singole pronunzie della Consulta, nell'indirizzo complessivo da esse composto.

⁴⁴ Sui casi di resistenza anche a muso duro manifestata in altri ordinamenti avverso alcune decisioni della Corte eurounitaria, v. 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.; J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the 'German Model'*, in AA.VV., *National constitutional identity and European integration*, a cura di A. Saiz Arnaiz - C. Alcobero Llivina, Intersentia, Cambridge 2013, 243 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. 41 ss.; M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, in *La cittadinanza europea*, suppl. al fasc. 1/2016, FrancoAngeli, Milano 2016, 129 ss.; P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 431 ss.; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale N. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi - C. Cupelli, Jovene, Napoli 2017, 460 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. alla sez. I del cap. II, e, da ultimo, R. MASTROIANNI, *L'art. 11 Cost. preso sul serio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, V ss. Con riferimento, poi, alla giurisprudenza della Corte EDU, v., di recente, A. OSTI, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 4/2017, 851 ss. e, da ultimo, i contributi alle XI Giornate su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, cit.

⁴⁵ ... per riprendere un termine adoperato, sia pure in altro contesto teorico-ricostruttivo, da una sensibile dottrina (part., O. POLLICINO, in molti scritti, tra i quali, in forma organica, *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).

costituzionale.

Molti commentatori della [269](#) ne hanno dato una lettura nel senso che d'ora innanzi verrebbe meno la obbligatoria precedenza della pregiudizialità "comunitaria" ed anzi si avrebbe un vero e proprio ribaltamento dell'ordine in cui essa si pone rispetto alla pregiudizialità costituzionale⁴⁶. Se questa ipotesi fosse attendibile (o, diciamo meglio, dovesse essere avvalorata dalla giurisprudenza a venire), è chiaro che potrebbero crescere i casi in cui sarebbe la Consulta ad investire per prima la Corte dell'Unione in via pregiudiziale.

Non credo, come dirò a momenti, nella premessa e sarei molto ma molto cauto circa la conseguenza.

Quanto alla prima, già in altri luoghi ho dichiarato di non vedere neppure un rigo nella [269](#) a sostegno del supposto rovesciamento dell'ordine cronologico delle due pregiudizialità. Di contro, in essa si ribadisce che il giudice comune può *in ogni tempo* avvalersi dello strumento del rinvio: la novità sta, dunque, nel fatto che d'ora innanzi potrà scegliere a quale pregiudizialità dare la precedenza; solo che, laddove dovesse rivolgersi al giudice dell'Unione dopo aver adito la Consulta, ad avviso di quest'ultima potrebbe – a quanto pare – farlo solo *per profili diversi* da quelli indicati nella questione di legittimità costituzionale.

È evidente l'intento avuto di mira dal giudice costituzionale con questa (indebita) limitazione, che è quello di parare il rischio – fin dove possibile – di entrare in rotta di collisione con la Corte dell'Unione.

Si faccia caso: in una circostanza siffatta, non è tanto in gioco un vero e proprio conflitto tra giudicati (in accezione formale-astratta), dal momento che, ove il verdetto della Consulta dovesse essere di accoglimento, verrebbe meno ogni ragione per il giudice comune d'interpellare la Corte di giustizia. A quest'ultima, ci si potrebbe rivolgere nel caso opposto, che la pronunzia sia di rigetto, la quale tuttavia, per il modo con cui se ne ricostruiscono usualmente la natura e l'efficacia, sarebbe inidonea a produrre la cosa giudicata, nulla ostando dunque a che la Corte costituzionale, nuovamente adita, muti se del caso orientamento (magari convertendo il precedente rigetto in un accoglimento).

Il problema però – com'è chiaro – non è di forma ma di sostanza; e la Consulta vuole comunque evitare di trovarsi nella spiacevole situazione di vedere una propria decisione contraddetta da una decisione del giudice eurounitario. È vero che quest'ultimo sarebbe comunque chiamato a pronunziarsi sulla Carta dell'Unione e dal punto di vista dell'Unione stessa; e però, poiché in tesi le due Carte hanno contenuti sostanzialmente coincidenti, la divergenza degli orientamenti delle due Corti risulterebbe *per tabulas*. Tra l'altro – si faccia caso – proprio la coincidenza in parola potrebbe risultare *ex post* smentita dalla interpretazione della Carta eurounitaria fornita dal giudice di Lussemburgo, pur laddove a quest'ultimo ci si dovesse rivolgere – come vuole la Consulta – *per profili diversi* da quelli posti a base della questione di costituzionalità, risultando pertanto in radice delegittimata la pronunzia del nostro giudice delle leggi.

Per questa stessa ragione, sarei – come dicevo – cauto prima di affermare a cuor leggero che la Consulta profitterà della (supposta) precedenza necessaria della pregiudizialità costituzionale per avvalersi con una certa frequenza e continuità dell'arma del rinvio⁴⁷; se, infatti, la risposta non dovesse poi essere quella attesa e gradita, la Corte interpellante si troverebbe in una situazione di oggettivo imbarazzo e potrebbe dunque avere difficoltà a smarcarsi dal *pressing* del giudice lussemburghese. Potrebbe – è vero – sollecitare i giudici comuni a farlo ma questo obbligherebbe a

⁴⁶ *Ex plurimis*, G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: preupposti teorici e problemi applicativi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 gennaio 2018, e, dello stesso, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 6/2017, 2948 ss.; nella stessa *Rivista* (e sia pure con riferimento a talune ipotesi puntualmente descritte), G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, 2955 ss.; più di recente, v. R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*

⁴⁷ ... fermo restando che, ovviamente, ben altra è la frequenza stessa laddove dello strumento facciano uso i giudici comuni, a motivo del loro carattere plurale e della diffusione capillare nel territorio della Repubblica, rispetto a quella che vi ricorra la Consulta.

battere la via di una restituzione degli atti alle autorità remittenti o di una pronuncia di rigetto “forzato” nel merito, magari facendo ricorso ad originali ed innovative reinterpretazioni dei materiali normativi di causa⁴⁸.

Come si diceva, però, né la Corte dell’Unione né i giudici comuni sono rimasti indifferenti al punto di diritto fissato nella [269](#)⁴⁹: l’una Corte soprattutto in *Global Starnet* e la Cassazione in alcune sue importanti decisioni hanno chiaramente denunciato come arbitraria ogni possibile limitazione nell’uso del rinvio. Ad oggi è sul punto pendente – come si sa – una questione di costituzionalità sollevata dalla seconda sez. civ. del giudice della nomofilachia (n. 3831 del 2018) nella quale è risolutamente richiesta una “precisazione” sul punto (in buona sostanza, è sollecitato un chiaro *dietrofront*), accompagnata dalla minaccia di fare subito applicazione diretta di norme della Carta di Nizza-Strasburgo *self-executing*, qualora la Corte di giustizia, interpellata in via pregiudiziale, dovesse dare indicazioni che avvalorino l’ipotesi dell’antinomia con norme di diritto interno (finemente argomentate sono, poi, nello stesso senso, due importanti decisioni della Cass., sez. lav., nn. 12108 e 13678 del 2018⁵⁰).

V’è però di più. Non è infatti senza significato che ad oggi pochissime siano le questioni di costituzionalità presentate dopo la [269](#) nelle quali è fatto richiamo *anche* a norme della Carta dell’Unione ma *in nessun caso* – dico *nessuno*, al di fuori ovviamente di quello di cui alla ord. n. 3831, sopra cit. –, salvo che non sia incorso in errore, è stata lamentata la violazione di una norma della Carta stessa sostanzialmente coincidente con norma della Costituzione; si è, sì, prospettata la lesione di plurimi disposti delle due Carte ma non di disposti sovrapponibili. La qual cosa lascia francamente interdetti. È, dunque, un caso che non si sia avverata la condizione posta dalla Consulta con la decisione suddetta? Il fatto che sia stata lamentata la lesione di disposti della Carta dell’Unione non coincidenti con disposti costituzionali può (o, meglio, deve) essere interpretato come implicito riconoscimento del loro carattere non *self-executing*, visto che le norme che posseggono siffatto carattere possono (e devono) essere portate alla Consulta unicamente in caso di coincidenza con norme della Costituzione?

Ferma e vigorosa è, poi, stata, per comune riconoscimento, la riaffermazione della centralità di posto della Consulta nel sistema di garanzia giurisdizionale dei diritti e della Costituzione in genere nella pronuncia finale su [Taricco](#). Il punto è che l’obiettivo è tuttavia preso di mira a mezzo di tecniche argomentative eccessive nei toni e discutibili nella sostanza.

La Corte avrebbe potuto – come da più di un commentatore rilevato – limitarsi a prendere atto con soddisfazione della sostanziale revisione del proprio originario punto di vista operata dalla Corte dell’Unione. Vincente si è, infatti, rivelata la tecnica posta in essere col riferimento fatto dalla Consulta nell’[ord. n. 24 del 2017](#) di rinvio pregiudiziale al principio di legalità quale componente di una tradizione costituzionale comune⁵¹: una tecnica, dunque, che, a conti fatti, convertiva un

⁴⁸ In ogni caso, anche in circostanze siffatte, il rischio del sostanziale conflitto con la Corte dell’Unione non verrebbe, ovviamente, fugato.

⁴⁹ La qual cosa, peraltro, ben si comprende sol che si tenga a mente il carattere conflittuale, di chiusura, nei riguardi del diritto sovranazionale e dei suoi interpreti e garanti che trasuda da tutti i pori della decisione in parola (similmente, ora, E. CANNIZZARO, nella chiusa del suo *I valori costituzionali oltre lo Stato*, cit.).

⁵⁰ Vi si richiama anche A. COSENTINO, *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell’integrazione europea*, in [Questione Giustizia](#), 1 ottobre 2018.

⁵¹ Sull’atto di rinvio della Consulta è piovuta una messe di commenti (per tutti, v., almeno, AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit.; AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Giuffrè, Milano 2017; i contributi al forum su *La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale*, in [Diritti Comparati](#), 1/2018; AA.VV., *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018). L’indicazione volta a spostare l’obiettivo dall’identità costituzionale dello Stato alle tradizioni suddette era già venuta da una sensibile dottrina (M. BASSINI - O. POLLICINO, *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, in [Verfassungsblog](#), 2 agosto 2017, nonché in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 settembre 2017, e, degli stessi AA., *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in [Verfassungsblog](#), 5 dicembre 2017, e in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 11 dicembre 2017).

bilanciamento interordinamentale in uno intraordinamentale⁵², mostrandosi alla Corte dell'Unione che, in realtà, ad essere minacciato non era un principio peculiare ed esclusivamente proprio dell'ordinamento italiano bensì appunto un principio comune agli Stati e, per ciò stesso, costitutivo di un principio generale dell'Unione.

La Consulta, invece, qui sposta il bersaglio dalle tradizioni comuni alla identità costituzionale dello Stato, non facendosi cura neppure di evidenziare come un principio espressivo della seconda possa, quanto meno nel suo “nucleo duro”, entrare a comporre le prime⁵³.

In realtà, c'è modo e modo d'intendere la identità costituzionale e il suo porsi in rapporto con l'identità dell'Unione⁵⁴. La Corte avrebbe potuto rivendicare la salvaguardia di un principio fondamentale di diritto interno, non sottacendo che esso è *allo stesso tempo* parte integrante di una tradizione comune.

Di più. Per un verso, pur ribadendo in premessa che spetta alla Corte dell'Unione dare la interpretazione del diritto sovranazionale, avanza poi la singolare pretesa di riservare a se stessa il diritto di stabilire quali norme eurounitarie abbiano effetto diretto in ambito interno⁵⁵; per un altro verso, esclude che i giudici comuni possano *in alcun caso* chiudere in via definitiva la partita, offrendo adeguata protezione ai principi di diritto interno aggrediti dal diritto sovranazionale: dunque, come si faceva poc'anzi notare, anche nel caso che si sia in presenza di norme affette da invalidità di tipo forte, sì da potersene subito da chiunque rilevare la giuridica inesistenza.

Confesso di faticare a comprendere come si possa, sulla base di queste premesse, sollecitare la necessaria collaborazione da parte degli altri operatori di giustizia, interni e non, nell'impegnativa e non di rado sofferta opera volta a dare salvaguardia ai diritti e in genere ai beni della vita costituzionalmente protetti. La Corte sa perfettamente di avere, in particolare, pressante bisogno del convinto e fruttuoso sostegno dei giudici comuni, ai quali compete mettere in moto i processi volti a

⁵² Ho trattato a più riprese di siffatte specie di conversione, 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.

⁵³ Riprendo ora in sunto alcuni svolgimenti argomentativi che sono nel mio Taricco, *amaro finale di partita*, cit.

⁵⁴ Riferimenti in F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 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; 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 e, più di recente, G. DI FEDERICO, L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, cit.; AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, cit.; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l'interpretazione dell'“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss. Infine, se si vuole, anche i miei *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*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2017, 19 ss.; *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 ottobre 2017, e *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.

⁵⁵ Pronta la critica sul punto della più avvertita dottrina [C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in [Diritti Comparati](#), 5 giugno 2018 e D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto*, in AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, cit., 387. Sulle vessate questioni riguardanti l'efficacia diretta delle norme sovranazionali, tra i molti altri, v. AA.VV., *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, a cura di M. Distefano, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano 2018].

garantire i diritti come pure a darne la chiusura, anche in esecuzione dei verdetti della Corte stessa o di altre Corti⁵⁶. Nessuna iniziativa può *motu proprio* intraprendere la Consulta, al di fuori di quella di sollevare davanti a se stessa un conflitto da menomazione, magari per supposta lesione del giudicato costituzionale; e, pur laddove ne dia poi la soluzione, ha comunque bisogno che sulla stessa si abbia l'acquiescenza degli operatori cui il verdetto s'indirizza. In disparte però la circostanza per cui si tratta di rimedio evidentemente eccezionale, di certo non può valere con riguardo ai casi di mancata prospettazione di una questione di costituzionalità, anche nella sua peculiare versione di "costituzionalità-eurounarietà". La Corte non può certo obbligare un giudice a rilevare *uno actu* la congiunta violazione della Carta di Nizza-Strasburgo e della Carta costituzionale né può pretendere che, laddove si sospetti la violazione solo della prima o magari di entrambe, il giudice non si rivolga dapprima alla Corte dell'Unione *proprio al fine di acquisire elementi di conoscenza utili a stabilire se la lesione nei riguardi della Carta dell'Unione si abbia davvero*. È singolare che quanti si sono dichiarati favorevoli alla inversione dell'ordine tradizionale di svolgimento delle due pregiudizialità non si siano avveduti del fatto che la precedenza di quella "comunitaria" può – perlomeno in non poche circostanze – rivelarsi indispensabile proprio allo scopo di mettere l'operatore in grado di stabilire se sussista la condizione della congiunta violazione delle Carte richiesta dalla [269](#) a giustificazione del ricorso alla Consulta anche per i casi di antinomia con norme sovranazionali *self-executing* risultanti da un documento "tipicamente costituzionale".

Insomma, l'esperimento del rinvio pregiudiziale può dimostrarsi necessario tanto che si tratti di denunciare la lesione della sola Carta dell'Unione quanto che si sospetti la violazione della stessa e della Costituzione assieme.

Il vero è che – come si viene dicendo – il rispetto dei canoni processuali è il *prius* logico ed assiologico per un proficuo svolgimento dell'opera che tutti gli operatori sono tenuti a porre in essere, in spirito di reciproca e feconda collaborazione, al servizio dei diritti⁵⁷. Ogni giudice ha, dunque, un suo ruolo da giocare sulla scena, ciascuno complementare all'altro e tutti egualmente conducenti all'obiettivo della salvaguardia dei diritti.

Il punto debole della costruzione che la Consulta va erigendo sullo specifico terreno della salvaguardia dei diritti è dato proprio dalla rivendica orgogliosa e gelosa del diritto all'esclusiva in ordine alla definizione dei principi fondamentali ed alla risoluzione delle antinomie che li riguardano.

La Corte qui commette un grave errore di partenza; ed è dato dal fatto che nessuno può assumere essere di propria esclusiva spettanza il riconoscimento dei principi fondamentali, alla cui messa a punto ed all'incessante rinnovamento semantico concorrono – come si è tentato di mostrare in altri

⁵⁶ ... una chiusura che, specie in relazione a talune pronunzie della Corte europea o della stessa Corte costituzionale connotate da una struttura a maglie larghe (quali sono le pronunzie-pilota o le additive di principio), naturalmente implica il riconoscimento di un largo margine di apprezzamento e di manovra a beneficio del giudice comune al fine della loro ottimale implementazione nell'esperienza, in ragione delle peculiarità dei casi (con specifico riguardo alla Corte EDU, sulle non poche, gravi questioni che si pongono in relazione alla esecuzione delle sue pronunzie, per un quadro di sintesi, v., tra gli altri, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. il cap. III, e, dello stesso, [A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo \(note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale\)](#), in [Consulta OnLine](#), [Studi 2017/III](#), 460 ss.; nella stessa *Rivista*, R.G. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, 2/2017, 29 giugno 2017; E. D'ALESSANDRO, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2/2018, 711 ss.; C. NARDOCCI, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L'orientamento della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 18/2018, 26 settembre 2018, e i contributi alle XI Giornate su *Corte EDU e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, cit. Infine, per una organica riconsiderazione dei seguiti alle decisioni della Corte EDU con specifica attenzione alla giurisprudenza di quest'ultima, Di R.G. CONTI, *La giurisprudenza civile sull'esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, relaz. al 50° Corso di studi su *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il margine di apprezzamento*, Perugia 26-27 ottobre 2018, che ho avuto modo di poter consultare in *paper*).

⁵⁷ Ed è proprio per ciò ed al fine di evitare un eccessivo innalzamento del tasso di politicità dei giudizi di costituzionalità che la più avvertita dottrina ha, a più riprese, sollecitato la Consulta alla scrupolosa osservanza dei canoni che vi stanno alla base.

luoghi⁵⁸ – *consuetudini culturali* alla cui formazione l'intera comunità organizzata e l'apparato danno il loro fecondo e costruttivo apporto. Immaginare che un solo organo, foss'anche il massimo garante della legalità costituzionale, possa in sovrana solitudine fissarne autoritativamente il senso equivarrebbe a farne – come si diceva poc'anzi – un *potere costituente permanente*, un potere *mostruoso*, come lo si è altrove qualificato.

D'altronde, la stessa giurisprudenza costituzionale, pur tra non rimosse oscillazioni e perduranti incertezze, dà mostra del fatto che vi sono spazi coltivabili dai giudici comuni nei quali la pianta dei principi può crescere e portare frutto. Non si dimentichi l'indicazione data sul terreno dei rapporti, ai quali si è sopra fatto riferimento, tra diritto interno e CEDU, con specifico riguardo ai margini riconosciuti ai giudici comuni al fine di potersi discostare dalle interpretazioni somministrate da pronunzie della Corte europea inidonee a dar vita ad indirizzi “consolidati”. Viene invero difficile immaginare che il giudice possa considerarsi esentato dall'obbligo di fare comunque menzione di una di tali decisioni, allo stesso tempo motivando lo scostamento dalla interpretazione della Convenzione dalla stessa prospettata proprio con il suo carattere non “consolidato” e – qui è il punto – con la sua incompatibilità con la Costituzione (e, perciò, perlomeno il più delle volte⁵⁹, con uno o più dei principi suddetti).

Come si faceva poc'anzi notare, qui l'antinomia coi principi è risolta direttamente dal giudice comune a mezzo della tecnica della “non applicazione” di un'interpretazione del giudice di Strasburgo che non può trovare accoglienza in ambito interno: l'antinomia è, poi, prevenuta grazie alla prospettazione di una nuova interpretazione della Convenzione in senso conforme a Costituzione. Tutto questo, ovviamente, a stare nell'ordine di idee della Consulta che, nondimeno, come si è dietro rilevato, può essere discusso sin dalle sue premesse, specie ove si tenga ferma la regola secondo cui la Convenzione parla per bocca della Corte di Strasburgo, senza stare poi a fare calcoli statistici al fine di avere conferma della prescrittività delle pronunzie che vi danno voce.

Ecco perché la costruzione dei rapporti interordinamentali eretta dalla Consulta appare essere – come si dice nel titolo dato a queste succinte riflessioni – *in progress* e *a geometria variabile*, con un ruolo riconosciuto in capo alle Corti europee, per un verso, e, per un altro, ai giudici comuni idoneo ad espandersi ovvero – ed è ciò che qui maggiormente importa mettere in chiaro – a contrarsi a fisarmonica, senza nondimeno che esso possa fare ombra alla Corte costituzionale, la cui figura si staglia alta e vigorosa al centro della scena.

Siamo sicuri però che siffatta costruzione, dalle basi – s'è veduto – alquanto fragili, possa durare a lungo nel tempo?

6. *Il costo che la Consulta ha dovuto pagare per riaffermare la primauté della Costituzione e la... propria: lo scostamento dai canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità e il conseguente, insopportabile innalzamento del tasso di politicità di questi ultimi*

Occorre, a questo punto, chiedersi quale sia il costo che la Consulta ha dovuto (e deve) pagare al fine di riaffermare, in un sol colpo, la *primauté* della Costituzione e la... *propria*.

Il dato più saliente – come si è venuti dicendo – è lo scostamento dai canoni processuali che ha poi la sua immediata e rilevante ricaduta in un abnorme innalzamento del tasso di politicità dei giudizi, vale a dire nella netta dominanza dell'“anima” politica – com'è usualmente chiamata⁶⁰ – su

⁵⁸ ... tra i quali il mio [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), in v., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 337 ss., nonché in [Consulta OnLine, Studi 2016/II](#), 263 ss.

⁵⁹ ... per non dire sempre, giusta la notazione dietro svolta secondo cui la Convenzione, al pari di ogni altra Carta dei diritti, naturalmente si confronta con norme della Costituzione espressive di principi o, come che sia, da questi “coperte”.

⁶⁰ *Ex plurimis*, C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Atti della Tavola rotonda per

quella giurisdizionale, laddove le stesse dovrebbero secondo modello stare in costante equilibrio, la cui salvaguardia è condizione vitale per l'ottimale svolgimento del *munus* affidato alla Corte e, per ciò stesso, dell'affermazione della Costituzione.

V'è da dire che le condizioni oggettive di contesto hanno, per la loro parte, concorso in non secondaria misura a questo squilibrio che, peraltro, specie nell'ultima giurisprudenza, va facendosi sempre più marcato, vistoso e – a dirla tutta – inquietante. Le crisi, nelle loro plurime manifestazioni ai varî piani di esperienza sociale (in larga accezione) in cui si radicano e svolgono, hanno agevolato quest'esito, offrendo puntello e giustificazione alle operazioni, anche le più ardite e innovative, poste in essere dal giudice costituzionale (e, per la loro parte, anche da altri giudici).

Il vero è che la Corte si trova, pressoché quotidianamente, obbligata a bilanciare le ragioni dei diritti con le ragioni facenti capo alle varie emergenze, specie a quelle di natura economica la cui incidenza a carico dei diritti stessi e, specificamente, di quelli sociali è d'immediata, lampante evidenza⁶¹.

Occorre chiedersi se la china intrapresa sia inarrestabile, quanto meno se sia possibile arginare in una certa misura perlomeno le più esasperate espressioni di siffatta tendenza alla iperpoliticizzazione dei giudizi.

Anche dalla prospettiva ora adottata, ci si avvede di quanto fecondo possa essere il “dialogo” tra le Corti quale fattore, a un tempo, di stabilizzazione e di rinnovamento degli orientamenti giurisprudenziali. Un giudice, sovranazionale o nazionale che sia, che sa di doversi confrontare con altri organi preposti parimenti ad amministrare giustizia è naturalmente portato ad una maggiore cautela e vigilanza interna di quella che invece si avrebbe laddove si trovasse ad essere *dominus* esclusivo ed incontrastato del campo.

Il “dialogo” – si è fatto molte volte notare – non equivale di certo a pensarla necessariamente allo stesso modo; di contro, le divergenze ed i veri e propri conflitti, anche aspri, possono non di rado aversi e – come qui pure si è rammentato – effettivamente si hanno. Seguito tuttavia a nutrire fiducia sul fatto che alla lunga, confrontandosi ripetutamente con riguardo a simili questioni, le convergenze (se non pure l'identità delle vedute) superino i contrasti. Si attivano, insomma, meccanismi, anche imprevedibili nelle loro movenze e negli esiti, che portano ad una sorta di *checks and balances* dalla inusuale fattura, a forme cioè di reciproco controllo culturale degli operatori di giustizia, al quale è da assegnare – a me pare – uno straordinario rilievo, sotto più aspetti ed a più fini o effetti.

In primo luogo, il “dialogo” è condizione di quella mutua integrazione nei fatti interpretativi della Costituzione e delle altre Carte sulla cui utilità e, anzi, necessità la stessa giurisprudenza ha ripetutamente, opportunamente insistito (specie in [Corte cost. n. 388 del 1999](#)). Il “dialogo” è, dunque, la forma maggiormente espressiva e la conferma più accreditata del carattere “intercostituzionale” – come lo si è altrove chiamato⁶² – sia della Costituzione che delle altre Carte,

ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa, 15 dicembre 2016), a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017.

⁶¹ In argomento, peraltro, è venuta a formarsi una marea montante di scritti di vario segno e orientamento (solo per alcune prime indicazioni e limitando i riferimenti ai contributi più di recente apparsi, v. F. DI DONATO, *Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberalismo europeo*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 1/2017, 23 gennaio 2017, spec. al § 5; C. PANZERA, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea*, in [Rivista AIC](#), 1/2017, 15 febbraio 2017; M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 73 ss.; AA.VV., *I diritti sociali e del lavoro nella lunga crisi economica. La questione pensionistica come caso emblematico*, a cura di L. Dorato e G. Grasso, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; AA.VV., *Diritti sociali e crisi economica*, a cura di M. D'Amico e F. Biondi, FrancoAngeli, Milano 2017; i contributi di AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, cit., spec. al cap. 3; B. BRANCATI, *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio difficile per le Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa 2018; G. GUIGLIA, *Italian constitutional Court and social rights in times of crisis: in search of a balance between principles and values of contemporary constitutionalism*, in [Rivista AIC](#), 3/2018, 30 luglio 2018; N. MACCABIANI, *The Effectiveness of Social Rights in the EU. Social Inclusion and European Governance. A Constitutional and Methodological Perspective*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 74 ss.).

⁶² ... a partire dal mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss.

vale a dire della loro vocazione ad aprirsi e disporsi a farsi rigenerare semanticamente a vicenda, specie nelle più spinose e sofferte vicende processuali, nel corso delle quali si presenta particolarmente arduo e problematico raggiungere un complessivamente appagante equilibrio tra i beni della vita in campo.

In secondo luogo, il “dialogo” sollecita – perlomeno il più delle volte – tutti i parlanti a sforzarsi di offrire la più adeguata salvaguardia ai diritti, in rispondenza al “metapprincipio” del massimo *standard*; gioca dunque nel senso di innalzare – fin dove possibile – il livello della tutela, pur nelle difficoltà di contesto che si oppongono alla sua piena affermazione. Quest’obiettivo può essere centrato in varî modi, sia che ci si conformi ai canoni processuali e sia pure che da essi ci si discosti. Non si commetta tuttavia l’errore, frutto di autentica miopia istituzionale, di ritenere che il fine giustifichi sempre il mezzo, *qualunque mezzo*. Alla lunga, infatti, a perdere saranno la Costituzione e lo Stato costituzionale. La tipicità dei ruoli – secondo una tradizione risalente all’affermazione del principio della separazione dei poteri – è elemento costitutivo dell’essenza stessa della Costituzione, condizione cioè della salvaguardia dei diritti, secondo l’insegnamento tramandatoci dai rivoluzionari francesi all’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

La tipicità dei ruoli – qui è il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa – non vale solo al piano dei rapporti tra gli organi della direzione politica e gli organi di garanzia (per ciò che in questa sede specificamente importa, dei giudici). Vale anche al piano dei rapporti tra gli operatori di giustizia, tutti chiamati variamente ad offrire il loro fattivo concorso alla salvaguardia dei diritti.

Il “dialogo”, insomma, presuppone la distinzione dei ruoli e la loro scrupolosa osservanza, non già la loro confusione che fatalmente porterebbe non alla “giurisdizionalizzazione” dei conflitti (e dei decisori) politici bensì alla “politicizzazione” dei giudizi (e dei giudici).

La battaglia tra Kelsen e Schmitt – come si vede – non si è chiusa al tempo della Costituente con l’affermazione della tesi patrocinata dal primo e volta alla istituzione di un tribunale costituzionale a garanzia del primato della Costituzione. La battaglia prosegue giorno dopo giorno perché forti e continue sono le tentazioni che vengono dal contesto e spingono vigorosamente nel verso della “politicizzazione” dei giudizi di costituzionalità. Il “dialogo” intergiurisprudenziale può dimostrarsi un efficace antidoto avverso il diffondersi di questo male, sempre che se ne faccia un uso oculato, nella consapevolezza dei limiti insiti nei *munera* ai quali gli operatori di giustizia, con diversità di ruoli e di responsabilità, sono preposti.

Antonio Ruggeri

**Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora...
(a margine di un [comunicato sul caso Cappato](#))**

Pilatesca e gravida di implicazioni ancora tutte da esplorare la pronuncia preannunziata dal [comunicato dell'Ufficio stampa della Consulta del 24 ottobre scorso sul caso Cappato](#): una decisione che, ancora una volta, rende testimonianza della fervida fantasia con cui il giudice costituzionale sforna a getto continuo nuovi tipi di decisione ovvero fa originali utilizzi di tipi noti e collaudati.

Dove sta la stranezza dell'iniziativa oggi assunta e quali potrebbero esserne gli effetti anche oltre il caso che ne ha sollecitato l'adozione?

Che la Corte tenga opportunamente conto delle vicende parlamentari degli atti legislativi in cantiere è cosa risaputa: è la Corte (e, per essa, in specie il suo Presidente) a definire l'agenda dei suoi lavori e, dunque, a stabilire quale possa essere il tempo opportuno per decidere. L'ha fatto innumeri volte e seguirà verosimilmente a farlo; ed è bene che sia così. Altro è, però, stabilire quale posto assegnare nel ruolo ad una questione che abbia varcato la soglia della Consulta ed altro ancora è trattare – come si è fatto nel caso odierno – una questione e poi rimandarne il verdetto a miglior stagione, allo stesso tempo indirizzando una sibillina sollecitazione al legislatore perché ponga mano ad un'adeguata disciplina della materia, ora colmando originarie e intollerabili lacune ed ora rivedendo i contenuti di una regolazione preesistente.

Sta di fatto che qui il messaggio è chiaro. Se la Corte fosse, in maggioranza dei suoi componenti, risolutamente orientata nel senso del rigetto per qualsivoglia motivo della questione, non vi sarebbe stata ragione del rinvio; se, dunque, si è deciso di farvi luogo, è perché, verosimilmente, si prefigurava un accoglimento, seppur parziale, della questione ovvero perché in seno al collegio il quadro risultava ancora fluido e non ben definito e, data la rilevanza della posta in palio, si è pertanto preferito guadagnare tempo e attendere, dunque, la maturazione della decisione. Il riferimento al bilanciamento tra le “situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione” con “altri beni costituzionalmente rilevanti” si apre – com'è chiaro – ad ogni possibile esito, nel senso dell'accoglimento come pure in quello del rigetto. “Lavandosi le mani”, la Corte così finisce con l'accontentare tutti anche al proprio interno o, se si preferisce altrimenti dire, con lo scontentarli in pari misura. E, tuttavia, viene da pensare – come si diceva – che si sia già delineato uno scenario favorevole ad un accoglimento della questione, magari nella forma *soft* di un'additiva di principio (e, volendo passare da una “invenzione” all'altra, magari di un'additiva *con termine*, il cui inutile decorso rimarrebbe ad ogni buon conto privo di effetti, salvo immaginare il caso di un ricorso della Consulta a se stessa per conflitto da menomazione, nel presupposto della doverosità dell'attuazione del principio somministrato dalla Corte ed al fine di portare a compiuta maturazione l'operazione di giustizia costituzionale posta in essere; ciò che, nondimeno, produrrebbe ugualmente un effetto vistoso solo sulla carta, non potendosi di tutta evidenza obbligare *manu militari* il legislatore ad un *facere*, laddove faccia difetto la volontà politica in tal senso).

Ora, la cautela e l'accortezza non sono mai eccessive e, perlomeno il più delle volte, si fanno apprezzare. Quali, però, le conseguenze di un siffatto attendismo?

Giova distinguere ciò che può aversi al piano dei rapporti che la Corte intrattiene coi giudici (tanto con quello *a quo* quanto con gli operatori di giustizia in genere) da ciò che può aversi al piano dei rapporti con il legislatore.

Per il primo aspetto, *nulla quaestio* in merito alle vicende del giudizio rimasto sospeso per effetto della remissione degli atti di causa alla Consulta (*mutatis mutandis* e generalizzando, lo stesso potrebbe un domani dirsi, qualora la tecnica decisoria oggi sperimentata dovesse farsi valere per altri casi, con riguardo ad analoghi giudizi rimasti sospesi senza che tuttavia si sia avuta la remissione suddetta: una pratica, questa, come si sa, fortemente discussa e invero discutibile ma, a quanto pare, alquanto diffusa e forse, ormai, “consuetudinariamente” affermatasi nel diritto vivente).

Il giudizio *a quo*, insomma, sospeso era e sospeso resta, con una differenza non da poco tuttavia;

ed è che la fissazione dell'udienza alimenta aspettative di giustizia, quale che ne sia il verso e il senso, obbligate a restare comunque (e per un tempo di certo non breve) inappagate (un effetto, questo, alla cui produzione non c'è purtroppo rimedio). Ed è bensì vero che la sospensione avrebbe potuto *ab initio* aversi, qualora l'agenda dei lavori del giudice delle leggi fosse stata diversamente stabilita. Solo che un'iscrizione a ruolo differita nel tempo non avrebbe offerto alla Corte l'opportunità di rendere palese il messaggio che aveva in animo d'indirizzare al legislatore e che, comunque, è maturato a seguito del dibattimento.

Astraendo, poi, dal caso odierno, in futuri giudizi in corso di svolgimento presso i giudici comuni e paralleli a quello fatto oggetto della decisione di rinvio in parola, è evidente che ne viene una vigorosa sollecitazione per la loro sospensione, nulla comunque escludendo che possano nel frattempo pervenire nuove questioni alla Corte relative al medesimo caso, aumentandosi così la pressione per il loro accoglimento.

Sul versante dei rapporti con il legislatore, possono poi prefigurarsi due esiti: che la disciplina legislativa la cui adozione sia stata sollecitata dal giudice costituzionale si abbia (è da vedere, poi, con quali contenuti) ovvero che non vi si faccia luogo. Verificandosi la prima evenienza, dovrebbe verosimilmente aversi la restituzione degli atti all'autorità remittente per *ius superveniens*, salvo nondimeno il caso che quest'ultimo sia ritenuto non autenticamente o sostanzialmente innovativo; la qual cosa potrebbe – come si sa – determinare lo spostamento dell'oggetto del sindacato dalla vecchia alla “nuova” disciplina.

Di maggior interesse il secondo scenario, vale a dire che perduri l'inerzia del legislatore. Scaduto inutilmente (e con disappunto dei giudici costituzionali) il termine fissato dalla Consulta (ma, poi, perché proprio questo e non un altro? È solo questione di buon senso o di ragionevolezza?), la Corte *deve* a questo punto decidere: perderebbe la faccia – se posso esprimermi con franchezza – qualora decidesse nuovamente di... *non decidere*, concedendo una proroga al legislatore.

Pilato ha potuto rimettere la scelta tra Gesù e Barabba alla folla, a motivo della natura *stricto sensu* politica del decisore e della decisione; e sappiamo che si è trattato del più emblematico caso di degenerazione della democrazia in olocrazia, secondo la limpida lettura data del noto passo giovanneo, sulla scia di una nota indicazione kelseniana, dalla più avveduta dottrina. La Consulta, invece, non ha a chi demandare la decisione e non può, pertanto, che rivolgersi a se stessa per dar vita ad un verdetto *quale che sia*.

Nessuno ovviamente contesta che il ventaglio possa aprirsi a tutto campo; avere, però, rimandato oggi ad una nuova e più propizia stagione la decisione rende estremamente arduo e impegnativo un domani, in caso di latitanza del legislatore, argomentare il rigetto della questione, seppur all'esito di quel bilanciamento di cui si fa parola nel comunicato in commento.

Sta di fatto che qui – a me pare – si ha qualcosa che ricorda molto da presso il meccanismo delle dichiarazioni di *Unvereinbarkeit*, ovverosia della incompatibilità accertata ma non dichiarata ed accompagnata dalla conseguente caducazione dell'atto responsabile del *vulnus* alla Costituzione. Se si preferisce dire altrimenti, sembra qui d'intravedere tra le righe o sullo sfondo l'immagine, seppur confusa, di una *vacatio sententiae* lunga, anzi molto lunga (forse, a motivo della non particolare fiducia nutrita nei riguardi degli organi preposti alla produzione giuridica, nonché della consapevolezza della rilevanza dei beni meritevoli di tutela), una *vacatio* apposta ad una decisione che però si presenta ad oggi vuota di contenuti e priva di motivazione.

Nessuna pronunzia, diversamente da quella oggi adottata e che – si dice nel comunicato – ci sarà consegnata a breve, avrebbe potuto (e potrebbe) lasciare, più e meglio di questa, le mani libere alla Consulta; non a caso, d'altronde, quest'ultima (forse, superando qualche esitazione presente al proprio interno) vi ha fatto luogo.

Il punto è però quello di chiedersi – specie davanti al ricorrere viepiù frequente di inusuali “invenzioni” processuali della Consulta o, diciamo pure, di sensibili e crescenti scostamenti dai canoni che presiedono allo svolgimento dei giudizi, dei quali le maggiori e più attendibili testimonianze sono date dalle decisioni sulle leggi elettorali e dal caso definito dalla [sent. n. 10 del 2015](#) – se il fine giustifichi sempre il mezzo, pur laddove ci si trovi poi costretti a pagare il costo, che va facendosi

sempre più oneroso, di un vistoso innalzamento del “tasso” di politicità dei giudizi stessi, denunciato con non celata (e, a parer mio, giusta) preoccupazione da molti studiosi.

Ora, proprio nella presente, disgraziata congiuntura politico-istituzionale, gravata da molte ipoteche che mettono in forse l'identità stessa dell'ordinamento, offuscando l'immagine del nostro Paese in Europa e nel mondo, di tutto – a me pare – abbiamo bisogno fuorché della delegittimazione della Corte e – se posso aggiungere – dei garanti in genere. Sono propri questi ultimi i punti fermi dai quali dobbiamo tenerci se vogliamo coltivare la speranza di uscire dal *tunnel* nel quale ci siamo infilati.

La tipizzazione dei ruoli istituzionali è una risorsa preziosa, di cui non possiamo comunque fare a meno ed alla quale possiamo attingere per dare concretezza a questa speranza; di contro, la loro confusione, cui la decisione qui annotata dà per la sua parte alimento e puntello, ci allontana sempre di più dalla meta avuta di mira.

Antonio Ruggeri
**Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della
[ordinanza n. 207 del 2018](#) sul caso Cappato)**

SOMMARIO: 1. Cenni ai profili di merito della vicenda. – 2. Profili di ordine processuale, con specifico riguardo agli effetti conseguenti all'adozione del nuovo tipo di decisione. – 2.1. ... *a carico del legislatore*. – 2.2. ... *dei giudici diversi da quello a quo*. – 2.3. ... *e della stessa Corte*.

1. *Cenni ai profili di merito della vicenda*

Finalmente vediamo le fattezze dell'“ibrido” venuto alla luce alla Consulta e preannunziato da un discusso [comunicato](#) della stessa¹: una ordinanza *quoad formam* che è però in tutto e per tutto una sentenza (di accoglimento) *quoad substantiam*; non a caso, d'altronde, delle sentenze riproduce la struttura, con la consueta partizione interna (tra *ritenuto in fatto* e *considerato in diritto*) che le connota. Un “ibrido” frutto – a dire della Corte – dei “poteri di gestione del processo costituzionale” che le sono riconosciuti², senza che peraltro ne risulti definita tanto la natura quanto la efficacia, secondo quanto si vedrà a momenti.

Nulla qui dirò sul merito della vicenda, su cui mi riprometto di tornare in altra e più idonea sede, tante e tali sono le questioni di grande momento e di rilevanti implicazioni teorico-pratiche da essa evocate in campo, ciascuna delle quali meriterebbe una estesa e approfondita trattazione.

Mi limito, dunque, solo a fare un fugace cenno a tre cose, tra di loro peraltro a filo doppio legate.

In primo luogo, prende corpo e si rinnova una grave e inquietante confusione, di frequente riscontro in letteratura, tra dignità e qualità della vita, discendente dalla previa opzione per un'accezione esclusivamente soggettivistica della dignità stessa, la cui definizione sarebbe esclusivamente rimessa all'autodeterminazione di ciascuna persona³, trascurandosi tuttavia la circostanza per cui la stessa legge 219, cui nella ordinanza è fatto diffuso richiamo, non considera – come si sa – in tutto e per tutto vincolanti le DAT, ammettendo che le stesse possano essere disattese, al ricorrere di certe condizioni e restando pur sempre all'interno della cornice della c.d. “relazione di cura”.

In secondo luogo, proprio dai richiami in parola si ricava la sensazione, che ovviamente richiede ulteriori e più salde conferme, che si sia inteso dare un implicito avallo alla legge, quanto meno nel suo impianto di fondo e, perciò, anche in disposti che – ad esser franchi – avrebbero meritato una presa di distanza e un critico ripensamento. La Corte infatti attinge, al fine della ricostruzione del quadro costituzionale e della messa a fuoco dei beni della vita evocati in campo dal caso, ad indicazioni della legge in parola, senza far luogo alla previa verifica della loro attitudine a fornire materiali idonei allo scopo⁴. Senza, dunque, affrettare conclusioni oggi

¹ ... a commento del quale U. ADAMO, *Sull'aiuto al suicidio la Corte ha rinviato la palla al Parlamento*, in [la Costituzione.info](#), 26 ottobre 2018; N. FIANO, “*Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli*”. *Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 ottobre 2018, e, se si vuole, il mio [Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... \(a margine di un comunicato sul caso Cappato\)](#), in questa [Rivista, Studi 2018/III](#), 568 ss.

² Punto 11 del *cons. in dir.* Nessuno, ovviamente, contesta la esistenza dei poteri in parola, dei quali peraltro – come si sa – la Corte si è largamente avvalsa; il punto tuttavia da chiarire è fin dove le sia consentito spingersi in siffatta opera creativa e di mai finito affinamento, della quale si sono, specie di recente e proprio con riguardo alla manipolazione degli effetti temporali delle decisioni, avute ardite e fortemente discusse (e discutibili) espressioni, la più emblematica delle quali è data, per diffuso riconoscimento, da [Corte cost. n. 10 del 2015](#).

³ Ho manifestato in più luoghi ferme critiche e riserve sul punto (da ultimo, in [La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista, Studi 2018/II](#), 392 ss.; in tema, ora, V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè-Francis Lefebvre, Milano 2018).

⁴ Non si dimentichi che la stessa giurisprudenza in molte occasioni (specie, a partire dal nuovo corso inaugurato dalle sentenze “gemelle” [348](#) e [349 del 2007](#) sulla CEDU) ha ribadito che le norme interposte possono

premature, l'impressione complessiva che si ricava dalla lettura dell'articolata decisione in commento è che la legge 219, in sede di sindacato di costituzionalità specificamente riguardante alcune tra le sue più qualificanti espressioni normative, verosimilmente uscirà indenne dallo stesso.

Sta di fatto che, sia pure attraverso un elaborato ragionamento e malgrado la ferma sottolineatura fatta in partenza del riconoscimento operato dalla Carta costituzionale, al pari peraltro della CEDU, del diritto alla vita ma non dello speculare diritto alla morte⁵, quest'ultimo è, al tirar delle somme, ammesso, spianandosi la via all'affermazione di un vero e proprio *suicidio assistito*, sia pure a beneficio unicamente di soggetti che versino in condizioni di particolare sofferenza⁶.

Allo stesso tempo (ed è questo il terzo rilievo), si riconferma il rilievo da assegnare agli sviluppi della scienza e della tecnologia⁷, "spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse"⁸, affermazione che tuttavia non è portata alle sue lineari e conseguenti applicazioni, specie per ciò che attiene al rilievo che dovrebbe assegnarsi in modo non incondizionato all'autodeterminazione del soggetto in alcune delle sue più spinose e sofferte esperienze di vita.

2. Profili di ordine processuale, con specifico riguardo agli effetti conseguenti all'adozione del nuovo tipo di decisione

Tralasciando, tuttavia, ora le questioni di merito poste dalla vicenda ancora in corso, mi preme qui soffermarmi, sia pure con la massima speditezza, sui profili di ordine processuale, interrogandomi in particolare attorno agli effetti riportabili al [singolare nuovo tipo di decisione](#) forgiato dalla Consulta.

2.1. ... a carico del legislatore

Comincio col rilevare come anche la vicenda che ha costituito l'*occasione* per siffatta invenzione confermi una tendenza di cui si sono avute, specie di recente, numerose seppur discutibili testimonianze, che è data dalla sostanziale fungibilità delle tecniche decisorie, non di rado questioni non dissimili quanto ai beni della vita in gioco ed al modo con cui è formulato il dubbio di costituzionalità della disciplina positiva che li concerne venendo trattate con strumenti diversi per forma ed effetti.

Si pensi, appunto, per restare ad un'alternativa che proprio nel caso nostro si è posta, alle decisioni d'inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore ed a quelle di accoglimento, nella forma delle additive di principio, le quali pure si arrestano – come si sa – alla soglia oltre la quale la disciplina normativa è data da regole la cui posizione è giudicata essere, in nome del rispetto suddetto, di esclusiva spettanza del legislatore⁹. È vero che gli stessi principi

essere utilizzate quali parametri nei giudizi di costituzionalità alla sola condizione che ne sia previamente acclarata la compatibilità con la Carta costituzionale. So bene che il caso odierno è diverso, la legge 219 non essendo utilizzata quale fonte interposta; e, tuttavia, è stata essa pure vista quale fonte produttiva di disposti integrativi del dettato costituzionale e variamente idonei al suo aggiornamento semantico in relazione alle peculiari esigenze del caso.

⁵ V. spec. punto 5 del *cons. in dir.* In tema, ora, opportuni rilievi in G. RAZZANO, *Il diritto di morire come diritto umano? Brevi riflessioni sul potere di individuazione del best interest, sull'aiuto alla dignità di chi ha deciso di uccidersi e sulle discriminazioni nell'ottenere la morte*, in [Archivio penale - Rivista web](#), 3/2018, 30 ottobre 2018.

⁶ Malgrado l'apprezzabile sforzo argomentativo prodotto, rimane a mia opinione vistoso lo scarto tra le premesse del ragionamento e i loro problematici sviluppi.

⁷ ... ai quali anche (e soprattutto) con riferimento alle esperienze d'inizio-vita si è attribuito – come si sa –, in dottrina come pure in giurisprudenza, primario rilievo [indicazioni, da ultimo, in S. AGOSTA, *Prove di cross-talk tra giurisprudenza convenzionale, eurounitaria, interamericana ed italiana in tema di diritto alla vita che comincia (prime notazioni)*, in [Biolaw Journal](#), 3/2018, 171 ss.].

⁸ Punto 8 del *cons. in dir.*

⁹ ... una posizione nondimeno rimessa, in attesa dei prodotti di quest'ultimo e fin dove possibile, all'intervento del giudice, che appare essere, in sé e per sé, "normativo", pur restandone gli effetti circoscritti al caso: dunque, di

aggiunti dalla Consulta devono pur sempre mostrarsi rispettosi della evanescente e camaleontica discrezionalità in parola¹⁰, la cui definizione resta in ultima istanza demandata allo stesso giudice costituzionale; proprio però siffatto carattere largamente “discrezionale” della... *discrezionalità* porta, nei fatti, all’esito di rimettere al prudente apprezzamento della Corte la decisione circa lo strumento da far valere in relazione alle peculiari esigenze di ciascun caso.

Rimane, nondimeno, una differenza di fondo tra le tecniche qui rapidamente poste a confronto; ed è che le pronunzie d’inammissibilità, seppur corredate da moniti più o meno vigorosamente enunciati e giudicati stringenti per il legislatore, non vincolano giuridicamente, *proprio a motivo della forma degli atti di cui si rivestono e della natura da essi posseduta*, il legislatore stesso a darvi seguito, vincolo che invece si ha, perlomeno in punto di astratto diritto, con riguardo alle additive di principio, bisognose comunque di essere svolte a mezzo di regole frutto di scelta discrezionale. Sta di fatto che, ad ogni buon conto, nessuno può obbligare *manu militari* il legislatore ad un *facere*, laddove a ciò non intenda piegarsi¹¹.

Perdurando l’inerzia degli organi della produzione giuridica, non resta dunque che far affidamento, come di consueto, sulla “supplenza” – come è ormai d’uso chiamarla – dei giudici. Qui, la “supplenza” la porrà, verosimilmente, alla scadenza del termine fissato nell’ordinanza in commento, la stessa Corte¹², cui potrebbe far seguito l’ulteriore “supplenza” dei giudici comuni, laddove sollecitati a produrre le regole richieste dal principio eventualmente somministrato dalla Corte.

Nella [decisione](#) in commento, si prende espressamente in esame l’ipotesi, poi scartata, di far luogo ad una pronunzia d’inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore; ed è allora da chiedersi quale spazio potrà residuare in altre, prossime occasioni per pronunzie di questa specie, dal momento che grazie alla invenzione della nuova tecnica decisoria sarà possibile far luogo ad interventi ancora più incisivi e pressanti nei riguardi del legislatore. In dottrina, ci si è affrettati a dichiarare che della tecnica in parola si farà un uso assai parco e vigilato¹³; un augurio che formulo anch’io di cuore. Sta di fatto che, disponendosi di questa “nuova, acuminata freccia nel suo arco”¹⁴, si potrà restringere in una certa (ad oggi imprevedibile) misura l’area entro cui potrà farsi valere il limite della discrezionalità a mezzo di pronunzie d’inammissibilità.

Non si può tuttavia valutare se convenga davvero convertire – sia pure in casi oculatamente circoscritti – le vecchie e collaudate decisioni d’inammissibilità nel nuovo tipo dell’accoglimento¹⁵ ad efficacia differita se non dopo che si faccia chiarezza sul *punctum crucis* relativo agli effetti conseguenti all’adozione del tipo stesso per gli operatori di giustizia.

attuazione, e non già – come invece ritenuto da un’accreditata dottrina (M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [Rivista AIC](#), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché, ora, *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.) – di mera *applicazione* del disposto legislativo. Questa stessa è, d’altronde, la ragione per cui, a mia opinione, dovrebbe discorrersi non già – come comunemente si dice – di “*applicazione* diretta della Costituzione”, laddove vi si faccia luogo, bensì di “*attuazione*” della stessa, perlomeno con riguardo ai casi in cui si porti ad effetto un principio della Carta.

¹⁰ Stranamente, assai di frequente si trascura (da parte della stessa Corte come pure della più avveduta dottrina) che nessuna giustificazione può darsi a beneficio dell’addizione posta in essere alla Consulta laddove la stessa norma espressiva di un principio non discenda “a rime obbligate” dalla Costituzione.

¹¹ Sempre a ragionar in punto di diritto, una volta stabilito che il vincolo si ha, la stessa Corte potrebbe sollevare conflitto da menomazione avverso l’inerzia del legislatore che determina l’effetto di lasciare immatura l’operazione di giustizia costituzionale, bisognosa appunto di perfezionarsi a mezzo dell’intervento legislativo. Si tratta, nondimeno, di una prospettiva praticabile al mero piano teorico-astratto e qui pure, peraltro, insicura, nessuna garanzia avendosi del fatto che quindi si provveda a dar seguito alla pronunzia che accerta l’indebita omissione.

¹² ... forse, come ipotizzato nella mia nota al comunicato sul caso in esame, proprio a mezzo di un’additiva di principio.

¹³ M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), 19 novembre 2018, § 4.

¹⁴ *Op. et loc. ult. cit.*

¹⁵ ... o, ad esser precisi, come subito si dirà, del *probabile* accoglimento.

2.2. ... dei giudici diversi da quello a quo

Occorre al riguardo distinguere tra gli effetti *medio tempore* prodotti dalla [decisione](#) di rinvio a carico dei giudici e quelli che si avranno, scaduto il termine, per... *la stessa Corte*.

Quanto ai primi, ferma restando la perdurante sospensione del giudizio *a quo*, nessun obbligo giuridico può predicarsi, in punto di astratto diritto, per gli altri giudici né di investire la Corte di analoga questione né – checché se ne dica nella pronuncia in commento¹⁶ – di non applicare la legge, laddove ad es. reputino che si diano i margini per la sua interpretazione conforme. La circostanza, infatti, che non vi abbia fatto luogo il giudice costituzionale (e, prima ancora, il giudice *a quo*) non può, naturalmente, essere intesa come preclusiva per i restanti operatori di giustizia, specie ove si consideri il *trend* di recente affermatosi per ciò che attiene ai casi di legittima prospettazione del dubbio di costituzionalità una volta esperito il tentativo d'interpretazione adeguatrice. Diciamo pure che è inopportuno, se si vuole: *sommamente* inopportuno, che i giudici si astengano dall'investire la Corte della medesima questione in senso oggettivo, la qual cosa nondimeno non è loro vietata¹⁷.

Il vero è, però, che, a portare ai loro ultimi e conseguenti svolgimenti le premesse poste dalla decisione in esame, considerandosi inibita agli altri giudici l'applicazione della norma *de qua*, dovrebbe considerarsi *obbligatoria* (e non meramente *eventuale* o, diciamo pure, *auspicabile*) la remissione degli atti alla Consulta, ciò che però non può essere comunque imposto¹⁸. Il sistema di giustizia costituzionale in via incidentale, da noi come altrove adottato, contempla il caso di questioni inammissibili ovvero infondate, non già quello opposto di *questioni doverosamente prospettabili*. Nessuna garanzia, dunque, si ha che sia centrato l'obiettivo avuto di mira e più volte ribadito nella decisione in commento di evitare che un disposto legislativo produttivo di effetti incostituzionali trovi applicazione.

Così stando le cose, non vedo come possa risolutamente e fiduciosamente affermarsi¹⁹ essere “assolutamente da escludere che la disposizione possa avere applicazione in un qualsivoglia giudizio”. Il divieto di applicazione di una norma incostituzionale consegue infatti unicamente alla dichiarazione della sussistenza del vizio *con le forme per essa prescritte* e non può perciò farsi discendere da una decisione che è, e resta, per forma ed effetti, di rinvio della decisione. Si può andare di contrario avviso unicamente ad una condizione: che si metta per intero da canto la forma (con gli effetti suoi propri) per far posto alla sostanza dell'atto. In tal modo, però, verrebbe anticipata la produzione di quell'effetto di disapplicazione che naturalmente consegue (e, nel nostro ordinamento, può esclusivamente conseguire) all'annullamento senza *vacatio*; ciò che si porrebbe in frontale contraddizione col fatto stesso del rinvio.

2.3. ... e della stessa Corte

Quanto, poi, agli effetti a carico della stessa Corte, è chiaro che quest'ultima non potrà l'anno venturo tornare sui propri passi, convertendo il sostanziale accoglimento di oggi in un futuro rigetto. Anche chi ha difeso a spada tratta l'invenzione del nuovo strumento si è premurato di dichiarare che se il verdetto emesso dalla Consulta, una volta scaduto il termine fissato nell'atto di

¹⁶ Punto 11 del *cons. in dir.*

¹⁷ Inopportuno è, poi, parimenti – come da tempo rilevato da molti studiosi – che si abbia la sospensione impropria dei processi, dovuta alla pendenza della questione già sollevata da altri giudici, non accompagnata dal rinvio degli atti di causa alla Consulta.

¹⁸ “Negli altri giudizi – dice la Corte –, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte qua” (punto 11 del *cons. in dir.*).

¹⁹ Ancora M. BIGNAMI, cit., § 4.

rinvio, dovesse essere diverso dall'accoglimento, si "infliggerebbe al prestigio della Corte un colpo esiziale. Non si tratterebbe solo di condannare a morte il nuovo strumento decisorio, al quale ovviamente non sarebbe più possibile tornare. Verrebbe più in radice meno la fiducia nella coerenza intrinseca del sindacato di costituzionalità, esposto così ad una delegittimazione senza precedenti". Piana è, dunque, la conclusione: "Possiamo essere ragionevolmente certi che, nelle mani di un organo che ha dato prova nel corso degli anni di grande saggezza ed equilibrio, e che ha sempre gestito i rari *overruling* con accortezza, questo non accadrà"²⁰.

Parole sacrosante ma – ahimè – non tranquillizzanti: della coerenza, infatti, non sempre si ha nelle pronunzie della Consulta (e dei giudici in genere), viste tanto sincronicamente (*uti singulae*) quanto diacronicamente (nel loro succedersi in relazione alla medesima questione), sicuro riscontro. Come escludere, dunque, la eventualità che qui pure possa assistersi ad un siffatto accadimento? Cautela, dunque, impone di qualificare – come si avvertiva poc'anzi – le decisioni cui appartiene quella di oggi come pronunzie a *probabile* (non già a *certa*) incostituzionalità differita.

Accenno, poi, di sfuggita, riprendendo una indicazione già data nel mio [commento](#)²¹ al [comunicato](#), che neppure potrebbe la Corte rinnovare il termine concesso al legislatore con un nuovo atto di rinvio, seppur motivato in relazione ad un procedimento legislativo *in itinere*²²: il rischio è, infatti, che alla sfiducia nei riguardi della buona volontà del legislatore di far luogo all'attesa nuova regolazione della materia si sommi la sfiducia da parte della pubblica opinione nei riguardi della stessa Corte di tener fede agli impegni assunti, visto che si fanno inutilmente scadere i termini entro i quali vanno emessi i verdetti dapprima rinviati.

Il vero è che si dà una differenza di fondo tra il nuovo tipo di decisione e quello delle pronunzie, proprie di altri ordinamenti²³, connotate dall'essere sottoposte a *vacatio*: da queste ultime, infatti, una volta scaduto il termine dalle stesse stabilito, si produce automaticamente l'effetto ablativo rimasto sospeso; nel caso nostro, di contro, l'effetto si produrrà *se, quando e come* così sarà deciso da un nuovo e diverso atto conclusivo del giudizio. L'odierna pronunzia è, e resta – non si dimentichi –, pur sempre un'ordinanza di rinvio, non una sentenza di accoglimento; e di quella, non di questa, porta gli effetti.

Di qui, la domanda finale: conviene alla Corte correre il rischio di essere contraddetta da... *se stessa*? Supponiamo che, *medio termine*, si abbia l'avvicendamento (pur imprevisto) in seno al collegio di uno o più giudici. Chi mai potrà obbligarli a pensarla allo stesso modo di coloro che li hanno preceduti?

V'è di più. Quand'anche nel frattempo il legislatore dovesse attivarsi lungo il solco tracciato dalla Corte nella "ordinanza-sentenza" odierna, nulla esclude che la nuova disciplina possa essere caducata da un collegio diversamente orientato rispetto al passato²⁴.

Che ne sarà, allora, della certezza del diritto messa in ginocchio da una Corte che abbia rinnegato se stessa?

²⁰ M. BIGNAMI, cit., § 3.

²¹ Cfr., *supra*, alla nota 1.

²² *Contra* M. BIGNAMI, cit., § 5.

²³ L'accostamento con le pronunzie di *Unvereinbarkeit* è anche, ma con diverso orientamento, negli scritti di N. FIANO e mio, *supra* cit.

²⁴ È ovvio che, *rebus sic stantibus*, ci si attende che la Corte tenga ferma la parola data; e, dunque, che, per effetto della nuova disciplina dalla stessa sollecitata, si faccia luogo, a seconda dei casi, ora alla restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens* e ora al trasferimento della questione originariamente sollevata sulla disciplina stessa, laddove ritenuta non autenticamente "nuova".

Roberto Romboli
La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro.
Un convegno per ricordare Alessandro Pizzorusso

SOMMARIO: 1. Le finalità ed il tema del Convegno per ricordare Alessandro Pizzorusso. – 2. La necessità di ripensare la disciplina della giustizia costituzionale, gli strumenti e le regole processuali alla luce delle nuove sfide derivanti anche dalla tutela sopranazionale e dal dialogo tra le corti. – 3. L’“autonomia” della Corte costituzionale come fondamento di un potere normativo della stessa e la “legittimazione” della Corte nel sistema. Corte e legislatore; Corte e autorità giudiziaria. – 4. Le proposte per una manutenzione della disciplina della giustizia costituzionale: la composizione; l’organizzazione interna ed il *dissent*; la comunicazione all’esterno e verso le altre corti; il ricorso delle minoranze parlamentari; la Corte come giudice *a quo*; il giudizio in via principale; il contraddittorio nel giudizio per conflitto tra enti; la modulazione nel tempo delle decisioni di incostituzionalità; il superamento delle zone franche; le omissioni del legislatore.

1. Le finalità ed il tema del Convegno per ricordare Alessandro Pizzorusso.

Quando ci siamo rivolti al nostro Maestro in occasione di un compleanno poi del pensionamento e infine per ricordarlo ad un anno dalla sua scomparsa, abbiamo sempre cercato di ispirarci a quello che lui avrebbe pensato ed a ciò che più gli avrebbe fatto piacere.

Dovevamo per questo rifuggire dai luoghi comuni, da quelle formalità vuote che ha sempre rifiutato e seguito contro voglia quando non era possibile sottrarsi.

Così in occasione dei suoi sessanta anni pensammo a dedicargli un volumetto che raccoglie brevi riflessioni dei suoi allievi su un tema legato al Professore, sul quale avevamo ognuno di noi discusso con lui o il quale era stato da lui ispirato.

Ogni saggio era quindi introdotto con la specificazione di quel collegamento contenuto in una specie di lettera e per questo intitolammo il volume “*Caro Professore ...*”.

Più difficile fu celebrare il suo pensionamento, anche perché il Professore aveva sempre manifestato molto chiaramente la sua avversione ai classici scritti in onore, in cui, diceva, confluiscono i lavori più diversi, scritti in periodi differenti e inviati rispondendo all’invito rivolto genericamente a tutti gli studiosi della materia, anche a quanti forse neppure avevano mai avuto occasione di parlare con l’onorato.

Per questo decidemmo per un’iniziativa caratterizzata da una certa originalità, e della quale ancora oggi siamo orgogliosi, consistente in tre volumi, dei quali il primo contenente una ricostruzione ragionata dell’intera opera scientifica del Professore, il secondo con scritti degli allievi su una tematica che meglio di altre rispecchiava la personalità ed il modo di vivere del Maestro (“il rispetto delle regole”) ed il terzo - che ci avvicina molto a questa raccolta di scritti - che raccoglieva gli scritti degli allievi ed ex allievi del corso di dottorato in giustizia costituzionale.

Lo scorso anno abbiamo ricordato un anno dalla scomparsa del Professore e lo abbiamo fatto ripercorrendo i temi principali del suo impegno scientifico attraverso le relazioni di illustri colleghi che per anni lo avevano frequentato e che quindi meglio di ogni altro sarebbero stati nelle migliori condizioni per farlo.

Le diverse relazioni sono state raccolte in un volume, pubblicato lo scorso anno a cura dei suoi allievi, con il titolo “*Ricordando Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*”.

Unitamente al Convegno si è pure tenuta una tavola rotonda, ispirata dal particolare momento storico della giurisprudenza costituzionale, che ci era parso caratterizzato da una chiara oscillazione del “pendolo” verso l’anima politica della Corte rispetto a quella giurisdizionale.

La tavola rotonda si svolse sulla base di un dossier elaborato dagli allievi del corso di dottorato di giustizia costituzionale, nel quale venivano indicate le decisioni allo scopo più significative quale frutto di un certosino esame di tutte le decisioni dell’ultimo quadriennio (2013-2016).

Un metodo che ci è stato insegnato, insieme a tanto altro, dal Professore il quale ricordava sempre il periodo trascorso a scrivere “schede” per il codice di Carlo Lavagna, un lavoro dal quale poi trasse materiale per pubblicare il suo volume sulla restituzione degli atti al giudice *a quo*.

Il secondo anno dalla scomparsa del Professore abbiamo deciso di ricordarlo attraverso gli interventi e le riflessioni di coloro che negli anni hanno partecipato come dottorande/i al corso di Giustizia costituzionale e tutela dei diritti.

Il dottorato ha svolto il suo primo ciclo nel 1991-92 e da quella data sono stati molti i giovani che vi hanno partecipato.

La loro ricognizione, al fine di inviare l’invito a partecipare all’incontro, ha permesso di constatare con nostra grande soddisfazione il numero davvero incredibilmente alto di partecipanti al dottorato che oggi insegnano nelle nostre Università come professori di diritto costituzionale o di diritto comparato.

La scelta di questo anno è derivata principalmente dal ricordo della passione e dell’entusiasmo con cui il Professore prima formò poi fece crescere il suo dottorato. Una passione ed un entusiasmo che sono rimasti ben oltre il suo pensionamento, tanto che anche gli allievi più giovani hanno avuto la fortuna di poter usufruire dei suoi preziosi insegnamenti.

In questi ultimi anni tutti noi abbiamo sentito molto la sua mancanza nell’organizzare gli incontri mensili di dottorato e soprattutto ci sono mancati i suoi interventi e le sue ricostruzioni dei temi sempre a tutto tondo.

Il Professore, come dicevo, ha partecipato per molto tempo, e fintanto che le condizioni di salute glielo hanno permesso, alle attività ed alle iniziative del dottorato e potremmo dire che per fortuna ha evitato di assistere alla fase di “decadenza” della vita dei dottorati in Italia e, di conseguenza, anche del suo dottorato.

Le scelte a livello nazionale e poi anche a livello di ateneo, in presenza della situazione di diminuzione delle risorse, non hanno purtroppo premiato i dottorati di qualità, preferendo una politica mirante a non scontentare nessuno e quindi, anziché concentrare le risorse a vantaggio dei dottorati che meglio avevano assolto alle funzioni di formazione e di ricerca, si è preferito procedere all’accorpamento più o meno forzoso di corsi di dottorato ed alla progressiva diminuzione di borse e di posti assegnati. Così facendo è iniziata una trasformazione di quella che era una scuola di formazione nel riconoscimento di singole borse di studio triennali, legate a singole materie.

Il tema dell’incontro di questo convegno si lega strettamente a quello dell’anno precedente, nell’ambito del quale ci eravamo interrogati, come detto, in merito ai rischi dell’eccessiva oscillazione del pendolo verso il polo della politica e sulla futura collocazione della Corte costituzionale nel sistema.

In particolare ci eravamo chiesti quali fossero, se ci fossero, i confini oltre i quali la oscillazione non avrebbe dovuto andare ed avrebbe comunque dovuto fermarsi per non rischiare di snaturare il ruolo della Corte come giudice, incidendo ciò anche sulla sua legittimazione.

Diverse posizioni erano emerse in ordine alla importanza del rispetto da parte della Corte delle regole del processo costituzionale, specie a fronte di certe affermazioni del Giudice costituzionale secondo le quali si dichiarava esplicitamente di poter, in certi casi, operare indipendentemente da tali regole.

Da un lato infatti quanti avevano sostenuto che, di fronte al grande malato (parlamento e sistema rappresentativo) gli interventi della Corte sono interventi arbitrari che tendono ad attribuire alla legge il carattere di ragionevolezza-universalità che il parlamento non è riuscito ad imprimerle, per cui il controllo di costituzionalità deve essere inserito nel procedimento legislativo in un condizione di parità tra la Corte (ormai divenuta una terza camera) ed il legislatore, realizzando una sorta di controllo cooperativo.

Dall’altro coloro che avevano rilevato come il Giudice costituzionale ha il ruolo di garante dei valori costituzionali contro la maggioranza parlamentare di turno ed avevano ricostruito i rapporti nel senso di una cooperazione, ma non confusione di ruoli tra Corte e legislatore, ritenendo che la

situazione di una Corte che partecipa a livello paritario nel procedimento legislativo uno snaturamento del nostro modello di giustizia costituzionale.

In alcuni interventi era stata prospettata anche la opportunità di procedere ad alcune innovazioni della disciplina che regola il processo costituzionale. Qui sta l'anello di congiunzione con l'incontro i cui interventi sono raccolti in questo volume.

Ai partecipanti all'incontro infatti è stata richiesto di riflettere sulla possibile connessione tra la rilevata oscillazione del pendolo della Corte verso l'anima politica, specie dimostrata dal piegamento delle regole processuali alla risoluzione di problemi di natura sostanziale, e la mancanza di strumenti necessari ad affrontare le sfide che alla Corte si sono posti e si pongono negli anni duemila.

In altri termini se la disciplina relativa a momenti essenziali dell'attività del Giudice costituzionale (composizione, vie di accesso, tipologia delle decisioni ecc.) sia oggi ancora adeguata alle questioni che le vengono poste dalla società ed ai compiti che la Corte deve affrontare, quale organo custode della Costituzione e di chiusura del sistema.

2. La necessità di ripensare la disciplina della giustizia costituzionale, gli strumenti e le regole processuali alla luce delle nuove sfide derivanti anche dalla tutela sopranazionale e dal dialogo tra le corti.

Pare indubbio come nel momento che i costituenti scelsero il modello di giustizia costituzionale da adottare, quale logica conseguenza della natura rigida della Costituzione, la situazione appariva o veniva presupposta come assai diversa da quella che poi, progressivamente, è andata realizzandosi.

Possiamo certamente affermare che le scelte dei costituenti e poi dei legislatori costituzionale e ordinario in attuazione delle medesime, avvenne come è stato scritto ad altro proposito "sotto il velo dell'ignoranza".

In alcuni casi le scelte paiono essere state quasi casuali anche su aspetti essenziali per la futura attività del Giudice costituzionale. Si pensi per tutti alla individuazione delle vie di accesso, per le quali la nostra Costituzione rappresenta una vera eccezione, dal momento che rinvia ad una legge successiva la determinazione di quali saranno i soggetti legittimati a portare una legge al giudizio della Corte.

Le conclusioni cui era giunta l'Assemblea costituente al momento dell'approvazione dell'emendamento Arata, che rinviava la scelta a dopo l'entrata in vigore della Costituzione, vengono in sostanza disattese e modificate, riducendo le vie di accesso individuate (giudizio incidentale, azione popolare, ricorso individuale) alla sola via incidentale.

Se aggiungiamo che le regioni ordinarie entreranno in funzione solamente negli anni settanta, che pure nel 1970 sarà attuato il referendum abrogativo e che ancora a quegli anni (1975) risale la prima decisione della Corte risolutiva nel merito di un conflitto di attribuzione, ne deriva che quando la Corte costituzionale nel 1956 inizia a funzionare, essa è chiamata ad esercitare il suo ruolo sulla base di una sola via di accesso: quella del giudizio incidentale.

Nella indicazione delle vie di accesso, alcune di queste appaiono più idonee a far prevalere l'aspetto oggettivo (eliminazione di leggi incostituzionali) e l'anima politica del Giudice costituzionale, altre quello soggettivo (tutela dei diritti fondamentali) e quindi l'anima giurisdizionale.

Nessun dubbio che la via incidentale vada ricompresa tra le seconde.

Il dibattito parlamentare in ordine alla approvazione di quelle che poi saranno la l. cost. 1/1953 e la l. 87/1953 mostra all'evidenza come una buona parte di parlamentari pensasse ad una giustizia costituzionale assai diversa da quella che poi si è venuta realmente a realizzare.

Posso limitarmi a ricordare, solo a titolo di esempio, l'affermazione secondo cui in caso di dichiarazione di incostituzionalità di una legge, il parlamento avrebbe dovuto sciogliersi per andare a nuove elezioni oppure quella secondo cui, in presenza di una questione di costituzionalità sollevata

davanti alla Corte, il parlamento avrebbe dovuto, in ogni caso, decidere se modificare la legge oppure procedere alla revisione costituzionale.

La Corte costituzionale, organo del tutto nuovo, ha dovuto trovare la sua collocazione accanto ai tradizionali poteri legislativo e giudiziario e sono noti i momenti anche di frizione sia con l'uno (ad esempio le sentenze manipolative, il rispetto della discrezionalità del legislatore), sia con l'altro (ad esempio la c.d. guerra tra le due corti).

Questo perché il sistema realizzato, come più volte anche autorevolmente sostenuto, è un sistema "ibrido", prima di tutto per il fatto di prevedere un controllo su un atto legislativo ma con metodo chiaramente di tipo giurisdizionale e poi anche perché quando certe scelte furono fatte (specie, ma non solo, relativamente alla efficacia delle sentenze di accoglimento) i costituenti stavano discutendo un progetto che riconosceva un rilievo del tutto integrativo ed ancillare del giudizio incidentale rispetto ad un ampio e diversificato accesso diretto.

Significative le affermazioni di Costantino Mortati il quale, dopo l'approvazione della l. cost. 1/1948 che fissò le vie di accesso, dichiarò il suo imbarazzo, sostenendo che questo derivava "dall'aver commisto insieme due diversi sistemi. L'aver limitato l'azione di costituzionalità al singolo, leso dalla legge in un suo particolare diritto o interesse legittimo, condurrebbe a limitare l'effetto della decisione al caso deciso (...) invece la Costituzione (...) ha stabilito che l'efficacia della decisione di incostituzionalità valga *erga omnes* e produca l'effetto dell'annullamento della legge. Questa la ragione dell'imbarazzo nel quale ci troviamo".

Per questo le scelte circa le vie di accesso e la predisposizione delle regole processuali e degli strumenti a disposizione del Giudice costituzionale possono rischiare oggi di risultare ormai datati e non più in grado di consentire alla Corte di svolgere adeguatamente il proprio ruolo.

La Corte costituzionale ha provveduto negli anni a dotarsi di uno strumentario, specie con riguardo ai tipi di decisioni utilizzabili, tali da meglio rispondere alle esigenze del giudizio costituzionale. Si pensi al provvedimento di restituzione degli atti al giudice *a quo*, non previsto da alcuna disposizione ma totalmente di creazione giurisprudenziale, alle sentenze manipolative e poi, per far fronte ai problemi da queste suscitati, alle additive di principio.

Questo potrebbe essere esteso a molti altri aspetti del processo costituzionale, dalla nozione di "giudice" e di "giudizio", a quella di "atto avente forza di legge", alla definizione del contraddittorio e delle nozioni di "parte", di "intervento" ecc.

Nonostante la indubbia, certamente opportuna e quasi ineliminabile, "creatività" della giurisprudenza costituzionale – cui è da aggiungere il ruolo assunto dalla Corte come legislatore attraverso l'approvazione delle norme integrative per il processo costituzionale – vi sono limiti non superabili per i quali sembrerebbe necessario un intervento del legislatore.

L'intervento anche in questi casi "creativo" della giurisprudenza costituzionale espone la Corte alla critica di muoversi più come un legislatore che come un giudice, specie quando le sue scelte appaiono più o meno chiaramente in contrasto con le previsioni specifiche derivanti dalle leggi, quando non addirittura dalla Costituzione.

Un aspetto che negli ultimi anni è sembrato strettamente connesso alla oscillazione del pendolo verso l'anima politica, con pericolosi riflessi, come dicevo, sulla legittimazione della Corte costituzionale, pare ravvisabile nella recente tendenza all'accentramento o al "riaccentramento" di funzioni rispetto alla precedente fase caratterizzata invece da un incentivo alla "diffusione" del controllo di costituzionalità a favore dei giudici comuni (con conseguente, ovvia, valorizzazione della natura giurisdizionale del controllo).

Il riferimento più diretto va alla tecnica della interpretazione conforme, che trova la più emblematica affermazione nella [sentenza del 1996](#) (le leggi si dichiarano incostituzionali solo quando è impossibile darne una interpretazione costituzionalmente conforme), derivandone poi che la possibilità di una interpretazione conforme (ad esempio seguita da altri giudici) rendeva inammissibile la questione di costituzionalità.

La [Corte](#), di recente, ha parzialmente ridimensionato tale affermazione, sostenendo che la valutazione circa la sostenibilità di una determinata lettura della disposizione di legge alla luce della

Costituzione è aspetto che si riconnette al merito (quindi alla competenza della Corte) ed non alla ammissibilità della questione.

Sempre nella medesima ottica potrebbe ascriversi quella recente giurisprudenza che parrebbe diversificare i limiti alla attività interpretativa dell'atto normativo a seconda che si faccia riferimento al giudice comune oppure alla Corte costituzionale.

Riguardo al primo infatti la [Corte](#) ha ritenuto che l'obbligo di addivenire ad un'interpretazione conforme alla Costituzione cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione, in quanto l'interpretazione secondo Costituzione è doverosa ed ha un'indubbia priorità su ogni altra, ma appartiene pur sempre alla famiglia delle tecniche esegetiche, poste a disposizione del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale, che hanno carattere dichiarativo. Ove, perciò, sulla base di tali tecniche, non sia possibile trarre dalla disposizione alcuna norma conforme alla Costituzione, il giudice è tenuto ad investire la Corte della relativa questione di legittimità costituzionale

Quando invece la stessa attività viene svolta dalla Corte, essa rileva come l'interpretazione letterale è solo il primo momento dell'attività interpretativa, che si completa con la ricerca e la verifica delle ragioni e dello scopo per cui la disposizione è stata posta e come quando il risultato che il rimettente chiede di raggiungere attraverso una sentenza di accoglimento, è già consentito dalla disposizione censurata, se interpretata attraverso il ricorso alla *ratio legis*, la questione deve essere dichiarata infondata.

Un elemento che certamente è andato ad incidere sulla attività della Corte costituzionale e che pure ha dimostrato la necessità di dotarsi di nuovi strumenti o in certi casi di fare uso di altri fin ad un certo momento non utilizzati, è rappresentato dalla tutela sovranazionale dei diritti e dai rapporti che sono andati a farsi sempre più stretti con la Corte europea dei diritti dell'uomo e con la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Sotto il primo versante la natura "sussidiaria" del ricorso diretto alla Corte Edu ha finora escluso, come noto, il giudizio davanti alla Corte costituzionale fra quelli necessari prima di poter ricorrere a Strasburgo.

La "sdoganatura" della Cedu come parametro invocabile nel giudizio costituzionale sulle leggi, avvenuto nel 2007 con le "sentenze gemelle" [348](#) e [349](#), ha ampliato certamente la possibilità di tutela per i diritti fondamentali, ma ha determinato altresì un rapporto più diretto tra le due Corti ed il sorgere di possibili contrasti, puntualmente verificatisi (ricordo i casi del trattamento economico del personale Ata, delle pensioni svizzere e della confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva) e fatto sorgere problemi che spesso hanno mostrato la insufficienza degli strumenti e delle tecniche finora utilizzati dalla Corte costituzionale (si vedano i puntuali rilievi contenuti nello scritto di *E. Malfatti*** in ordine al seguito delle sentenze di condanna della Corte Edu).

L'aumento di politicità della nostra Corte potrebbe in qualche misura indurre gli interessati ad andare a cercare altrove "un giudice", incentivando i ricorsi alla Corte europea.

Forse anche per questo la recente, progressiva, riduzione del significato e del valore riconosciuto alla giurisprudenza della Corte Edu nella interpretazione della Cedu come "diritto vivente", come tale vincolante per il giudice nazionale, attraverso il criterio della tutela più intensa, del carattere sistemico e non frazionato della stessa, del rispetto della sostanza e del margine di apprezzamento ed infine del carattere necessariamente consolidato della giurisprudenza della Corte Edu.

Sotto il secondo versante la Corte costituzionale, come noto, ha per molto tempo preferito dialogare con la Corte di Lussemburgo "per interposta persona", ossia attraverso i giudici comuni, chiedendo loro di rivolgersi comunque prima alla Corte di giustizia nelle ipotesi di c.d. doppia pregiudizialità e rifiutando esplicitamente di poter utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale.

** I rinvii agli Autori sono ai rispettivi contributi in corso di pubblicazione in "La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro. Un convegno per ricordare Alessandro Pizzorusso" (Atti del Convegno pisano del 15 dicembre 2017), a cura P. Carrozza, Virginia Messerini, Roberto Romboli, Emanuele Rossi, Angioletta Sperti e Rolando Tarchi, per i tipi della Pisa University Press.

Anche in questo ambito abbiamo assistito ad un progressivo “riaccentramento”, attraverso l’utilizzo del rinvio pregiudiziale dapprima nell’ambito del giudizio in via principale, poi anche in quello in via incidentale.

Più di recente ([sent. 269/2017](#)) la Corte ha introdotto una deroga alla regola della priorità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, per l’ipotesi in cui venga denunciata la violazione anche di disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in quanto avente natura costituzionale. In questi casi quindi il giudice è invitato a rivolgersi alla Corte costituzionale, attraverso una questione di costituzionalità per violazione dell’art. 117, comma 1, Cost. con applicazione della tecnica della norma interposta.

Il giudice che ha sollevato la questione di costituzionalità non potrebbe, ad avviso della Corte, successivamente disapplicare, con riguardo agli “stessi motivi” esaminati dalla stessa, la norma nazionale anche quando la ritenesse in contrasto con il diritto dell’Unione europea.

Se è vero che la decisione, in caso di doppia pregiudizialità, di doversi rivolgere prima alla Corte di giustizia pare avere fondamento solo giurisprudenziale – come dimostra la diversa soluzione seguita in Francia - la posizione adesso assunta dalla Corte costituzionale pare non essere supportata da adeguati strumenti attraverso i quali possano essere garantiti sia la priorità costituzionale, sia il divieto di disapplicazione appena ricordati.

Per chiudere sul punto anche la conclusione della nota [vicenda Taricco](#) che ha visto palesarsi come probabile il ricorso ai mitici controlimiti, appare una dimostrazione della suddetta volontà di “riaccentramento”.

La [Corte di giustizia](#), venendo incontro alle richieste dalla nostra Corte costituzionale, ha concluso che i giudici nazionali non sono tenuti alla disapplicazione, qualora la stessa comporti la violazione di un principio fondamentale dello stato costituzionale (nella specie del principio di legalità dei reati e delle pene a causa della insufficiente determinatezza della legge applicabile). Secondo la Corte di Lussemburgo spetta al giudice nazionale verificare se il regime della prescrizione determini una situazione di incertezza che contrasterebbe con il principio di determinatezza della legge applicabile.

In ragione di ciò l’Avvocatura dello Stato aveva chiesto alla Corte costituzionale di procedere ad una restituzione degli atti al giudice *a quo*, perché appunto provvedesse agli accertamenti richiesti dalla Corte di giustizia.

La [Corte costituzionale](#) ha invece sostenuto in maniera perentoria che “l’autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona. A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto”.

3. L’ “autonomia” della Corte costituzionale come fondamento di un potere normativo della stessa e la “legittimazione” della Corte nel sistema. Corte e legislatore; Corte e autorità giudiziaria.

Sulla base di questi presupposti abbiamo quindi invitato gli *ex* dottorandi del Corso di giustizia costituzionale a riflettere in ordine alle proposte di aggiornamento e di manutenzione della disciplina relativa alla giustizia costituzionale, in ragione dei nuovi compiti e del diverso ruolo che con il passare degli anni e in considerazione dell’evolversi delle relazioni a livello nazionale e sovranazionale, le sono stati assegnati.

Non abbiamo al proposito posto limiti, lasciando assoluta libertà di indicare l’ambito o l’aspetto della giustizia costituzionale da segnalare, così che ne è risultato un’ampia proposizione di soluzioni che hanno riguardato momenti diversi dell’attività della Corte costituzionale.

Alcuni partecipanti hanno scelto di intervenire sulla tematica più generale sulla quale poi eventualmente inserire le ipotesi di riforma più specifiche e lo hanno fatto incentrando il loro interesse sull’aspetto relativo alla “autonomia” di cui gode indiscutibilmente la Corte costituzionale, ma che

deve giustamente conciliarsi con la “legittimazione” di cui la stessa deve godere nel sistema costituzionale.

Sul primo aspetto, forse trascurando troppo gli effetti che potrebbero derivare sul secondo, *G. Conti* ritiene che la Corte costituzionale sia il più capace interprete del proprio ruolo, anche quando si tratta di adeguare le proprie funzioni ai bisogni della giustizia costituzionale che la legge ordinaria del 1953 non consente di soddisfare.

La necessità di rimodellare il sistema processuale ai bisogni espressi dalla evoluzione del sistema non richiederebbe una manutenzione ad opera del legislatore ordinario, né costituzionale, ma questa sarebbe un compito spettante all'autonomia costituzionale della Corte, che in più occasioni ha dato prova di poter adeguare le regole processuali alle nuove esigenze.

Riferendosi alle note decisioni del [2014](#) e del [2017](#) con cui la Corte ha affrontato la legittimità costituzionalità delle leggi elettorali c.d. *porcellum* ed *italicum*) ed a [quella del 2015](#) con cui è stata dichiarata la incostituzionalità della *Robin Tax* e sono stati dilazionati nel tempo gli effetti della pronuncia, *Conti* osserva, a mio giudizio assai discutibilmente, come la disapplicazione delle regole del canone incidentale “somiglia a una dichiarazione di incostituzionalità implicita della l. 87/1953, nella parte in cui consente dei vuoti di tutela per dei bisogni di giustizia costituzionale avvertiti come particolarmente vivi dal custode della Costituzione”.

Ritengo in proposito che la Corte costituzionale abbia il compito di dichiarare la incostituzionalità delle leggi in maniera esplicita e non quello di farlo in modo implicito, procedendo ad una disapplicazione delle stesse, secondo il modello diffuso che proprio l'esistenza della Corte appare smentire. Una disapplicazione delle leggi non appare infatti consentita alla Corte neppure quando la sua attività sia mossa dai migliori propositi, quale è certamente quello di non consentire vuoti di tutela, alla cui eliminazione occorre procedere con altri strumenti e altre vie riconosciute dall'ordinamento. Né la debolezza dell'attuale sistema politico può, a mio avviso, giustificare una violazione delle regole neppure, e mi verrebbe da dire soprattutto, da parte di chi delle regole dovrebbe essere il custode.

Sempre in nome della autonomia della Corte costituzionale *N. Pignatelli*, dopo aver affermato come il rinvio al regolamento del Consiglio di Stato (ora codice del processo amministrativo) da parte della l. 87/1953 sia ormai caduto in desuetudine, sottolinea la necessità di procedere alla approvazione di un codice del processo costituzionale, contenente una disciplina autonoma, sistematica e completa del processo costituzionale, dal momento che non esiste un processo senza codice.

Tale codice dovrebbe essere redatto dalla stessa Corte, in quanto autonomia significherebbe legittimazione all'autoproduzione di regole processuali.

In proposito potremmo però anche aggiungere che non esiste un giudice che detta le regole del suo processo e che le eccezioni dovrebbero essere assolutamente limitate, come ad esempio la possibilità di approvare norme integrative, di natura sussidiaria e residuale, mentre mi parrebbe da escludere che un codice del processo costituzionale possa essere approvato dal Giudice costituzionale, anziché dal legislatore, come infatti avviene in tutti i paesi in cui un simile codice esiste.

Più propriamente dedicato all'aspetto della “legittimazione” è invece l'attento scritto di *G. Sorrenti*, la quale contrappone il radicalismo democratico alla democrazia costituzionale al fine di indicare l'esatta collocazione degli organi e dei meccanismi di garanzia nel sistema costituzionale, ritenendo giustamente una distorsione la lettura del dominio del popolo in contrapposizione con la salvaguardia dei diritti fondamentali.

Richiamandosi a quella che Pizzorusso chiamava la componente culturale, *G. Sorrenti* rileva come la deriva populistica corrode la logica di equilibrio che pervade la democrazia costituzionale, in quanto in nome del rapporto privilegiato con il capo salta ogni limite interno al sistema e non necessita alcuna giustificazione esterna al potere, mentre la collocazione di organi e meccanismi di garanzia in posizione eccentrica rispetto all'asse principale dell'indirizzo politico, riconducibile all'art. 1 Cost., è funzionale al riequilibrio del monismo parlamentare.

Sempre in tema di “legittimazione” della Corte costituzionale *P. Carrozza*, nelle sue conclusioni al convegno, sottolinea la importanza del richiamo ai propri precedenti per fondare la autorevolezza

e la legittimazione della Corte. Non è sufficiente, secondo *P. Carrozza* una indicazione numerica delle precedenti decisioni alle quali ispirarsi per motivare le proprie pronunce, ma deve esserne indicata la specificità, con riferimento a casi concreti. Per questo suggerisce di affinare le tecniche di citazione dei precedenti per ottenere l'effetto di dare autorevolezza al Giudice costituzionale. *P. Carrozza* conclude quindi che le sentenze sono scritte per essere discusse, oltre che applicate, ma l'organo che le ha emesse dovrebbe essere così autorevole da non dover essere esso stesso messo in discussione.

Interessante, e sotto certi aspetti particolare, l'intervento di *C. Tomba*, la quale pone in risalto come può accadere che la Corte "predichi bene, ma razzoli male" e poi debba precipitosamente porvi riparo. *C. Tomba* ricorda il caso del regolamento in materia di impiego del personale della Corte costituzionale, il quale paradossalmente si poneva in contrasto con quanto affermato dalla stessa Corte ([sent. 262/2017](#)), stavolta come giudice, a proposito della autodichia di (altri) organi costituzionali. In ragione di ciò ha poi provveduto ad adeguare il "proprio" regolamento ai principi espressi nella "propria" sentenza, approvando [il nuovo regolamento in data 24 gennaio 2018](#).

I rapporti tra la Corte costituzionale ed il legislatore sono esaminati da *A. Pertici* dall'angolo visuale del problema del costo delle decisioni di incostituzionalità, già posto negli anni Novanta del secolo scorso, ma adesso divenuto di nuovo di attualità sia per la situazione di crisi economica che stiamo attraversando, sia a seguito della revisione costituzionale dell'art. 81 Cost.

Quella delle conseguenze economiche delle sentenze è, come noto, una delle ragioni che hanno indotto la Corte a forzare il significato delle norme processuali e di quelle sugli effetti delle pronunce in particolare, tema affrontato, come vedremo, anche in altri interventi.

F. Dal Canto interviene invece su un tema che ha visto la [Corte costituzionale](#) porsi quasi come arbitro in uno scontro definito "culturale, istituzionale e processuale", che ha visto contrapporsi la Corte di cassazione ed il Consiglio di Stato, in ordine alla interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., secondo il quale è possibile ricorrere in cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti "per i soli motivi inerenti alla giurisdizione". Ciò specialmente a fronte di una lettura piuttosto ampia fatta dalla cassazione, la quale aveva accolto la concezione di una "giurisdizione dinamica", poco apprezzata dalle più alte giurisdizioni amministrative.

4. Le proposte per una manutenzione della disciplina della giustizia costituzionale: la composizione; l'organizzazione interna ed il dissent; la comunicazione all'esterno e verso le altre corti; il ricorso delle minoranze parlamentari; la Corte come giudice a quo; il giudizio in via principale; il contraddittorio nel giudizio per conflitto tra enti; la modulazione nel tempo delle decisioni di incostituzionalità; il superamento delle zone franche; le omissioni del legislatore.

Diversi, come dicevo, sono stati gli aspetti ritenuti meritevoli di ripensamento.

Con riguardo al tema della composizione della Corte, segnalato nella sua introduzione da *V. Messerini*, partendo dal presupposto che per i giudici costituzionali il concetto di rappresentanza si allontana dalle logiche tipiche della rappresentanza politica o per interessi, analizza, commentandoli, i diversi tentativi che si sono succeduti di riforma della composizione della Corte.

Riferendosi alla recente elezione come Presidente della repubblica di un giudice costituzionale, *G. Salvadori* ritiene che questa possa essere considerata come una apertura ad una maggiore politicizzazione di un ruolo sospeso tra tecnica e politica.

Con riguardo alla organizzazione interna della Corte costituzionale, è stato affrontato, sempre da *G. Salvadori*, il tema della assegnazione delle cause da parte del presidente della Corte e della influenza che questa può avere sull'esito del giudizio, nonché quello, assai ricorrente allorché si discute di riformare la disciplina del giudizio costituzionale, della introduzione della opinione dissenziente.

Il tema del *dissent* è svolto in dialogo alla posizione espressa in proposito dal Professore da *G. Famiglietti* ed in maniera più generale nell'intervento di *S. Panizza*, il quale, dopo aver sottolineato

gli aspetti positivi e quelli negativi legati all'eventuale introduzione dell'istituto, esamina quella che lui chiama "la via italiana al dissenso", vale a dire la prassi secondo cui, allorché il giudice relatore sia finito in minoranza e si rifiuti per questo di stendere la motivazione, viene sostituito con altro giudice nella funzione di estensore.

La cosa, come sottolinea *S. Panizza*, fino ad un certo momento destinata a rimanere tra i segreti della camera di consiglio, è venuta alla luce e poi evidenziata dagli stessi presidenti della Corte in occasione della loro conferenza annuale sulla giustizia costituzionale, a seguito della modifica delle norme integrative, secondo cui la decisione viene firmata da parte del solo giudice estensore (e del presidente).

Mi pare da condividere la conclusione secondo cui la via italiana al dissenso pare costituire una prassi di significato e di impatto assai modesto.

Come posto in rilievo da *A. Sperti*, nella sua introduzione alla relativa sessione, un tema sul quale sono intervenuti alcuni dei partecipanti è stato quello della comunicazione, sottolineando, sotto differenti aspetti, l'importanza della stessa e indicando gli strumenti più appropriati per la realizzazione delle finalità che la Corte si propone.

G. D'Amico parla in proposito di "voci di dentro", sottolineando in particolare l'importanza che ha ormai assunto la creazione del sito internet della Corte ed analizzando il ruolo attribuito ai comunicati stampa.

Sullo stesso tema *D. Chinni* collega la volontà e la necessità di parlare all'opinione pubblica all'anima politica della Corte costituzionale, rilevando come invece quella giurisdizionale parla solo attraverso le sentenze. *D. Chinni* conclude che è necessario trovare un equilibrio tra l'anima giurisdizionale e quella politica ossia tra processo costituzionale e comunicazione, anche se ritiene che l'apertura della Corte verso l'esterno rappresenta un percorso dal quale non è più possibile tornare indietro.

Quasi a dimostrare che l'esigenza di comunicazione vale anche per l'anima giurisdizionale, seppure sotto un diverso punto di vista, l'intervento di *P. Passaglia* esamina il tema della comunicazione e pubblicizzazione delle proprie decisioni a vantaggio soprattutto delle altre Corti costituzionali, indicando in proposito l'utilità degli incontri tra le Corti di differenti paesi e ponendo soprattutto in rilievo i problemi connessi alla lingua e la necessità, per la nostra Corte, di una traduzione in inglese delle proprie decisioni.

Come già sottolineato, assume un ruolo essenziale per il ruolo della Corte costituzionale e l'efficacia dei suoi interventi, la determinazione delle vie di accesso e dei soggetti legittimati.

L'intervento di *C. Napoli* ricostruisce in maniera attenta e puntuale le discussioni che si sono avute ed i progetti presentati in ordine alla introduzione nel nostro ordinamento di un ricorso diretto delle minoranze parlamentari, osservando come la sua presenza avrebbe probabilmente evitato in alcuni casi (come in quello del controllo delle leggi elettorali) la forzatura delle regole processuali ad opera della Corte costituzionale. *C. Napoli* si dichiara favorevole alla introduzione dell'istituto, specificando altresì quali caratteri, a suo giudizio, il ricorso dovrebbe avere: natura successiva, legittimazione di un quinto dei componenti di ciascuna camera, possibilità di impugnare anche i regolamenti parlamentari, esclusione di qualsiasi termine per la risposta da parte della Corte costituzionale e di qualunque effetto preclusivo alla impugnazione successiva della medesima legge attraverso la via incidentale.

Un giudizio contrario invece a ricorsi diretti da parte di soggetti pubblici e delle minoranze parlamentari, per i rischi di eccessiva politicizzazione che ne potrebbero derivare e per le particolarità dell'attuale momento politico, ha invece espresso nel suo intervento introduttivo della sessione *R. Tarchi*, il quale si è invece espresso positivamente circa la introduzione di un ricorso individuale diretto a tutela dei diritti fondamentali.

Individua in certo senso una nuova via di accesso alla Corte costituzionale anche *F. Marone*, il quale prende in esame la nozione di "giudice" per avanzare un'ipotesi di notevole ampliamento della nozione sostanziale di giudice con riguardo alla stessa Corte come giudice *a quo*. *F. Marone* infatti propone una riforma normativa del potere di autorimessione la quale attribuisca espressamente alla

Corte il potere di sollevare davanti a se medesima una questione di costituzionalità allo scopo di coprire eventuali zone franche del controllo di costituzionalità, seppure al di fuori dello stretto rigore processuale.

Una rivisitazione della via di accesso diretta da parte dello stato e delle regioni con il giudizio in via principale è svolta da *G. Battaglia*, la quale indica alcune possibili riforme. In particolare quelle di una rivitalizzazione del ruolo degli organi di garanzia statutaria; di promuovere una sede di raccordo e di composizione preventiva rispetto al conflitto davanti alla Corte costituzionale; di superare la rigida chiusura del contraddittorio, con apertura alla possibile presenza di altre regioni, degli enti locali e, in certi limiti, anche di privati o di associazioni; di superare la asimmetria tra stato e regioni in ordine ai vizi denunciabili.

Pure l'intervento di *P. Bianchi* ha ad oggetto il tema del contraddittorio, ma con riguardo al conflitto di attribuzione tra lo stato e le regioni, ponendo correttamente in rilievo le particolarità, anche successivamente alla modifica delle norme integrative, della rappresentanza nel giudizio costituzionale delle autorità amministrative indipendenti non riconducibili al potere esecutivo, della magistratura, dei comuni e delle province, di regioni diverse dalla ricorrente o dalla resistente e pure di soggetti privati.

Un tema assai delicato, il quale ha dato luogo a molte discussioni, come sottolinea *E. Rossi* nella sua introduzione, è quello della determinazione degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. In proposito non manca affatto una disciplina, ma si sono date ipotesi in cui la Corte ha ritenuto che la puntuale applicazione della stessa avrebbe potuto produrre effetti negativi su valori o diritti costituzionalmente rilevanti. Da qui la scelta di dilazionare gli effetti attraverso la creazione della tipologia delle sentenze di incostituzionalità sopravvenuta oppure, come nel [caso recente](#) della *Robin Tax*, la chiara disapplicazione della disciplina processuale.

In proposito, anche in ragione della crisi attraversata attualmente dalla rappresentanza politica, *A. Randazzo* ha giustificato l'attivismo politico della Corte, avanzando comunque alcune proposte tendenti a limitare l'assoluta libertà della stessa nella modulazione degli effetti, ad esempio escludendo che il giudice *a quo* sia tenuto ad applicare la norma dichiarata incostituzionale o prevedendo un parere dell'ufficio parlamentare di bilancio in merito alle conseguenze finanziarie delle decisioni.

Sul tema è intervenuto pure *C. Panzera*, il quale ha proposto una revisione costituzionale dell'art. 136 della Costituzione, con la espressa attribuzione alla Corte costituzionale – al pari di quanto previsto dalla Costituzione francese per il *Conseil constitutionnel* – del potere di ritardare gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, stabilendo però l'assegnazione al legislatore di un termine per intervenire e che il giudizio *a quo* rimanga sospeso fino alla scadenza del termine, con la possibilità di riconoscere alle parti del giudizio *a quo* una tutela indennitaria.

Un tema affrontato in vari interventi e che ha costituito spesso uno degli scopi delle modifiche proposte, è stato quello della necessità di superare le c.d. zone franche in ragione della preminente esigenza di tutelare i diritti fondamentali.

Prendendo spunto dalle note decisioni aventi ad oggetto la costituzionalità delle leggi elettorali e della lettura “generosa” fornita dalla Corte delle regole processuali, *E. Bindi* rileva come rendere cedevoli le norme processuali conduce in fondo a minare l'effettività del diritto sostanziale, proponendo quale soluzione quella di introdurre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie concernenti gli atti del procedimento elettorale.

Sempre con riferimento alle forzature sulle disposizioni processuali operata dalla Corte nel controllo sulle leggi elettorali, *P. Zicchittu* rileva nel suo intervento che, seppur operando più come legislatore che come giudice, la Corte costituzionale ha così riconosciuto la preminenza assiologica alla tutela delle libertà individuali rispetto al rispetto del principio della separazione dei poteri, intervenendo anche in ipotesi di leggi altamente politiche pur di assicurare la tutela dei diritti fondamentali. *P. Zicchittu* vede in questo modo di operare della Corte un grimaldello che potrebbe scardinare quei presidi di autonomia che da sempre proteggono l'indipendenza guarentigata delle camere.

Sulla stessa lunghezza d'onda è l'intervento di *A. Lo Calzo* il quale si interroga circa la idoneità dello strumento del conflitto tra poteri a garantire i diritti fondamentali eventuali lesi dai regolamenti parlamentari. *A. Lo Calzo* pone allo scopo a raffronto la posizione che l'interessato assume nell'ambito di un giudizio in via incidentale ed i poteri da esso esercitabili rispetto a quella riconosciutagli nel giudizio sul conflitto tra poteri, concludendo nel senso che un controllo "pieno" dei regolamenti parlamentari potrebbe aversi solo attraverso il giudizio in via incidentale e che il conflitto tra poteri appare come una mera soluzione di ripiego.

Una particolare zona franca dal controllo della Corte costituzionale è rappresentata dalle omissioni del legislatore, difficilmente aggredibili con efficacia dal Giudice costituzionale.

E' noto come in questi casi la Corte costituzionale è solita procedere attraverso una decisione di infondatezza (meno spesso di inammissibilità) accompagnata da un monito, più o meno pressante, rivolto al legislatore affinché intervenga ad eliminare una situazione di incostituzionalità determinata dalla sua inerzia. Altri ordinamenti conoscono strumenti specifici come la dichiarazione di mera incompatibilità oppure la illegittimità senza nullità.

In proposito è intervenuto *C. Panzera*, il quale ha rilevato come anche lo strumento delle additive di principio, allorché sono rivolte solamente al legislatore (e ricorda la [questione](#) di costituzionalità del c.d. divorzio imposto) rischia di avere un effetto paragonabile a quello di un monito. *C. Panzera* propone una riforma – realizzata con la modifica dell'art. 30 l. 87/1953 - attraverso la quale la Corte venga abilitata ad introdurre, insieme al principio, anche una regola in via transitoria ed a carattere cedevole fino al sollecitato intervento del legislatore.

Nel concludere questa presentazione degli atti relativi al convegno organizzato per ricordare il nostro Maestro a due anni dalla sua scomparsa e dedicata ad una riflessione sulla idoneità degli strumenti attualmente in dotazione della Corte costituzionale ad affrontare le sfide del futuro, potremmo porci una alternativa: tornare a Mortati oppure tornare a Calamandrei.

Il primo, come noto, era favorevole a riconoscere una serie nutrita di possibili ricorsi diretti, individuali o popolari e da parte di soggetti pubblici, mentre il secondo proponeva, accanto ad un giudizio in via diretta, entro tre anni dalla entrata in vigore della legge, da soggetti pubblici, un controllo in via incidentale davanti al giudice, il quale poteva deciderla lui stesso in via diffusa oppure rimetterla alla Corte, la quale comunque decideva comunque con effetto *inter partes*.

Un sistema, quello indicato da Calamandrei, per molti versi accostabile al modello duale presente e funzionante ad esempio in Portogallo, in Perù o in Brasile, dove convivono un sistema accentrato ed uno diffuso, con differenti sistemi di collegamento.

L'ipotesi di un passaggio dal nostro attuale sistema misto ad un sistema duale, che avevo avanzato alcuni anni fa, viene adesso efficacemente ripresa anche da *R. Tarchi* nella sua introduzione ad una sessione del convegno i cui atti sono pubblicati in questo volume.

POSTILLA. Durante la correzione delle seconde bozze, la Corte costituzionale ha depositato il provvedimento con cui, nella sostanza, ha ritenuto contrastante con la Costituzione l'attuale sistema sanzionatorio del suicidio assistito, ma ha ritenuto, per il coinvolgimento di altri, ulteriori valori, di concedere al parlamento un anno di tempo per intervenire, disponendo nel frattempo che il procedimento a quo resti sospeso fino a tale data.

Il provvedimento ([ord. 207/2018](#)) è formalmente una ordinanza di rinvio alla udienza pubblica del 24 settembre 2019 e viene a creare un nuovo tipo di decisione, mostrando all'evidenza la mancanza di uno strumento idoneo a perseguire il risultato che la Corte ha voluto raggiungere.

La pronuncia meriterebbe una analisi approfondita, che certamente non può essere svolta in questa sede, nella quale pertanto ci limitiamo ad una mera segnalazione.

Fabio Francesco Pagano*

**Gli organi di rilevanza costituzionale di tipo “magistratuale” e l’indipendenza rinforzata della Corte dei conti nei confronti del Governo
(osservazioni a margine di [Corte dei conti, Sezz. riunite n. 1/2018/Cons.](#))**

SOMMARIO: 1. I caratteri della questione di diritto sottoposta alle Sezioni riunite della Corte dei conti in sede consultiva – 2. Pari ordinazione degli organi costituzionali, molteplicità dei criteri identificativi e pluralità degli *status* – 3. La distinzione tra organi a rilevanza costituzionale e a rilevanza costituzionale di segno “magistratuale” – 4. La posizione di indipendenza rinforzata della Corte dei conti e i limitati margini di intervento del legislatore – 5. L’autonomia regolamentare “atipica e rinforzata” della Corte dei conti tra interpretazione costituzionalmente orientata e criterio di specialità.

1. I caratteri della questione di diritto sottoposta alle Sezioni riunite della Corte dei conti in sede consultiva

Il [parere](#), che si commenta, ha ad oggetto l’applicazione alla Corte dei conti dell’art. 16, comma 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, che ha previsto la presenza di un rappresentante del Ministero dell’Economia e delle Finanze nei collegi di revisione o sindacali di tutte le amministrazioni pubbliche identificate annualmente nel c.d. “elenco ISTAT”, con il chiaro intento di rafforzare il controllo del Governo sulla gestione delle risorse pubbliche da parte delle amministrazioni, quantomeno in sede di revisione contabile. La disposizione, insomma, cerca di far fronte al moltiplicarsi dei centri di spesa, immediata conseguenza di una P.A. sempre più policentrica e destrutturata¹, recuperando in capo al Governo e, per esso, al Ministero dell’Economia e delle Finanze, un ruolo più incisivo in sede di controllo contabile attraverso la presenza di un proprio rappresentante presso gli organi di revisione di ciascuna amministrazione.

La norma in parola, però, non ha mancato di porre alcuni problemi interpretativi in ordine al suo ambito di applicazione. Ben inteso, non con riferimento alla pur controversa nozione di pubblica amministrazione, poiché gli artt. 1 e 52 della predetta legge hanno delineato il perimetro delle P.A. coinvolte dalla disciplina in parola attraverso due criteri tutto sommato soddisfacenti sotto questo profilo, ossia il rinvio all’indice delle amministrazioni predisposto annualmente dall’ISTAT e l’elenco delle pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Di converso, risulta più problematica l’applicazione delle predette disposizioni e, quindi, anche dell’art. 16, comma 1, con riferimento ad enti dotati, nel nostro ordinamento, di un peculiare grado di autonomia costituzionalmente riconosciuto. A tal fine, gli artt. 1, comma 5 e 52, comma, 4, della legge n. 196/2009 si sono premurati di dettare delle clausole c.d. di salvaguardia tese a coordinare le nuove previsioni e, quindi, anche quelle concernenti la composizione dei collegi di revisione contabile e sindacali, con l’autonomia costituzionale garantita a tali enti. Pertanto, l’art. 1, comma 5, ha previsto che le disposizioni della legge n. 196/2009 si applichino alle Regioni speciali e alle province autonome di Trento e Bolzano compatibilmente con i loro Statuti, mentre l’art. 52, comma 4, ha specificato come venga fatta salva la sfera di autonomia costituzionale delle due Camere, della Presidenza della Repubblica e della Corte costituzionale, stabilendo che le predette norme vengano

* *Dottore di ricerca in Diritto pubblico nell’Università “La Sapienza” di Roma.*

¹ C. FRANCHINI, *L’organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, I, 354, evidenzia come in ragione di una molteplicità di fattori tra i quali si annoverano, per quel che attiene il versante sovranazionale, i condizionamenti provenienti dal diritto europeo, si sia giunti ad un’articolazione dell’amministrazione italiana caratterizzata dalla “frammentazione” e dalla “complessità”. Discorre di un’amministrazione che nello Stato pluriclasse si “plurisoggettivizza” o si “desoggettivizza” perdendo la tradizionale unitarietà di organizzazione e di modelli operativi P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. di Giovine, G. F. Ferrari, Bari, 2009, 896.

estese ad esse in quanto compatibili con il peculiare grado di autonomia che l'ordinamento riconosce loro.

Così facendo, però, il legislatore ha lasciato fuori dal campo di espressa operatività delle disposizioni c.d. di salvaguardia organi anch'essi dotati di una sfera di autonomia costituzionalmente garantita, in quanto chiamati ad esercitare funzioni di rilievo costituzionale, rimettendo quindi all'interprete il compito di ricostruire il perimetro di applicazione della disciplina in parola con riferimento a quest'ultimi, specie quelli che la Carta fondamentale pone in una posizione di particolare indipendenza rispetto all'Esecutivo. Proprio su questo aspetto si concentra il [parere](#) che si commenta, il quale, al fine di risolvere la questione della composizione del collegio di revisione contabile della Corte, affronta due profili di grande rilievo sotto il versante più propriamente costituzionalistico e tra loro strettamente legati, ossia la distinzione tra organi costituzionali e a rilevanza costituzionale e, nell'ambito di questi ultimi, tra gli organi di rilievo costituzionale di tipo "magistratuale" e gli altri organi costituzionalmente rilevanti, nonché la posizione occupata nel sistema delle fonti dai regolamenti interni adottati da tali organi, principalmente per quel che concerne il loro rapporto rispetto alla legge.

Insomma, la risoluzione della questione concernente la composizione del collegio di revisione contabile della Corte dei conti alla luce della disciplina sopravvenuta di cui all'art. 16, comma 1, ha consentito alle Sezioni riunite di affrontare in via interpretativa due problematiche di grande momento e, più in generale, di soffermarsi sul problema dell'indipendenza degli organi di rilevanza costituzionale di segno "magistratuale" e dei relativi organi di c.d. "autogoverno delle magistrature"² nei confronti del Governo. Soprattutto, con riguardo alla collocazione costituzionale della Corte dei conti, che, per le delicatissime attribuzioni che è chiamata ad esercitare, anche con specifico riferimento alle funzioni di controllo nei confronti dell'Esecutivo, presenta non poche peculiarità cui consegue una posizione di indipendenza nei confronti di quest'ultimo particolarmente rafforzata anche rispetto agli altri organi di rilevanza costituzionale di segno "magistratuale".

2. Pari ordinazione degli organi costituzionali, molteplicità dei criteri identificativi e pluralità degli status

Orbene, l'*iter* logico-argomentativo del [parere](#) che si commenta prende le mosse, come si accennava, dalla necessità di operare una differenziazione tra gli stessi organi di rilevanza costituzionale distinguendo al loro interno quelli di tipo "magistratuale". Tale distinzione si affiancherebbe, quindi, a quella tra organi costituzionali e di rilievo costituzionale che appare certamente più consolidata in dottrina, per quanto si riscontri l'impiego di criteri di classificazione non univoci al fine di individuare quegli organi che, in quanto costituzionali, assumono la posizione di organi supremi all'interno dell'ordinamento. Infatti, se non vi è ormai alcun dubbio interpretativo in ordine all'identificazione di quest'ultimi con le Camere, il Governo, il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale³, non si può certo dire che la dottrina che si è maggiormente occupata di queste problematiche concordi circa i caratteri che consentono di annoverare un organo tra quelli di natura costituzionale piuttosto che tra quelli di rilevanza costituzionale. Allo stesso

² Per il vero, il termine "autogoverno" impiegato con riferimento alle attribuzioni del CSM e a quelle dei Consigli di Presidenza delle magistrature speciali, così come quello di "organo di governo dell'istituto" cui fa ricorso l'art. 11, comma 7, della legge 4 marzo 2009, n. 15 per qualificare il Presidente della Corte dei conti, pur essendo entrato nell'uso comune e benché volto ad evidenziare il non assoggettamento dei magistrati come corpo o singoli, ad altri poteri dello Stato, è da considerare improprio. Esso, infatti, va inteso "più in senso figurato che in un'accezione rigorosamente giuridica", come affermato dalla Corte costituzionale nella [sent. n. 142/1973](#). Sul punto, S. BARTOLE, *Autonomia ed indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, 3 ss.; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 176; A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quad. cost.*, 1989, 473 ss. Discorre, invece, in riferimento al C.S.M., di organo di "semi-autogoverno" V. ONIDA, *Giurisdizione speciale*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, III, Torino, 1982, 1074.

³ C. PAPPAGALLO, *Organi costituzionali (indipendenza degli)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 1.

tempo, neppure può affermarsi che, all'indomani dell'entrata in vigore della Carta fondamentale, non vi fossero divergenze in ordine al catalogo degli organi costituzionali al cui interno la dottrina dell'epoca, alle volte, annoverava organi oggi pacificamente attratti nella sfera di quelli a mera rilevanza costituzionale⁴.

Uno dei criteri più vetusti, ascrivibile a quelli di natura formale, accoglieva un'impostazione che, molto semplicisticamente, riteneva costituzionali tutti quegli organi descritti o istituiti da norme costituzionali⁵ o, comunque, che "per la loro individuazione strutturale e per la loro attività [fossero] regolati esclusivamente e pienamente dalla costituzione"⁶. Guardano, invece, alla natura delle funzioni esercitate dagli organi costituzionali le teorie che ritengono che questi ultimi debbano esprimere una volontà di grado superiore rispetto a quella degli altri organi dello Stato⁷.

Le tesi che, di converso, fanno leva sulla posizione ricoperta dagli organi costituzionali⁸ che si collocano al vertice dell'apparato statale e, in quanto tali, si caratterizzano per una relazione di reciproca indipendenza e parità giuridica tra di loro, sono debitorie dell'impostazione fatta propria da Santi Romano, per il quale "la distinzione tra organi costituzionali e organi amministrativi non è fino ad un certo punto distinzione di funzioni, ma riguarda più che altro la posizione che l'organo medesimo assume di fronte allo Stato"⁹.

La ricostruzione da ultimo richiamata, però, come autorevolmente osservato già durante il periodo statutario¹⁰, facendo leva unicamente sull'assenza di subordinazione gerarchica e sulla posizione di indipendenza che caratterizzano gli organi costituzionali, finisce inevitabilmente per ricomprendere al loro interno anche gli organi di vertice dei diversi plessi giurisdizionali. Sulla scia di tale critica si colloca, pertanto, la celebre ricostruzione di Cheli, che, consapevole della circostanza che il solo carattere dell'indipendenza non fosse in grado di isolare gli organi apicali dello Stato, considera la posizione di supremazia e di indipendenza condizione necessaria ma non sufficiente al fine di qualificare gli organi in parola, i quali, a suo avviso, si distinguerebbero da quelli a mera rilevanza costituzionale per il fatto di operare "ad un livello di potere immediatamente subordinato alla costituzione formale", sicché sarebbero da qualificare come costituzionali "gli organi investiti di funzioni di livello politico (indipendentemente dal contenuto oggettivo di tali funzioni) cioè in grado di operare ad un livello di potere in nessun caso sottordinato a quello proprio delle norme primarie"¹¹.

Le impostazioni più convincenti sembrano escludere il C.S.M., la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti dal novero degli organi costituzionali perché, per quanto collocati in una posizione di indipendenza e, quindi, privi di organi a loro gerarchicamente

⁴ Tra questi il CNEL, il CSM, il Consiglio Supremo di difesa, il corpo elettorale come messo in evidenza da C. PAPPAGALLO, *Organi costituzionali*, cit., 1, oppure la stessa Corte dei conti secondo la tesi di V. OLIVIERI SANGIACOMO, *Sulla posizione costituzionale della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 1954, I, 80 ss., spec. 81, che tra i diversi argomenti addotti a sostegno del proprio orientamento annovera il collegamento diretto tra il Parlamento e la Corte che attraverso il controllo preventivo di legittimità è chiamata ad "eccitare" il sindacato politico delle Camere che ha "per indispensabile presupposto un precedente sindacato giuridico-finanziario su tutta la vasta attività amministrativa del governo stesso". *Contra* C. CERETI, *Il controllo di legittimità sugli atti del Governo*, in *Studio in occasione del primo centenario della Corte dei conti nell'Unità d'Italia*, Milano, 1963, 90 ss., che, invece, esclude la qualità di organo costituzionale della Corte dei conti in ragione della circostanza che il rifiuto di vistare l'atto governativo sottoposto a controllo preventivo possa essere superato mediante l'istituto della registrazione con riserva.

⁵ Come riferito da E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale. (Appunti per una definizione)*, in *Arch. giur. Serafini*, 1965, 66.

⁶ E. CROSA, *Gli organi costituzionali e il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 93.

⁷ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, Milano, 1972, 157.

⁸ Alle quali sembra aderire, tra gli altri, anche A. M. SANDULLI, *Sulla «posizione» della Corte costituzionale nel sistema degli organi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 705 ss. e ora in ID, *Scritti giuridici. Diritto costituzionale*, I, Milano, 1990, 401 ss.

⁹ S. ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, 1898, 10, ora in ID, *Scritti minori*, I, Milano, 1969, 1 ss. Su questa linea di pensiero sembra collocarsi anche P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1974, 147 ss.

¹⁰ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, 241 ss. e n. 2.

¹¹ E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale*, cit., 90, 102.

sovraordinati, non risultano titolari di poteri politici. Pertanto, proprio la contemporanea presenza del criterio formale, rappresentato dalla posizione di supremazia, e di quello sostanziale, consistente nell'attribuzione della funzione di direzione politica, concorrerebbero ad individuare gli organi costituzionali, i quali *superiorem non recognoscentes* e cui l'ordinamento attribuisce un potere politico¹² che, invece, non appartiene a quegli organi che, pur disciplinati nelle loro attribuzioni essenziali dalla Carta costituzionale e posti in una posizione di indipendenza, esercitano funzioni diverse da quelle ascrivibili alla direzione politica dello Stato, quali, ad esempio, funzioni di controllo e giurisdizionali come avviene con riguardo alla Corte dei conti.

In ogni caso, nonostante la difficoltà di individuare in dottrina dei principi comuni cui fare riferimento per circoscrivere la nozione di organo costituzionale, non si possono condividere le tesi rinunciatarie che dubitano dell'opportunità di continuare a soffermarsi su tale categoria¹³ per mezzo della quale, invece, è possibile definire la forma di governo e dar conto delle strutture fondamentali dello Stato¹⁴.

3. La distinzione tra organi a rilevanza costituzionale e a rilevanza costituzionale di segno "magistratuale"

Quanto alla definizione degli organi di rilevanza costituzionale, si tratta di una categoria ricostruita essenzialmente sulla base di un criterio formale, rappresentato dalla loro menzione in Costituzione¹⁵, che ne delinea le attribuzioni fondamentali, ma anche per esclusione, dovendosi sottrarre dal novero degli organi di rilievo costituzionale quelli che, sulla base degli anzidetti criteri elaborati dalla dottrina, sono annoverati, invece, tra gli organi supremi dello Stato.

Ciò detto, occorre capire se anche all'interno della categoria degli organi a rilevanza costituzionale sia possibile operare un'ulteriore partizione, come è stato fatto nelle Sezioni riunite in nel [parere](#) che si commenta, in ragione del carattere di particolare indipendenza che caratterizzerebbe taluni di questi organi, in particolare rispetto al Governo, con ciò differenziando quelli di rilievo costituzionale di segno "magistratuale" dagli altri organi a rilevanza costituzionale. Si tratta di una distinzione che, evidentemente, ha quale immediata conseguenza l'assenza di uno *status* comune all'interno della categoria in parola. Per il vero, non si tratta di nulla di troppo sorprendente, atteso che anche con riferimento agli organi costituzionali, nonostante la loro posizione di pari ordinazione e la funzione di reciproco controllo che li caratterizza, coerentemente con il sistema di *checks and balances* che informa l'ordinamento costituzionale italiano¹⁶, si registrano vistose differenze quanto alle garanzie di indipendenza che li contraddistinguono.

Infatti, se è vero che gli organi posti all'interno del sistema in una posizione apicale si contraddistinguono per il fatto di godere di una serie di guarentigie che appaiono eccezionali rispetto al diritto comune¹⁷, come da più parti evidenziato in dottrina, è tutt'altro che agevole identificare in capo a questi ultimi uno *status* realmente unitario perché la gran parte delle caratteristiche che potrebbero concorrere a definirlo sono attribuite in base a "metri valutativi" che

¹² T. MARTINES, *Organi costituzionali: una qualificazione controversa (o, forse, inutile)*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, III, 1035 ss. e ora in ID, *Opere*, II, Milano, 2000, 620 ss. Discorrono di partecipazione al processo formativo della suprema direzione politica P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano, 1978, 97 ss.; A. PREDIERI, *Il Consiglio supremo di difesa e i poteri del Presidente della Repubblica*, in *Studi sulla Costituzione*, III, Milano, 1958, 251 ss.

¹³ T. MARTINES, *Organi costituzionali: una qualificazione controversa (o, forse, inutile)*, cit., 627.

¹⁴ G. LONG, *Organi costituzionali e di rilievo costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 5.

¹⁵ G. LONG, *op. ult. cit.*, 4.

¹⁶ Su cui G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, 88 ss.

¹⁷ G. U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1979, 304.

non consentono un'agevole riconduzione a sistema¹⁸. Basti pensare, quale esempio paradigmatico dell'assenza di un modello comune di guarentigie, alla circostanza che il Governo, diversamente dagli altri organi costituzionali, non gode di autonomia finanziaria¹⁹, che, invece, è riconosciuta ad organi ormai pacificamente annoverati tra quelli di rilevanza costituzionale quali il CSM, il CNEL e la stessa Corte dei conti.

Pertanto, anche con riguardo alla categoria appena richiamata è possibile individuare una molteplicità di *status* e, quindi, isolare, come fa la Corte dei conti, un diverso grado di autonomia costituzionalmente garantita in ragione del carattere magistratuale che contraddistingue alcuni di questi organi, circostanza che postula la necessità di riconoscere loro un particolare e maggior grado di indipendenza nei confronti dell'Esecutivo rispetto ai restanti organi di rilievo costituzionale.

Tra l'altro, anche all'interno della categoria degli organi di rilevanza costituzionale di segno "magistratuale" non potrà discorrersi del medesimo *status* e, quindi, della medesima indipendenza. Vi sono alcuni organi "magistratuali" che, pur essendo citati in Costituzione, in quanto posti in una posizione di dipendenza funzionale, non si prestano ad essere assimilati al CSM, alla Corte di cassazione o al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti. È il caso dei tribunali amministrativi regionali o dei tribunali militari, che da un punto di vista funzionale si pongono in posizione subordinata nei confronti degli organi giurisdizionali di ultima istanza, innanzi ai quali le loro pronunzie sono impugnabili.

V'è da dire, altresì, che mentre con riferimento alla magistratura ordinaria la Costituzione contempla una scissione tra il vertice funzionale e quello organizzativo, di modo che, però, entrambi gli organi assumono rilievo costituzionale in quanto titolari di specifiche attribuzioni costituzionalmente sancite, con riferimento alle magistrature speciali la predetta distinzione appare molto meno netta. Quanto appena evidenziato si spiega sia con l'assenza di una disciplina costituzionale dei consigli di presidenza dei rispettivi ordini magistratuali, che pure devono ormai ritenersi costituzionalmente necessitati in forza della copertura di cui all'art. 108, comma 2, Cost.²⁰, quanto in considerazione della circostanza che, almeno con riferimento al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti, il loro presidente è posto al vertice del rispettivo organo di c.d. autogoverno. Anzi, nello specifico caso della Corte dei conti, è il Presidente ad essere individuato dalla legge quale "organo di governo dell'istituto", residuando in capo al relativo Consiglio di Presidenza la funzione di "organo di amministrazione del personale di magistratura" con competenze espressamente tipizzate in forza dell'art. 11, comma 8, della legge 4 marzo 2009, n. 15; ciò secondo una scelta discutibile, che si allontana dal modello rappresentato dal C.S.M. e dagli altri consigli di presidenza delle magistrature speciali²¹.

4. La posizione di indipendenza rafforzata della Corte dei conti e i limitati margini di intervento del legislatore

Chiarito come non sia per nulla peregrino discorrere, all'interno della categoria degli organi di rilievo costituzionale, di una diversa posizione e, quindi, di un diverso grado di indipendenza rispetto al Governo che caratterizzerebbe quelli di segno "magistratuale", occorre verificare se

¹⁸ A. PIZZORUSSO, *Organizzazione dei pubblici poteri*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 155; S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Milano, 1970, 209 ss.; N. OCCHIOCUPO, *Il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica*, Milano, 1973, 190.

¹⁹ Si soffermano su questo profilo T. MARTINES, *Organi costituzionali: una qualificazione controversa (o, forse, inutile)*, cit., 620; C. PAPPAGALLO, *Organi costituzionali*, cit., 1.

²⁰ [Corte cost., n. 16 del 2011](#). In dottrina si era già espresso in tal senso A. D'ALOIA, *L'autogoverno delle magistrature "non ordinarie" nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Napoli, 1995, 177 ss.

²¹ Sottolinea come si tratti di una previsione legislativa ispirata ad un'idea di magistratura "autoreferenziale" e "fortemente verticalizzata" che sembrava ormai consegnata al passato A. SAIITA, *Corte dei conti, Consiglio di presidenza e giudice naturale: la Corte costituzionale dichiara inammissibili due questioni, ma apre la strada ad altre tre*, in *Giur. cost.*, 2017, 2738.

anche con riferimento alla disciplina di questi ultimi il legislatore possa operare delle differenziazioni tese ad attenuare o ad accentuare il grado di indipendenza di alcuni organi “magistratuali” rispetto ad altri. Tanto è accaduto, ad esempio, nella fattispecie che ci occupa posto che si è prevista la presenza di un rappresentante del Ministero dell’Economia e delle Finanze nei collegi di revisione contabile della giustizia amministrativa, militare e tributaria, escludendo da tale previsione solo il CSM e la Corte dei conti. Il [parere](#) che si commenta desume correttamente da questa esclusione un’accentuazione del grado di autonomia e indipendenza del giudice contabile rispetto agli omologhi organi di rilevanza costituzionale di segno “magistratuale”. Del resto se, come si è detto, la differenza di *status* può riguardare tra loro i diversi organi costituzionali e a rilevanza costituzionale, non si vede perché lo stesso non possa riscontrarsi anche all’interno di una peculiare categoria degli organi appena citati, ossia quelli a rilevanza costituzionale di carattere “magistratuale”, che, come avvenuto nel caso che ci occupa, possono essere destinatari di una disciplina che riflette un differente grado di indipendenza rispetto all’Esecutivo.

La scelta del legislatore, come pure evidenziato nel [parere](#), potrebbe essere stata dettata anche dalla peculiare composizione degli organi di revisione del CSM e della Corte dei conti, i cui componenti, in quanto magistrati contabili, assicurano già un peculiare grado di competenze tecnico-professionali, cui si accompagna l’indubbia presenza dei requisiti di onorabilità, autonomia e indipendenza previsti dagli artt. 2387 c.c. e 21, d.lgs. 30 giugno 2011, n. 123, per far parte degli organi sindacali o di revisione. Per il vero, si tratta di un profilo tutto sommato secondario al fine di giustificare l’esclusione della presenza di un componente designato dal MEF in seno al collegio di revisione dei predetti organi. Infatti, se si assume quale *ratio* della disciplina legislativa di cui all’art. 16, comma 1, della legge n. 196/2009 l’esigenza di garantire un maggior controllo del Governo in ordine all’impiego delle risorse pubbliche da parte delle diverse amministrazioni cui si applica la predetta normativa, allora l’aspetto legato al profilo delle competenze tecnico-professionali dei componenti dei collegi di revisione contabile del CSM e della Corte dei conti apparirà tutto sommato recessivo. Di converso, è principalmente nella peculiare posizione costituzionale che li caratterizza che deve ricercarsi la loro esclusione dall’ambito di applicazione della predetta disciplina.

La circostanza che la Corte dei conti debba considerarsi titolare di una posizione di indipendenza rinforzata rispetto all’Esecutivo non può certo sorprendere. Basti considerare, infatti, che pur nell’estrema complessità dell’istituzione in parola²² e nella pluralità delle funzioni che l’ordinamento ha inteso attribuirle, proprio il Governo è il principale destinatario dei poteri di controllo preventivi e successivi da questa esercitati in forza dell’art. 100, comma 2, Cost.²³. Tra l’altro, la Corte dei conti è l’unico organo del nostro ordinamento al quale sono attribuite tanto funzioni di controllo, ascrivibili all’esercizio di una funzione non meramente amministrativa, bensì neutrale²⁴ ed in quanto tale esterna rispetto all’amministrazione²⁵, quanto poteri più propriamente giurisdizionali. Le prime riconducibili al carattere dell’ausiliarità della Corte e assistite, quanto all’indipendenza del loro esercizio di fronte al Governo, dalla garanzia costituzionale apprestata

²² F. FRACCHIA, *La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale, di controllo, di consulenza e di certificazione*, in *Dir. ecc.*, 2014, 410, 440.

²³ P. BELLINI, *Sulla garanzia costituzionale della indipendenza della Corte dei conti e dei suoi componenti di fronte al Governo*, in *Foro amm.*, 1967, 12, che evidenzia come la previsione di cui all’art. 100, comma 3, si aggiunga alla garanzia generale rappresentata dall’art. 108, comma 2, Cost. “specificandola ed estendendola e per ciò stesso rafforzandola”. Nello stesso senso A. M. SANDULLI, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1979, 36 ss. e ora in ID, *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, I, 309 ss.

²⁴ A. M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano, 1964, IV, 243 ss. e ora in ID, *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, II, 267, che sottolinea come a fronte di una molteplicità di organi chiamati ad esercitare funzioni “neutrali” solo nel caso di quelle consultive del Consiglio di Stato e di riscontro della Corte dei conti possa discorrersi di “forme di neutralità propria e piena”.

²⁵ G. CARBONE, *Il rapporto Corte dei conti – Governo – Parlamento nel sistema della Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell’Assemblea costituente*, Firenze, 1969, VI, 69 ss.

dall'art. 100, comma 3, Cost. I secondi, invece, coperti sotto il medesimo profilo dalla più generale previsione di cui all'art. 108, comma 2, Cost.²⁶

Per di più, a corroborare la peculiare posizione costituzionale della Corte dei conti e, quindi, la sua indipendenza rinforzata rispetto all'Esecutivo concorre il fatto che quest'ultima, la cui collocazione sistematica al pari degli altri organi ausiliari nel titolo avente ad oggetto il Governo non ha mancato di destare critiche in dottrina²⁷, esercita le proprie funzioni ausiliarie essenzialmente nei confronti del Parlamento, consentendogli di verificare, per il tramite della propria attività di controllo e di referto, l'efficacia della gestione posta in essere dall'Esecutivo²⁸ o, meglio ancora, nell'interesse dello Stato-comunità in posizione di indipendenza e autonomia, senza alcuna forma di vincolo gerarchico. Di conseguenza, l'ausiliarità deve essere intesa, come evidenziato da autorevole dottrina, nel senso dell'esercizio di funzioni accessive rispetto all'attività di altri organi titolari di poteri decisionali²⁹. Ne consegue un rapporto per così dire "privilegiato" tra Corte dei conti e Parlamento in considerazione della circostanza che i principali destinatari del riscontro effettuato dalla Corte sono, in forza dell'art. 100, comma 2, Cost., le Camere e, per estensione, le Assemblee legislative regionali in vista del sindacato politico nei confronti dei rispettivi esecutivi³⁰. Pertanto, il referente finale rimane lo Stato comunità ma per il tramite dell'organo legislativo³¹, sicché è possibile discorrere di una doppia ausiliarità da intendersi non tanto con riguardo al Parlamento e al Governo, rispetto al quale la Corte è indipendente, bensì con riferimento al primo dei due organi e, più in generale, alle varie componenti della Repubblica³².

A conferma della circostanza che le attività di controllo e referto, quest'ultima invero caratterizzata da una molteplicità di ipotesi legislativamente previste, si inquadrino, quantomeno con riferimento alle loro principali manifestazioni, nel contesto delle attribuzioni ausiliarie della Corte rispetto alle Camere in funzione del controllo politico nei riguardi dell'Esecutivo è sufficiente il riferimento ad alcune fattispecie. *In primis*, quanto alle conseguenze dell'attività di controllo, alla trasmissione al Parlamento, *ex art.* 26 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, dei decreti registrati con riserva, il cui esame da parte delle commissioni parlamentari competenti per materia può determinare, a mente degli artt. 150, comma 3, del regolamento della Camera e 132 di quello del Senato, l'approvazione di una risoluzione, quindi di un atto di indirizzo che vincola il Governo nell'ambito del rapporto fiduciario. *In secundis*, quanto all'attività di referto, alla relazione annuale sul rendiconto dello Stato di cui all'art. 41 del r.d. n. 1234/1934³³, per mezzo della quale la Corte riferisce al Parlamento sui risultati dei riscontri eseguiti, e che rappresenta "uno dei momenti più significativi in cui si esprime l'azione della Corte a garanzia dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico, della affidabilità, della veridicità e della regolarità dei conti, soprattutto in termini di trasparenza dei risultati della gestione"³⁴.

²⁶ G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano, 1956, 369. Questa lettura è condivisa, tra gli altri, anche da F. FRACCHIA, *La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale*, cit., 409, 418.

²⁷ G. FERRARI, *op. ult. cit.*, 350, che evidenzia come, al momento dell'inquadramento sistematico degli organi ausiliari nel capo dedicato al Governo, si sia persa "l'essenza funzionale degli istituti".

²⁸ P. BELLINI, *Sulla garanzia costituzionale*, cit., 14.

²⁹ A. M. SANDULLI, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale*, cit., 310 ss.

³⁰ Sul rapporto di ausiliarità della Corte nei confronti del Parlamento G. D'AURIA, *I controlli e la Corte dei conti alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Riv. Corte conti*, 2010, 214 ss.

³¹ F. FRACCHIA, *La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale*, cit., 416, 438. Per approfondimenti sulla funzione referente della Corte dei conti e, più in generale, sui suoi rapporti con il Parlamento V. DE FALCO, *Riflessioni sulla funzione referente della Corte dei conti, nel procedimento legislativo di spesa*, in *Foro amm.*, 2001, 2609 ss.; V. LIPPOLIS, *Il rapporto tra Corte dei conti e Parlamento e le prospettive delle "valutazioni delle politiche pubbliche"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 661 ss., che discorre di un'autonoma funzione di supporto al Parlamento che prescinde dal riscontro rispetto all'attività dell'esecutivo ed è volta a garantire il rispetto dei vincoli di bilancio da parte del legislatore.

³² F. FRACCHIA, *La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale*, cit., 433.

³³ F. FRACCHIA, *op. ult. cit.*, 416.

³⁴ A. BUSCEMA, *Relazione sul rendiconto generale dello Stato 2017. Introduzione del Presidente*, in <http://www.corteconti.it/>.

Inoltre, sempre a testimonianza del rilievo delle funzioni di controllo che la Corte esercita nei riguardi del Governo, occorre sottolineare come, in alcune ipotesi eccezionali, queste possano assumere i tratti di un'inusitata pervasività al punto da acquistare natura per così dire "impeditiva". Tanto avviene in relazione ad alcuni atti contemplati dall'art. 25 del r.d. n. 1234/1934, rispetto ai quali il rifiuto di registrazione da parte della Corte è assoluto e annulla il provvedimento. Lo stesso dicasi per la funzione di "certificazione con vincolo impeditivo"³⁵ contemplata dall'art. 47 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 nell'ambito del procedimento di contrattazione collettiva dei dipendenti pubblici, posto che la mancata certificazione ad opera del giudice contabile può determinare la riapertura delle trattative con le organizzazioni sindacali.

Orbene, quanto appena evidenziato in relazione alla peculiare posizione che la Corte dei conti assume nei riguardi del Governo, cui non può che conseguire un'indipendenza particolarmente rafforzata nei confronti dello stesso, induce a guardare con sospetto alla possibilità che un soggetto designato dal MEF e, quindi, dallo stesso Governo, possa entrare a far parte dell'organo di revisione contabile della Corte senza comprometterne la posizione di indipendenza nei confronti dell'Esecutivo. Si verrebbe a creare una situazione, invero alquanto eccentrica, in forza della quale il controllore si trasformerebbe, per quanto con esclusivo riferimento alla materia contabile, in un controllato ad opera dello stesso soggetto che questi è ordinariamente chiamato a controllare e per di più proprio in relazione ad uno degli aspetti che sono oggetto dell'attività di riscontro della Corte dei conti nei confronti dell'Esecutivo, ossia il profilo della regolarità contabile e finanziaria. Si verrebbe a configurare, insomma, un'attività di controllo reciproco idonea a depotenziare fortemente l'autonomia e l'indipendenza del giudice contabile, per di più, nel caso di specie, in assenza di un'espressa previsione legislativa in tal senso.

Ciò detto, preme rilevare un elemento di distonia nel sistema delle garanzie di indipendenza degli organi di rilievo costituzionale di segno "magistratuale", ossia la previsione di cui all'art. 37, comma 20, del d.l. n. 98/2011 che ha sancito la presenza di un rappresentante del MEF in seno al collegio di revisione contabile del Consiglio di Stato e, quindi, del relativo Consiglio di Presidenza, benché questi paia registrare un grado di indipendenza rispetto all'Esecutivo certamente non dissimile da quello della Corte dei conti ed agganciato alle medesime norme costituzionali poc'anzi citate.

Le stesse Sezioni riunite sottolineano come il CSM, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti presentino un "livello ordinamentale di autonomia contabile e finanziaria sostanzialmente paritetico", elemento di non poco momento al fine di ricostruire la collocazione di un determinato organo o ente pubblico all'interno del sistema posto che, come sottolineato in dottrina, l'autonomia contabile è "intimamente" collegata alla nozione generale di autonomia³⁶ e la tendenza ordinamentale è quella di conferirla a soggetti pubblici collocati in una posizione di autonomia funzionale e organizzativa rispetto al potere politico che trova il proprio fondamento in norme di rango costituzionale o legislativo³⁷. Nel caso di specie, però, a fronte del riconoscimento della medesima autonomia contabile al CSM, alla Corte dei conti e al Consiglio di Stato, si registra una disciplina che, nel prevedere, come già detto, la nomina da parte del MEF di uno dei componenti

³⁵ F. FRACCHIA, *La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale*, cit., 415, 417, spec. 446, evidenzia come l'attribuzione di poteri impeditivi alla Corte dei conti possa risultare in contrasto con i caratteri dell'ausiliarità delineati dall'art. 100 Cost. determinando il riconoscimento di funzioni amministrative non previste in Costituzione e la contestuale "deresponsabilizzazione" della P.A. interessata, che può nascondere le proprie responsabilità dietro i "dinieghi" della magistratura contabile.

³⁶ C. PAPPAGALLO, *Organi costituzionali*, cit., 3; G. CARBONE, *Corte dei conti*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, Milano, 2000, 499, evidenzia come in forza dell'art. 4 della l. n. 20 del 1994 si sia attribuita alla Corte dei conti non solo autonomia contabile e di bilancio, ma anche di organizzazione e regolamentazione delle proprie strutture e attività intestando il relativo potere di tipo organizzativo-regolamentare alle Sezioni riunite in luogo del Presidente cui era demandato in precedenza.

³⁷ A. D'ALOIA, *L'autogoverno delle magistrature "non ordinarie" nel sistema costituzionale della giurisdizione*, cit., 260.

del collegio di revisione del Consiglio di Stato, tende a ridimensionare l'autonomia contabile di quest'ultimo.

Si tratta di una scelta che desta delle perplessità ma che certo non può definirsi costituzionalmente illegittima, ben potendo il legislatore ampliare o restringere il *quantum* dell'autonomia contabile e finanziaria, anche quella dei predetti organi di natura "magistratuale". Infatti, se in materia deve riconoscersi la potestà "autoregolativa" dei rispettivi consigli di presidenza, trattandosi di un aspetto attinente all'organizzazione interna e all'autonomia degli stessi, deve comunque sottolinearsi come la citata autonomia contabile e finanziaria trovi pur sempre il proprio fondamento nell'atto legislativo. Nel caso della giustizia amministrativa, nella legge n. 186/1982, che all'art. 53-*bis* sancisce che "il consiglio di presidenza della giustizia amministrativa provvede all'autonoma gestione delle spese relative al Consiglio di Stato e ai tribunali amministrativi regionali". Del resto, la scelta operata dal legislatore, pur ridimensionando l'autonomia contabile del Consiglio di Stato, non la sacrifica in modo tale da comprometterne l'indipendenza nei confronti del Governo, atteso che la composizione dell'organo di revisione contabile non registra la prevalenza della componente di nomina governativa, che rimane comunque minoritaria.

In definitiva, la differenziazione operata dal legislatore tra la composizione dei collegi di revisione della Corte dei conti e del CSM e di quello del Consiglio di Stato non smentisce la bontà della ricostruzione fatta propria dalle Sezioni riunite, ma anzi tende a suffragarla, posto che con riferimento alla Corte dei conti e al relativo Consiglio di Presidenza, nel silenzio del legislatore in ordine all'applicazione del predetto art. 16, comma 1, anche in mancanza di norme di c.d. salvaguardia, rimane ferma la potestà regolamentare del Consiglio in materia finanziaria e contabile, che trova anch'essa il proprio espresso fondamento in un atto legislativo, ossia nell'art. 4 della l. n. 20/1994, ne consegue che il collegio di revisione contabile, in difetto di un'espressa previsione normativa di segno contrario, certamente non può che rimanere disciplinato dal regolamento di autonomia finanziaria adottato dal Consiglio di Presidenza della Corte dei conti il 3 ottobre 2012. Non si può non condividere, quindi, l'orientamento ermeneutico delle Sezioni riunite che escludono che si debba procedere alla nomina di un componente del MEF all'interno del collegio di revisione della Corte.

Di converso, se la disposizione legislativa in parola fosse stata interpretata nel senso di estendere la presenza del rappresentante del MEF all'organo di revisione contabile della Corte dei conti, pur con una presenza minoritaria della componente governativa all'interno del collegio, come avvenuto nel caso del Consiglio di Stato, si sarebbe forse potuto dubitare della legittimità costituzionale di una siffatta previsione in ragione dell'indipendenza rafforzata della Corte dei conti nei confronti dell'Esecutivo di cui si è detto poc'anzi. Infatti, se è pur vero che l'indipendenza nei confronti del Governo del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, in quanto organi ausiliari, riposa sulla medesima previsione costituzionale, ciò non significa che questa non possa caratterizzarsi per una diversa ampiezza in ragione delle differenti e specifiche attribuzioni che l'ordinamento riconosce loro. Al riguardo, è difficile negare che il carattere ausiliario del Consiglio di Stato si realizza per il tramite della sola funzione consultiva esercitata nei confronti dell'Esecutivo e, più in generale, dello Stato apparato. Ben diversa, come si è visto, risulta invece la posizione della Corte dei conti, che alla funzione consultiva aggiunge quella di controllo, preventivo e successivo, di referto e di "certificazione impeditiva" e la cui relazione di ausiliarità si esplica principalmente nei confronti del Parlamento e dello Stato comunità ed è strumentale rispetto al controllo politico nei riguardi del Governo. Ne deriva una posizione di indipendenza rafforzata che mal si concilia con forme di controllo da parte del Governo, ossia, giova ribadirlo, del principale soggetto controllato dalla Corte.

Per di più, come rammentato nel [parere](#) reso dalle Sezioni riunite, la peculiare indipendenza della Corte nei confronti dell'Esecutivo, specialmente sotto il profilo contabile e finanziario, registra un importante referente sovranazionale rappresentato dalle Dichiarazioni INTOSAI di Lima del 1977 e di Città del Messico del 2007, recepite dall'Assemblea generale dell'ONU rispettivamente nel 2011

e nel 2014, con le risoluzioni n. A/66/209 e A/69/228. Viene evidenziato, in particolare, come le istituzioni superiori di controllo debbano essere dotate di un'autonomia finanziaria che renda possibile lo svolgimento delle funzioni loro affidate, senza che il Governo possa controllare o indirizzare l'accesso a tali risorse. Si tratta di un significativo esempio di come la problematica in questione trascenda gli interessi dei singoli Stati, posto che l'indipendenza delle istituzioni superiori di controllo rappresenta, in un contesto di sempre maggiore globalizzazione finanziaria, un'esigenza oramai avvertita a livello internazionale, sicché la materia sembra atteggiarsi quale una delle molteplici manifestazioni del diritto amministrativo globale³⁸.

5. L'autonomia regolamentare "atipica e rinforzata" della Corte dei conti tra interpretazione costituzionalmente orientata e criterio di specialità

Le Sezioni riunite sono giunte alle conclusioni rassegnate nel [parere](#) che si commenta anche avendo riguardo alla natura della potestà regolamentare della Corte dei conti, che, evidentemente, riflette il peculiare grado di autonomia che deve riconoscersi a quest'ultima³⁹ e che, come già detto, differisce sensibilmente da quella attribuita ad altri enti pubblici dotati di autonomia funzionale, quali ad esempio le università, o comunque titolari di attribuzioni neutrali, quali le autorità amministrative indipendenti⁴⁰, che, tra l'altro, trovano un fondamento costituzionale solo indiretto per il tramite del canone di indipendenza di cui all'art. 97 Cost. Anche rispetto ad un organo di rilievo costituzionale quale il CNEL il *quantum* di autonomia riconosciuto al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti non può che ritenersi maggiore, atteso il carattere di particolare indipendenza che a tali organi deve essere garantito nei confronti del Governo in forza dell'art. 100, comma 3, Cost. Tant'è che, come evidenziato in dottrina, l'ampia potestà regolamentare espressamente attribuita alla Corte dall'art. 4 della legge n. 20/1994 ha dato attuazione al precetto costituzionale appena citato in modo da garantire l'indipendenza della Corte stessa in quanto istituto e non semplicemente ai singoli magistrati che ne fanno parte⁴¹.

La predetta potestà regolamentare della Corte dei conti è stata ricostruita dalle Sezioni riunite come di natura "atipica e rinforzata", con ciò nettamente differenziandosi da quella governativa, in deroga al principio generale per il quale nel nostro ordinamento le fonti di autonomia sono equiparate alle fonti statali secondarie, ossia ai regolamenti governativi⁴². Essa, pertanto, riflette la peculiare posizione di autonomia e indipendenza che deve riconoscersi agli organi di rilievo costituzionale a carattere "magistratuale", il cui fondamento si rinviene direttamente in Costituzione, ferma restando l'*interpositio legislationis* quanto alla sola espressa previsione della stessa, sicché la disposizione legislativa ha lo scopo di concretizzare una potestà normativa che deve ritenersi già discendente dalla posizione costituzionale della magistratura contabile.

³⁸ Sulle cui caratteristiche S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 331 ss.; ID, *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013, 4 ss. Più in generale, sull'ordine giuridico globale e suoi problemi di democraticità che lo contraddistinguono G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 913 ss.

³⁹ G. CARBONE, *Corte dei conti*, cit., 499, discorre, in ragione della previsione di cui all'art. 4 della l. n. 20 del 1994, di indipendenza della Corte dei conti "perseguita in chiave di autonomia".

⁴⁰ Per una breve ma efficace analisi dei caratteri di similarità e, soprattutto, di distinzione che presentano la Corte dei conti e le *authorities* F. FRACCHIA, *La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale*, cit., 426. Sembrano più propensi ad un'assimilazione tra la Corte dei conti nell'esercizio delle funzioni di controllo e le autorità amministrative indipendenti S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2000, 196; G. BERTI, L. TUMIATI, *Controllo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 298 ss.

⁴¹ G. D'AURIA, *Corte dei conti*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, II, 1575; F. FRACCHIA, *La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale*, cit., 419.

⁴² M.S. GIANNINI, *Autonomia pubblica*, in *Enc. dir.*, Milano, IV, 1959, 359, il quale sottolinea come siffatto principio non sia enunciato da norme scritte e come le fonti espressive di autonomia regolamentare debbano essere circondate dei limiti propri dei regolamenti governativi.

Si tratta di un orientamento coerente con l'impostazione dottrinarie che ritiene che il potere di autoorganizzazione degli apparati collegiali sia un tratto tipico di tali organi, il che vale maggiormente nel caso dei consigli di presidenza in virtù della loro peculiare condizione di autonomia⁴³ e della loro copertura costituzionale discendente dall'art. 108, comma 2, Cost. e, più in generale per la Corte dei conti e il Consiglio di Stato, dal più volte citato art. 100, comma 3, Cost. Tesi, quest'ultima, che, spinta alle sue estreme conseguenze, ritiene superflua la stessa autorizzazione legislativa chiamata ad abilitare l'esercizio della predetta potestà regolamentare in quanto non costitutiva della stessa⁴⁴ ed immanente rispetto alle funzioni e alla posizione ordinamentale degli organi di rilievo costituzionale di segno "magistratuale".

Dalla citata posizione costituzionale di peculiare indipendenza discende, come evidenziato nel [parere](#) che si commenta, un sistema di norme speciali espressione dell'autonomia organizzativa, funzionale, contabile e gestionale della Corte dei conti, i cui rapporti con la legge non possono che ispirarsi al criterio di specialità. Si badi bene, e in questo si rinviene la principale differenza rispetto ai regolamenti degli organi costituzionali e alla relativa autonomia degli stessi, si tratta di un sistema di rapporti nei riguardi della legge che esclude l'applicazione ai predetti organi di normative come quella in parola nella misura in cui il legislatore non li contempli espressamente tra i destinatari delle stesse. Di converso, atteso che l'autonomia contabile e finanziaria dei citati organi di rilievo costituzionale trova comunque un espresso fondamento legislativo, deve escludersi che in presenza di un'esplicita previsione legislativa tesa a ridimensionarne l'autonomia le norme regolamentari di tali organi rimangano insensibili allo *ius superveniens*. Ragionando in questi termini, il grado di autonomia di questi ultimi sarebbe equiparato a quello degli organi costituzionali e alla relativa potestà regolamentare che caratterizza invece organi che, in quanto partecipi della funzione politica, devono considerarsi *superiorem non recognoscentes* e i cui regolamenti hanno carattere certamente primario⁴⁵.

In definitiva, le Sezioni riunite si sono cimentate nel tentativo di fornire una lettura costituzionalmente orientata di una disciplina legislativa che, in difetto di una sua doverosa armonizzazione in via interpretativa con la Carta fondamentale⁴⁶, poteva apparire di dubbia legittimità costituzionale nella parte in cui non ricomprendeva gli organi a rilevanza costituzionale di segno "magistratuale" tra quelli esclusi dal suo ambito applicativo. Da qui la valorizzazione della peculiare indipendenza di quest'ultimi e, in specie, della Corte dei conti, al fine di dare una lettura della normativa *de qua* compatibile con gli artt. 100, comma 3, e 108, comma 2, Cost. che ne impedisse l'applicazione al giudice contabile e correggesse in via ermeneutica l'omissione negativa implicita del legislatore, che non ha espressamente previsto le c.d. norme di salvaguardia con riferimento agli organi di rilievo costituzionale.

L'interpretazione sperimentata dalla Corte dei conti, però, non fa leva esclusivamente sulla posizione costituzionale di particolare indipendenza del giudice contabile, ma anche del criterio di

⁴³ A. D'ALOIA, *L'autogoverno delle magistrature*, cit., 392.

⁴⁴ S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, 110.

⁴⁵ A. M. SANDULLI, *Sulla «posizione» della Corte costituzionale nel sistema degli organi costituzionali*, cit., 415, con specifico riguardo ai regolamenti della Corte costituzionale, per quanto gli argomenti addotti siano applicabili, più in generale, anche alla potestà regolamentare degli altri organi costituzionali; ID, *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale*, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1831 ss. e ora in ID., *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, I, 309 ss. Dello stesso avviso sembra A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977, 403 ss. *Contra* S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto*, Torino, 2017, 350 ss., in ragione della circostanza che la potestà regolamentare degli organi costituzionali diversi dal Parlamento risulta priva di un espresso referente costituzionale, sicché rimane espressiva di norme di carattere solamente secondario. Discorre, invece, di primarietà di siffatti regolamenti in ragione dell'autonomia istituzionale riconosciuta in tutti gli ordinamenti agli organi costituzionali dalla "costituzione materiale" M.S. GIANNINI, *Regolamento (in generale)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1988, 602.

⁴⁶ Sulla diffusione presso la giurisprudenza comune del dovere di interpretazione adeguatrice in luogo del ricorso all'incidente di costituzionalità nel caso di specie, tra l'altro, difficilmente prospettabile in ragione della natura consultiva delle attribuzioni esercitate dalle Sezioni riunite, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a costituzione*, Milano, 2003, 121.

specialità, al fine di ricomporre il contrasto tra la disciplina sopravvenuta e il complesso sistema di fonti che disciplinano l'autonomia contabile e organizzativa della Corte e che trovano il proprio fondamento nell'art. 4 della legge n. 20/1994.

Invero, il riferimento al criterio di specialità rappresenta uno dei passaggi più delicati del [parere](#) che si commenta e, pur se condivisibile, avrebbe forse necessitato di qualche specificazione ulteriore da parte delle Sezioni riunite, soprattutto perché il principio in forza del quale “*lex posterior generalis non derogat priori speciali*”, in quanto limitazione o eccezione all'operatività del criterio cronologico, opera esclusivamente tra fonti pari ordinate, sicché quando la norma speciale è gerarchicamente subordinata a quella generale prevale sulla prima, che deve considerarsi invalida⁴⁷.

Nel caso di specie, il contrasto normativo risolto dalle Sezioni riunite riguarda fonti gerarchicamente equiparate nella misura in cui “il sistema di norme speciali” originato dalla peculiare posizione di indipendenza della Corte nei confronti del Governo, cui fa riferimento il [parere](#), ricomprende non solo le norme regolamentari che concretamente disciplinano l'autonomia contabile e organizzativa della Corte, bensì la stessa previsione legislativa di cui al predetto art. 4, che di tale autonomia rappresenta il fondamento legislativo. Si tratta di un aspetto che si sarebbe potuto meglio esplicitare nel [parere](#), benché quest'ultimo, facendo riferimento ad “un sistema di norme speciali”, paia richiamare sia quelle regolamentari che quelle legislative che di tale “sistema” rappresentano il vertice.

Detto ciò, in tutte le ipotesi in cui si faccia applicazione del canone della specialità, per stabilire se il silenzio del legislatore vada inteso nel senso del superamento della disciplina previgente oppure, come più comunemente si ritiene, quale suo mantenimento, occorre operare una valutazione caso per caso⁴⁸, ispirata al principio di ragionevolezza⁴⁹. Nella specie, la scelta di interpretare il silenzio del legislatore quale volontà di mantenere inalterata l'autonomia contabile e organizzativa della Corte si spiega alla luce della peculiare posizione costituzionale della stessa nei confronti dell'Esecutivo, di cui si è già riferito. Insomma, la soluzione ermeneutica cui pervengono le Sezioni riunite è il frutto del contestuale impiego del canone di specialità e dell'interpretazione costituzionalmente orientata, quest'ultima funzionale ad una corretta lettura del silenzio della disciplina sopravvenuta con riferimento alla sua applicabilità o meno agli organi costituzionali di segno “magistratuale” e, in particolare, alla Corte dei conti. Vien da sé che il ricorso all'interpretazione adeguatrice al fine di ricondurre a Costituzione una disciplina che, diversamente, avrebbe sollevato non poche perplessità di ordine costituzionale ha quale immediato risvolto quello di gettare non poche ombre sulla possibilità che il legislatore possa modificare, questa volta espressamente, la composizione del collegio di revisione contabile della Corte dei conti come avvenuto per il Consiglio di Stato. Di questa possibilità, com'è ovvio che sia, il [parere](#) non si occupa, ma esso rappresenta comunque un utile monito per il legislatore e per il Governo circa il modo in cui il giudice contabile interpreta la propria posizione costituzionale e, di conseguenza, la propria indipendenza. Infatti, non è difficile immaginare che, in presenza di un'eventuale modifica espressa del proprio collegio di revisione contabile, la Corte dei conti potrebbe decidere di tutelare la propria autonomia costituzionale davanti alla Consulta.

⁴⁷ G. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano 1993, 418.

⁴⁸ G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 98 ss.

⁴⁹ A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2004, 66.

Antonio Ruggeri
“Forma di governo” e “sistema dei partiti”:
due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?*

SOMMARIO: 1. Le vicende della forma di governo tra *sein* e *sollen* (distinzione, contrapposizione, integrazione). – 2. “Forma di governo”, “sistema dei partiti” e le loro mutazioni genetiche determinatesi per effetto della crisi dello Stato nazionale. – 3. Dalla crisi della “forma di governo” alla crisi della “forma di Stato” e della stessa Costituzione (cenni alla principali torsioni subite dal modello costituzionale). – 4. La degenerazione della democrazia in olocrazia, il ruolo frenante che può essere giocato dai garanti, in ispecie dai giudici, il paradosso o l’ossimoro costituzionale cui dà luogo l’attività da essi posta in essere a tutela dei diritti fondamentali. – 5. Un secondo paradosso: l’integrazione sovranazionale dà alimento al populismo ed al nazionalismo ma può, allo stesso tempo, porre un argine alla loro impetuosa e rovinosa diffusione, specie laddove si faccia luogo alla “federalizzazione” sia dei partiti che degli operatori di giustizia. – 6. Il nodo irrisolto della rappresentanza, la fragilità delle liberaldemocrazie, il dovere incombente sugli uomini di cultura di fare opera capillare di informazione in merito ai rischi ai quali va incontro il valore democratico davanti al dilagare del populismo e del nazionalismo.

1. *Le vicende della forma di governo tra sein e sollen (distinzione, contrapposizione, integrazione)*

Siamo oggi chiamati a confrontarci nuovamente su un tema classico della riflessione costituzionalistica, antico e però sempre nuovo. La Costituzione infatti – è stato da tempo evidenziato dalla più sensibile dottrina – è attraversata da un *moto* perenne, è un *processo* ancora prima che un *atto*¹, soggetta com’è all’incidenza di un’esperienza dimostratasi, specie nelle sue più salienti e radicate tendenze, in grado di lasciare – dove più e dove meno – un segno marcato della propria attitudine a riconformare la struttura stessa del dettato costituzionale. È vero anche l’inverso, per quanto non sia affatto agevole stabilire, specie in alcuni punti dell’ordito costituzionale, quale sia la capacità del diritto di condizionare, perlomeno in una certa misura, l’esperienza nel suo concreto svolgimento e orientamento. Sta di fatto che il rapporto tra il *sein* e il *sollen* è assai complesso e vario, ciascuno dei due termini della relazione potendosi comunque affermare nella “sfera” usualmente considerata riservata all’altro. E il vero è che tra di essi v’è, sì, distinzione e non di rado anche contrapposizione, laddove si riscontri uno scarto vistoso tra il modo complessivo di essere del secondo rispetto al primo², ma v’è anche una tendenziale, reciproca compenetrazione e talora persino immedesimazione. Non v’è, insomma, una regola fissa, buona una volta per tutte, che si ripeta in modo meccanico, facendosi valere sempre allo stesso modo; v’è, piuttosto, una contrazione ed espansione a fisarmonica sia dell’uno che dell’altro termine, ciascuno di essi risentendo delle suggestioni che vengono dall’altro.

* *Relazione introduttiva alla Giornata di studio in onore di L. Ventura su Forma di governo e sistema dei partiti, Catanzaro 7 dicembre 2018.*

¹ Del “moto” della Costituzione ha discorso M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [Rivista AIC](#), 1/2013, 1 marzo 2013; in merito alla Costituzione come *processo*, piuttosto che come *atto*, v., part., A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss. In argomento, utili indicazioni anche in M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, relaz. al Convegno del Gruppo di Pisa su *Alla prova della revisione. Settant’anni di rigidità costituzionale*, Catanzaro 8-9 giugno 2018, nel [sito telematico](#) del Gruppo di Pisa; pure [ivi](#), se si vuole, può vedersi il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant’anni dopo*, 2/2018, 20 giugno 2018.

² *In nuce*, si ripropone qui la vessata questione relativa al rapporto tra costituzione formale e costituzione materiale, a riguardo della quale lo studioso che oggi onoriamo ha, ancora da ultimo, rinnovato il suo fermo convincimento nel primato da riconoscere in capo alla prima (v., dunque, L. VENTURA, *Relazione introduttiva al Convegno del Gruppo di Pisa* svoltosi a Catanzaro l’8 e il 9 giugno 2018 su *Alla prova della revisione. Settant’anni di rigidità costituzionale*, nel sito telematico del Gruppo di Pisa).

Le vicende della forma di governo³, nondimeno, rientrano tra quelle che, per diffuso riconoscimento, si trovano maggiormente esposte alle dinamiche delle esperienze politiche, tra quelle cioè nelle quali il *sollen* sembra essere maggiormente debitore nei riguardi del *sein* di quanto quest'ultimo sia rispetto al primo. Applicato questo schema al nostro tema, parrebbe dunque che sia più ciò che la forma di governo riceve dal sistema dei partiti rispetto a ciò che a quest'ultimo dà.

Quest'affermazione è tuttavia vera solo in parte e da un certo punto di vista; e, per avvedersene, basti solo por mente al fatto che alcune tendenze delle dinamiche istituzionali parrebbero grosso modo essere simili in Paesi che invece si differenziano molto tra di loro quanto al sistema dei partiti, e viceversa: si danno, infatti, svolgimenti di quest'ultimo che presentano talune non secondarie e vistose analogie tra di loro malgrado il diverso contesto istituzionale di riferimento. C'è di sicuro l'influenza reciproca, come si diceva, ma c'è anche una certa indipendenza o invarianza di movenze; il che parrebbe invero accreditare l'idea che ciascuno dei termini della relazione in parola segua "logiche" tutte sue di svolgimento, la cui indagine si presenta assai interessante, anche al fine di tentare di avanzare, sia pure problematicamente ed approssimativamente, alcune previsioni circa i prossimi sviluppi di entrambi.

2. "Forma di governo", "sistema dei partiti" e le loro mutazioni genetiche determinatesi per effetto della crisi dello Stato nazionale

La succinta riflessione che mi accingo a svolgere – è appena il caso qui di avvertire – non ha alcuna pretesa di completezza e neppure di organicità né al piano storico-politico né a quello positivo. Intere biblioteche sono riempite di libri dedicate al nostro tema, senza contare (proprio perché sono innumerevoli...) gli articoli, i saggi e, in breve, la produzione c.d. minore ad esso dedicata.

L'obiettivo che mi prefiggo è assai meno ambizioso e corto è dunque l'orizzonte verso il quale volgo lo sguardo: svolgere alcune brevi notazioni sul presente allo scopo di vagliare alcune ipotesi riguardanti il prossimo futuro. Come tenterò di mostrare, parlerò inizialmente di partiti e di forma di governo e dirò quindi della Costituzione e dello Stato che da essa prende il nome, ponendomi l'inquietante quesito se l'una abbia ancora al presente la capacità di farsi, almeno in una certa misura, valere e, di conseguenza, se l'altro mantenga, pur se in forme profondamente rifatte, i connotati suoi propri ovvero li abbia smarriti e se, perciò, si diano le condizioni per un loro sia pur parziale recupero.

Debbo subito confessare un certo disagio. Tornando a studiare il tema, mi sono sforzato di applicare concetti usuali, consolidati, alla realtà presente ma mi sono subito avveduto della impossibilità di procedere lungo la via intrapresa che non presentava sbocco. Tanto la categoria della "forma di governo" quanto l'altra del "sistema dei partiti" parrebbero infatti essere, perlomeno per come sono abitualmente intesi, inservibili, dal momento che l'una e l'altra rimandano ad una sia pur relativa stabilità e compiutezza di linee di cui non si ha ormai più (se mai si è avuto...) alcun riscontro. E, invero, il quadro si presenta estremamente fluido e soggetto a continuo rifacimento, nel mentre gli elementi che lo compongono non appaiono nitidamente definiti bensì opachi e attraversati da un moto incessante, sicché l'immagine che se ne ha, a seguito di uno sforzo considerevole di rappresentazione, appare essere quella di una foto "mossa", in seno alla quale non si riconoscono, ovvero si riconoscono a fatica e comunque solo in parte, i lineamenti dei soggetti ritratti né si capisce cosa stiano facendo e dove stiano andando.

La formula "sistema dei partiti" suona oggi del tutto impropria, diciamo pure ambiziosa o, addirittura, presuntuosa: una sorta di ossimoro teorico o, tutt'al più, un auspicio di ciò che non è e, forse, per chissà quanto tempo non sarà (se mai sarà...). Non c'è il "sistema" – termine che, come

³ ... delle quali si è, di recente, discusso in occasione del Seminario su *La forma di governo italiana nel settantennio della Costituzione*, organizzato da *Quad. cost.* e svoltosi presso la sede de Il Mulino il 17 settembre 2018, nonché in occasione della Giornata di studi in onore di M. Volpi su *Costituzione e forme di governo. Esperienza italiana e modelli comparati*, Perugia 12 ottobre 2018.

dicevo, evoca l'idea di una sia pur relativa stabilità ed interna armonia, oggi palesemente mancanti⁴ – e non ci sono neppure i partiti, perlomeno per come li abbiamo conosciuti fin qui, quali formazioni sociali a finalità politica, vale a dire preposti alla cura degli interessi generali di una comunità organizzata (a dimensione locale, nazionale o sovranazionale che sia), attraverso il libero concorso sia tra di loro che con altre formazioni sociali⁵ posto in essere – come dice la Carta – con “metodo democratico” ed avente per obiettivo la determinazione della “politica nazionale”⁶.

Per altro verso, non c'è neppure la “forma di governo”, perlomeno secondo l'accezione tradizionale ristretta (ma, in realtà, teoricamente riduttiva e impoverita) che la vede riferita alle dinamiche che si svolgono tra gli organi di vertice dell'apparato, in specie tra quelli della direzione politica, i quali ultimi – come si dirà a momenti – sono afflitti da una grave crisi d'identità e si dimostrano, per l'una o l'altra ragione, inadeguati ad assolvere al *munus* al quale sono istituzionalmente chiamati. Ed è chiaro che, venendo essi meno al compito al quale sono preposti, viene meno anche la possibilità di seguire a discorrere, così come un tempo, di una “forma di governo” risultante dalla loro attività e dai rapporti che tra di essi s'intrattengono.

D'altro canto, anche l'idea – come si sa, autorevolmente accreditata⁷ – che mette in correlazione la “forma di governo” al “sistema dei partiti”, segnatamente nel senso di considerare la prima fortemente condizionata dal modo di essere e di operare del secondo, sembra cogliere un fondo di verità, tuttavia distorcendolo e facendone oggetto di una eccessiva semplificazione e radicalizzazione teorica. La realtà è infatti assai più complessa, risultante da plurimi elementi attraversati da un moto incessante e segnati da spinte e contropunte parimenti plurime e vigorose, che portano ad equilibri assai precari e continuamente cangianti, nonché ad esiti per molti versi sfuggenti, refrattari a soggiacere a sistemazioni teoriche dotate di una pur relativa solidità. Per ciò che qui maggiormente preme mettere in evidenza, va rilevato che tanto la forma di governo quanto l'assetto dei partiti risentono, in una particolarmente elevata misura, della incidenza esercitata da fattori di altra natura, specie di quelli aventi origine esterna all'ordinamento statale, tra i quali mi preme qui richiamare l'attenzione sui tre seguenti: *a*) l'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale e da organizzazioni sovranazionali (part., le Comunità europee prima ed ora l'Unione); *b*) le crisi ed emergenze dilaganti e riguardanti praticamente ogni ambito materiale di vita associata (in ispecie, la crisi economica, quella terroristica, l'ambientale, il fenomeno delle migrazioni di massa, ecc.); *c*) il formidabile sviluppo scientifico-tecnologico, in ispecie l'avvento

⁴ Cfr., sul punto, E. BETTINELLI, *Partiti politici, senza sistema dei partiti*, in AA.VV., *Lo Stato delle istituzioni italiane*, a cura dell'Accademia Nazionale dei Lincei, Giuffrè, Milano 1994.

⁵ Secondo la più accreditata dottrina (sopra tutti, T. MARTINES, in più scritti, tra i quali *La democrazia pluralista*, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 239 ss.), il concorso in parola non si esaurisce infatti entro la cerchia dei partiti, coinvolgendo piuttosto anche altre formazioni sociali, specie quelle che nel modo più genuino ed espressivo danno voce al pluralismo in cui si articola la comunità organizzata. Di fatto, però, gli stessi partiti non hanno dato mostra di volersi aprire in significativa misura alla partecipazione di altri gruppi, neppure di quelli (come i sindacati) che godono di specifico riconoscimento costituzionale, portando così all'effetto di una riduttiva e asfittica implementazione del dettato costituzionale, col costo immediato di impoverire il valore democratico proprio in una delle sue più salienti e qualificanti manifestazioni, forse proprio in quella che, per antonomasia, ne dà la cifra identificante e più genuinamente espressiva (in argomento, di recente, G. DELLEDONNE, *Legge elettorale e principi costituzionali in materia di partiti politici: un'interazione problematica*, in *Quad. cost.*, 4/2017, 801 ss., spec. 804 ss., e C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in Costituzionalismo.it, 1/2018, 234 ss.).

⁶ In argomento, di recente, E. GIANFRANCESCO, *I partiti politici e l'art. 49 della Costituzione*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 30 ottobre 2017; i contributi di O. MASSARI, *Partiti e parlamenti negli ordinamenti di democrazia pluralista*, e G. VECCHIO, *Crisi dei partiti e crisi del pluralismo*, in *Il problema del partito politico tra scienza politica e diritto*, in *Nomos*, 3/2017; S. GAMBINO, *Partiti politici e Parteienstaat*, in *Pol. dir.*, 2/2018, 169 ss.; C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader*, cit., 211 ss., e, da ultimo, i contributi al Convegno su *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?*, svoltosi all'Università di Roma “La Sapienza” il 29 novembre 2018.

⁷ Faccio qui richiamo, ovviamente, alla nota tesi di L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX (1970), 634 ss., il cui punto di vista va nondimeno raffrontato con quello manifestato da M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Ann., III (2010), 538 ss.; sullo studio delle forme di governo interessanti spunti ricostruttivi di ordine metodico-teorico sono ora in A. MORELLI, *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, in Federalismi.it, 1/2017, 11 gennaio 2017.

d'internet e il conseguente diffondersi di strumenti di immediata, universale comunicazione di massa.

Il vero è che a mettere in crisi le nozioni tradizionali di “forma di governo” e di “sistema dei partiti”, determinandone – come si dirà a momenti – un'autentica mutazione genetica, è stata la crisi dello Stato nazionale⁸, che ha coinvolto nella sua caduta tutte le categorie teorico-ricostruttive di natura “curtense”, che assumevano cioè di essere autosufficienti nella dimensione statale così come lo era in sé e per sé l'idea di Stato: una crisi resa evidente dalla tragedia della seconda grande guerra, all'esito della quale si sono avviati processi politico-istituzionali volti a parare il rischio di un nuovo conflitto che avrebbe verosimilmente prodotto l'effetto della fine della storia della umanità, processi che hanno portato – come si sa – alla formazione di organizzazioni abilitate a porre vincoli ora più ed ora meno intensi (comunque, tendenzialmente stringenti) a carico della sovranità degli Stati, tra le quali – per ciò che qui specificamente importa – quelle costitutesi in Europa.

È interessante fermare, sia pure solo per un momento, l'attenzione su un fenomeno singolare, che ha accompagnato le più salienti vicende storico-politiche per molti decenni fino a rendersi particolarmente vistoso e inquietante proprio nel tempo a noi più vicino.

La storia alle volte è capricciosa e – come si sa – dà vita a nemesi imprevedibili. Il nazionalismo ha avuto un andamento in un certo senso circolare, finendo col rinchiudersi in se stesso e tornare così al punto di partenza, pur se in forme complessivamente rifatte. Abbiamo cioè sotto gli occhi un autentico ossimoro politico-istituzionale che pervade l'intera “materia” costituzionale⁹, non lasciando perciò immune – come si dirà a momenti – l'idea stessa di Costituzione, la sua forza, la capacità di dare un ordine alle più salienti dinamiche della vita di relazione. La crisi dello Stato nazionale ha fatto – come si diceva – tutt'uno con la istituzione e la crescita delle organizzazioni sovranazionali, le quali, però, unitamente alla esplosione delle crisi ed emergenze suddette, hanno portato, da noi come altrove¹⁰, alla nascita di nuove formazioni politiche, in alcune delle quali si è assistito ad un rigurgito di nazionalismo misto a populismo¹¹ che ha pervaso come un virus

⁸ ... su cui, per tutti, 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, ed *ivi*, per i profili storico-istituzionali, part. L. CHIARA, *La vicenda storica dello Stato nazionale, la sua crisi, i riflessi al piano della tutela dei diritti fondamentali*, 25 ss.

⁹ ... sulla cui nozione, le questioni teoriche aperte, le implicazioni di ordine politico-istituzionale si può, se si vuole, vedere il mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 12 dicembre 2017.

¹⁰ V., ad es., per la Spagna il chiaro quadro di sintesi che è ora in R.L. BLANCO VALDÉS, *Spagna: la fine della stabilità? Cambiamenti del sistema partitico e della forma di governo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2018, 349 ss., spec. 361 ss.

¹¹ ... su di che, tra i molti altri, v. i contributi che sono nel fasc. 3/2015 di *Dir. pubbl. comp. eur.*, nonché in J.-W. MÜLLER, *Cos'è il populismo?* (2016), trad. it., Università Bocconi Editore, Milano 2017; A. SPADARO, in più scritti, tra i quali di recente *Sui rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 26 gennaio 2017, spec. 19 ss.; *Dalla crisi istituzionale al Governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al “populismo sovranista”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1 giugno 2018, e, ora, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, Relazione al Seminario di *Quad. cost. su La forma di governo italiana nel settantennio della Costituzione*, Bologna 17 settembre 2018, in *paper*; G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza e populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 29 luglio 2017; D. PALANO, *Populismo*, Editrice Bibliografica, Milano 2017; M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino 2017; G. GRASSO, *Le “mouvement 5 étoiles” et les défis de la démocratie représentative: à la recherche d'une notion constitutionnelle de populisme?*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 205 ss. e, dello stesso, *La “cifra democratica” del Movimento 5 Stelle alla prova dell'art. 49 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 3/2017, 616 ss.; A. MORELLI, *La democrazia come sistema aperto: il caso italiano*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 82 ss., e, dello stesso, ora, *Dal populismo ai populismi e ritorno. Appunti per una mappatura delle concezioni illiberali della rappresentanza e della funzione giurisdizionale*, relaz. all'incontro di studio su *Crisi della rappresentanza e metamorfosi della funzione giurisdizionale*, Catania 8-9 novembre 2018, in *paper*, e *Rappresentanza politica e divieto di mandato imperativo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. il cap. I; i contributi alla prima sessione, dedicata a *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, del Convegno AIC su *Democrazia, oggi*, Modena 10-11 novembre 2017, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e, part., *ivi*, la relazione di M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, 3 ss., già apparsa in *Rivista AIC*, 3/2018, 11 luglio 2018; nello

inarrestabile tanto il “sistema” dei partiti quanto il “sistema” (e la forma) delle istituzioni governanti: un nazionalismo-populismo, insomma, che dà la cifra identificante delle maggiori trasformazioni strutturali avutesi in seno alla comunità così come all’apparato.

Emblematica di questa vicenda è la mutazione genetica subita dalla Lega: in origine movimento territorialmente localizzato a finalità separatista, oggi diffuso nell’intero territorio della Repubblica ed emblema di nazionalismo esasperato.

L’antieuropeismo ha, da noi come altrove¹², radici ramificate e diffuse in seno al corpo sociale, alimentandosi in rilevante misura dalla perdita di quote viepiù rilevanti di sovranità da parte dello Stato¹³, la cui erosione graduale, seppur non lineare bensì discontinua e tuttavia inarrestabile, ha portato (e porta) all’effetto di rendere sempre più gravosi ed incisivi i vincoli a carico sia delle istituzioni di governo che dei partiti che li incarnano (e, perciò, per riprendere il linguaggio adoperato da chi ha organizzato il nostro incontro, della “forma di governo” e del “sistema dei partiti”): vincoli nei cui riguardi chi li subisce si mostra sempre più insofferente, motivando peraltro dissensi e resistenze a darvi seguito con le strutturali, innegabili carenze dell’ente da cui quei vincoli originano¹⁴.

3. Dalla crisi della “forma di governo” alla crisi della “forma di Stato” e della stessa Costituzione (cenni alla principali torsioni subite dal modello costituzionale)

Tutto ciò ha una immediata ricaduta non soltanto – come si diceva – sui partiti e sul loro modo di fare politica e, dunque, riprendendo il tema sul quale siamo oggi chiamati a confrontarci, sulla forma di governo ma anche (e più a fondo) sulla forma di Stato, nella sua usuale accezione che la

vol. coll. ora cit., v., pure V. PAZÉ, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, 605 ss., e A. PERTICI, *La Costituzione italiana alla prova del populismo*, 621 ss.; I. DIAMANTI - M. LAZAR, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Laterza, Roma-Bari 2018; E. SCODITTI, *Populismo e diritto. Un’introduzione*, in [Questione Giustizia](#), 10 settembre 2018. Infine, l’IMF Working Paper su *Populism and Civil Society*, curato da T. BOERI - P. MISHRA - C. PAPAGEORGIOU - A. SPILIMBERGO, in [ASTRID](#), e, pure *ivi*, con specifico riguardo alla Germania, lo studio curato per conto della Bertelsmann Stiftung da R. VEHRKAMPF - W. MERKEL, *Populismusbarometer 2018. Populistische Einstellungen bei Wählern und Nichtwählern in Deutschland 2018*.

¹² Un raffronto tra le principali esperienze in Europa è in AA.VV., *La rappresentanza politica nell’Unione europea alla prova dell’euroscetticismo*, a cura di P. Marsocci, Editoriale Scientifica, Napoli 2015.

¹³ Di una “sovranità condivisa” tra Unione e Stati si discorre nei miei *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in [Rivista AIC](#), 2/2011, 3 giugno 2011, spec. 18 ss., e *L’integrazione europea, attraverso i diritti, e il “valore” della Costituzione*, in AA.VV., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, a cura di A. Ciancio, Aracne, Roma 2014, 473 ss., nonché in [Federalismi.it](#), 12/2014, 11 giugno 2014. Notazioni critiche sul punto in A. GUAZZAROTTI, *Sovranità e integrazione europea*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 2 agosto 2017, 11 s., e S. SASSI, *Crisi della sovranità e diritto transnazionale*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 247 ss. V., inoltre, i contributi che sono in AA.VV., *Sovranità e rappresentanza. Stato, autonomie territoriali e processi di integrazione sopranazionale*, a cura di A. Pérez Miras - E.C. Raffiotta - G.M. Teruel Lozano - F. Vecchio, Editoriale Scientifica, Napoli 2018. Particolarmente utile per un inquadramento generale è l’intervista a P. Schiera di F. PEDRINI, *Colloquio su Stato, Diritto e Costituzione*, in *Lo Stato*, 10/2018, 257 ss., spec. 274 ss.

Estremamente disagiata è, poi, stabilire quanta parte sia ormai stata ceduta dagli Stati all’Unione, ciò che richiederebbe indagini mirate per i singoli campi materiali di esperienza, non poco approfondite e soggette quindi a continue verifiche, a motivo del carattere mobile, perennemente instabile, dei riparti di competenze che si hanno tra gli enti suddetti.

¹⁴ Ricorrente, a mo’ di *refrain*, è la critica, peraltro non infondata ma bisognosa di supporto argomentativo ben più solido di quello che è ad essa usualmente offerto, secondo cui è tangibile e vistosa la mancanza di solidarietà sia degli Stati *inter se* che dell’Unione nei riguardi dei Paesi maggiormente deboli ed esposti al vento impetuoso delle crisi, tra i quali, con specifico riguardo al fenomeno migratorio, il nostro: riferimenti in V. BERLINGÒ, *L’humanitas e la fondamentalità del diritto: il ‘trattamento’ degli immigrati irregolari*, in *Dir. amm.*, 3/2017, 529 ss.; R. CARIDÀ, *I diritti di cittadinanza inclusiva tra esigenze di sicurezza e doveri di solidarietà*, in [Federalismi.it](#), 14/2017, 12 luglio 2017, e, ora, C. PINELLI, *Il principio di dignità e la giurisprudenza sui diritti dei richiedenti asilo*, in *Diritti Comparati*, 3/2018, 6 novembre 2018, nonché nei miei [Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio](#), in questa [Rivista. Studi 2017/III](#), 445 ss., e *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 2/2018, 9 luglio 2018.

vede riferita al rapporto tra comunità governata ed apparato governante¹⁵. Che si dia un fittissimo, inestricabile intreccio tra le dinamiche della forma di governo e quelle della forma di Stato è cosa talmente risaputa da non richiedere qui che si spenda parola alcuna a sua riprova, come pure è assai noto che tra di esse e le dinamiche interne ai partiti e dei partiti tra di loro si dà un mutuo ininterrotto e corposo condizionamento.

Il punto cruciale da chiarire è se le alterazioni riscontratesi e quelle in via di svolgimento rispetto sia al modello costituzionale che all'esperienza pregressa ed ancora fino a poco tempo fa affermatasi siano tali da non consentire più di adoperare, come un tempo, le stesse categorie di base di "forma di governo" e di "forma di Stato". Il che vale come chiedersi se il modo complessivo di fare politica abbia una sua "forma", comunque idonea ad iscriversi entro la cornice dello Stato costituzionale.

Non posso al riguardo celare un certo, crescente pessimismo, pur interrogandomi – ciò che farò sul finire di questa riflessione – sulla possibilità di recuperare, sia pure con connotati complessivamente originali, almeno in parte ciò che è andato perduto, sì da non disperdere la cornice suddetta al cui interno soltanto la Costituzione, per come l'abbiamo conosciuta secondo il modello d'ispirazione liberaldemocratica¹⁶, può seguitare ad avere senso.

Si consideri, ad es., la condizione in cui, ormai da tempo (ma soprattutto al presente), versano le assemblee elettive, quali sedi naturali della rappresentanza politica. È persino banale dover qui rammentare che il calo vistoso di credibilità da esse patito, che ha cause remote ma che oggi ha raggiunto punte un tempo inimmaginabili, emblematicamente testimoniate dalla incultura politica (e, anzi, dalla incultura *tout court*) di molti degli eletti che dà vita ad una miscela esplosiva con un diffuso e vistoso calo del senso della cosa pubblica¹⁷, riflette la propria negativa immagine, a un tempo, sulla forma di governo e sulla forma di Stato, determinandone una grave, forse irrimediabile, torsione.

La selezione del personale politico richiederebbe una trattazione a sé, nei modi coi quali si realizza risiedendo una delle cause di maggior rilievo del complessivo decadimento delle istituzioni repubblicane. Se poi a ciò si aggiungono i condizionamenti che vengono *ab extra* e il peso schiacciante di quelle crisi ed emergenze alle quali si faceva poc'anzi richiamo se ne ha un quadro assai indicativo, seppur incompleto, della gravità della situazione in atto.

Non v'è solo – come molti, con eccessiva semplificazione, rilevano¹⁸ – un'alterazione marcata degli equilibri tra Parlamento e Governo, a beneficio del secondo, reso palese ad es. dall'uso che ormai da tempo si fa degli strumenti di normazione¹⁹; v'è – per ciò che più importa – uno

¹⁵ Di "forma di Stato" – come si sa – si discorre anche in altri sensi, e specificamente con riferimento alla distribuzione territoriale del potere e, dunque, per riprendere antiche etichette (che nondimeno richiederebbero un complessivo, critico ripensamento), ai rapporti tra sovranità e autonomia. Questo versante non può essere ora toccato neppure di striscio; è chiaro che – come si viene dicendo – tutto si tiene e, perciò, per un verso, le relazioni interordinamentali non lasciano indenni i rapporti in parola, concorrendo in rilevante misura al sostanziale svuotamento dell'autonomia, mentre, per un altro verso, a quest'esito dà il suo non secondario apporto la crisi dei partiti e il mancato riconoscimento di un'apprezzabile capacità di autodeterminazione delle ramificazioni periferiche dei partiti specie per ciò che attiene alla definizione delle alleanze e, di conseguenza, della linea politica. Della qual cosa si hanno numerose e particolarmente attendibili testimonianze con riguardo alle gestione delle crisi di governo, specie in ambito regionale e nei grossi centri urbani.

¹⁶ Non torno qui infatti ad interrogarmi circa la possibilità di far uso del termine caricandolo di generale valenza, astraendo cioè dalle esperienze maturate nei Paesi di tradizioni liberaldemocratiche (su ciò, per tutti, A. SPADARO, in molti scritti, tra i quali, in forma organica, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994); resto, dunque, solo a questi ultimi ordinamenti, appuntando specificamente l'attenzione sul nostro, al quale si riferiscono le notazioni che di qui ad un momento si faranno.

¹⁷ Su ciò L. VENTURA ha, tra gli altri, ripetutamente e con opportuni rilievi insistito, riprendendo con originali sviluppi un pensiero caro al nostro comune Maestro, T. Martines (ad es., in *Rigore costituzionale ed etica repubblicana. Distorsione dei principi costituzionali in tema di democrazia e forma di governo*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 30 aprile 2013).

¹⁸ Ancora da ultimo, la tesi della centralità del Governo in seno alla forma di governo è ribadita da S. BARTOLE, *La Repubblica italiana e la sua forma di governo*, Mucchi, Modena 2018.

¹⁹ Ricordo qui solo un noto saggio di quasi mezzo secolo addietro di E. CHELI su *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, apparso sulla *Riv. trim. dir. pubbl.* del 1959; se, poi, v'è

svilimento complessivo di entrambi e, *per ciò stesso*, della forma che dal primo prende il nome.

Faccio qui solo un esempio, per dare un minimo di concretezza al discorso che vado facendo. E, dunque, si pensi proprio al rapporto fiduciario, l'asse portante – secondo una risalente tradizione teorica – della forma di governo parlamentare. Ebbene, i condizionamenti venuti *ab extra* (dall'Unione europea, dalla Comunità internazionale, da soggetti comunque operanti fuori dei confini nazionali, quali le agenzie di *rating*) sono ormai talmente vigorosi, praticamente decisivi, che non è esagerato ritenere che i Governi, specie nei Paesi maggiormente esposti al vento impetuoso della crisi economica e delle emergenze in genere, si formano e durano in carica sempre che su di essi si dia e mantenga il consenso dei *partners* europei e dei mercati internazionali. Certo, la fiducia parlamentare rimane pur sempre un elemento costitutivo del quadro istituzionale complessivo; oggi, però, accanto ad essa (e, forse, al di sopra di essa) c'è, *deve* esservi, anche un'altra fiducia, senza la quale non solo il Governo ma lo stesso Parlamento non possono durare ed operare.

Ricordiamo tutti le vicende che hanno portato, nel corso di alcune stagioni particolarmente sofferte, alla nascita del Governo Monti prima e di quello Conte poi²⁰. Nell'un caso e nell'altro, poi, si è assistito ad una sovraesposizione politica del Capo dello Stato, quale gestore degli stati di crisi, chiamato ad assumere decisioni di inusitata gravità, che hanno avuto per specifico punto di riferimento proprio le possibili reazioni dei mercati e il mantenimento della credibilità da parte dei *partners* europei; e su ciò credo che tutti possiamo convenire, al di là del fatto che si apprezzi ovvero si critichi l'operato del Presidente.

L'esperienza governativa ad oggi in corso assume, poi, un particolare rilievo anche per l'aspetto del palese squilibrio che si dà tra politica ed istituzioni, dello scollamento che tra di esse si registra, dello scostamento dal modello costituzionale. Basti solo por mente alla sostanziale, vistosa contrazione della figura del Presidente del Consiglio, la cui centralità di posizione, pur nella laconicità del dettato costituzionale, emerge da quest'ultimo con nitore sin dall'articolo dedicato alla formazione del Governo²¹. Malgrado le naturali oscillazioni delle esperienze maturate a seguito

qualcosa che di "sistematico" non ha ormai più niente (o quasi), questo è proprio il "sistema delle fonti", come pure con ingiustificata generosità ma sostanziale improprietà concettuale è usualmente chiamato (un animato confronto di punti di vista non convergenti si è avuto in occasione del Convegno su *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, svoltosi presso l'Università degli Studi di Roma Tre il 27 e 28 novembre 2008, a cura di M. Siclari, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; interessanti spunti di ordine teorico-ricostruttivo possono ora vedersi in A. MORRONE, *Fonti normative*, Il Mulino, Bologna 2018, e A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 2018). Ulteriori riferimenti e indicazioni possono, tra gli altri, aversi da G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Giuffrè, Milano 2016; A. ALBERTI, *Il mono-fondamento della decretazione legislativa delegata e le sue ricadute pratiche*, in *Quad. cost.*, 4/2016, 721 ss. e, della stessa, *amplius*, *La delegazione legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Giappichelli, Torino 2015; L. DI STEFANO, *La decretazione d'urgenza: profili delle prassi parlamentari ed aspetti problematici della XVII legislatura*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 26 gennaio 2017, e S. ROSSI - N. SCARPELLINI, *La tartaruga a vela. Funzioni ed evoluzione del decreto-legge nell'ordinamento costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 giugno 2017; infine, G. SILVESTRI, *Costituzione e fonti primarie*, Relazione al Convegno su *La Costituzione fra rigidità e trasformazioni*, Firenze 18 maggio 2018, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018; N. LUPO, *Il Governo italiano, settanta anni dopo*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 10 luglio 2018, e F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018. Si fa poi il punto sull'esercizio del potere regolamentare nel *Focus su Dimensioni ed effettività del potere regolamentare. A trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, in *Federalismi.it*, numero speciale 2/2017, 27 novembre 2017).

²⁰ Numerosi e di vario segno i commenti sia all'una che all'altra vicenda [riferimenti, tra gli altri, quanto alla prima, 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, e, per la seconda, nei contributi al Seminario su *Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2/2018, e, più di recente, in quelli che sono nei fasc. 3/2018 di *Quad. cost.* e 2/2018 di *Giur. cost.*, nonché, ora, il *forum* su *La intricata vicenda del Governo Conte*, che è nel [sito telematico](#) del Gruppo di Pisa, 7 novembre 2018, e AA.VV., *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, a cura di A. Morelli, Editoriale Scientifica, Napoli 2018].

²¹ Ovviamente, si può discutere, così come si discute, circa i lineamenti della figura presidenziale e il suo modo complessivo di essere e di operare, tanto secondo modello quanto secondo esperienza; che, nondimeno, si tratti di figura

dell'avvento della Repubblica²², l'incaricato ha sempre avuto un peso specifico notevole nel corso delle vicende che hanno portato alla nascita dei Governi: preludio di una posizione di sicuro rilievo in seno alla istituzione che dopo la nomina gli tocca presiedere (non a caso, d'altronde, i Governi prendono il nome dal Presidente e cadono laddove il Presidente stesso dovesse, per qualunque ragione, anche non politica, lasciare l'ufficio). In occasione della formazione del Governo Conte, si è invece assistito ad un fatto nuovo, che non sappiamo se resterà isolato ovvero se potrà ripetersi in circostanze analoghe, vale a dire al sostanziale svuotamento dell'incarico: segno premonitore di una vistosa torsione cui è andato soggetto il quadro costituzionale, in ispecie per ciò che concerne i poteri del Presidente del Consiglio, quali sia pur approssimativamente descritti nell'art. 95. L'impressione che si ha è che si sia venuto a formare un regime sostanzialmente consolare di governo, le maggiori decisioni venendo direttamente concordate dai *leaders* dei partiti alleati, con una partecipazione (di tono, però, decisamente minore) di altri esponenti politici, quale il Ministro dell'economia²³ e, appunto, lo stesso Presidente del Consiglio, chiamati a svolgere un ruolo comunque politicamente subalterno rispetto alla parte recitata a soggetto, senza copione²⁴, dai primi attori sulla scena²⁵.

4. *La degenerazione della democrazia in olocrazia, il ruolo frenante che può essere giocato dai garanti, in ispecie dai giudici, il paradosso o l'ossimoro costituzionale cui dà luogo l'attività da essi posta in essere a tutela dei diritti fondamentali*

Uno speciale significato va, poi, assegnato al ruolo del *web*, in generale ormai praticamente in ogni esperienza di vita in comunità ma specialmente, per ciò che qui maggiormente importa, in quelle di natura politico-istituzionale. La ricerca spasmodica da parte degli esponenti politici di ogni colore (ma soprattutto di alcuni) di un contatto diretto con la massa informe dei cybernauti fa sì che proprio il *web* si ponga quale il luogo elettivo nel quale vengono a maturazione o, come che sia, sono sollecitate a formarsi le decisioni di maggior rilievo, con riflessi immediati a carico dei diritti fondamentali e per l'intero spettro dei beni della vita costituzionalmente protetti²⁶.

Di qui, il rischio viepiù incombente della degenerazione della democrazia in olocrazia, di cui la

non paragonabile a quella del Ministro *uti singulus*, al di là delle diverse letture che dell'uno e dell'altra si diano, è innegabile (ha, di recente, fatto il punto sulla figura presidenziale I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Jovene, Napoli 2018).

²² Ancora di recente, una sensibile dottrina (G. PITRUZZELLA, *L'evoluzione della figura del Presidente del Consiglio dei ministri e gli assetti della democrazia italiana*, in *ASTRID*, 5/2018, 9 aprile 2018, 5) ha opportunamente rilevato che "equilibri instabili e assetti variabili sono un elemento tipico della storia repubblicana, specie di quella recente".

²³ ... peraltro in costante e grave affanno a causa del *pressing* cui è sottoposto dai *leaders* dei partiti che gli chiedono di fare il miracolo di reperire le ingenti risorse richieste al fine della pur parziale realizzazione del "contratto di governo".

²⁴ Nelle recite a teatro, soprattutto in quelle dei grandi artisti, l'improvvisazione non di rado è la chiave del successo; in politica, purtroppo, rischia molte volte di esser foriera di guasti anche assai gravi, quali ad es. si hanno quando le improvvide dichiarazioni di esponenti di spicco provocano brusche impennate dello *spread* o reazioni scomposte da parte dei *partners* politici che, sommate alle prime, danno vita ad una spirale perversa ed incontrollabile nei suoi effetti e nelle possibili implicazioni.

²⁵ In altra occasione, mi sono dichiarato nel senso che i due Vicepresidenti del Consiglio si porrebbero quali le basi portanti di una costruzione triangolare avente al vertice il Presidente del Consiglio, un vertice tuttavia non autenticamente decisionale ma meramente ancillare o, tutt'al più, chiamato a dare il suo apporto al raggiungimento di ardue e sempre più problematiche mediazioni tra le proposte politiche provenienti dalle due parti politiche alleate (v., dunque, il mio Intervento al *forum* organizzato dalla *Rivista del Gruppo di Pisa* su *La intricata vicenda del Governo Conte*, cit.).

²⁶ Sulla tutela dei diritti nel cyberspazio, di recente e per tutti, G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano 2017, e A. MORELLI - O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 19 marzo 2018; v., inoltre, lo studio curato da V. SALVATORE per conto del Servizio ricerca del Parlamento europeo (EPRS) su *Il diritto al rispetto della vita privata: le sfide digitali. Una prospettiva di diritto comparato*, ottobre 2018, in *ASTRID*.

storia ci ha consegnato tristi, eloquenti, inconfutabili testimonianze²⁷. Tutti ormai operano attraverso il *web*: anche i massimi garanti del rispetto delle regole del gioco non riescono a sottrarsi a questa autentica *Grundnorm*, per il fatto elementare di tutta evidenza che proprio questo è il terreno o il tavolo sul quale la partita si svolge. Si gioca infatti comunicando e si comunica soprattutto, se non pure esclusivamente, via *web*, oltre che attraverso i mezzi tradizionali di trasmissione del pensiero, quali la stampa e la televisione²⁸.

Nel *web*, tuttavia, si annida e riproduce il cancro della democrazia rappresentativa e, perciò, piaccia o no, della democrazia *tout court*, dal momento che, pur nei limiti evidenti e crescenti dimostrati dalla rappresentanza, non si è ancora riusciti ad inventare un sistema migliore di questo al fine di assicurare il governo di società complesse, quali sono gli Stati contemporanei ed altre organizzazioni (tra le quali, principalmente, l'Unione europea) che, pur nei tratti originali loro tipici, si rifanno con corposi adattamenti al modello statale (segnatamente, a quello di stampo federale o parafederale).

Il *web* concorre, infatti, ad aggravare ulteriormente la crisi, forse la vera e propria agonia, della rappresentanza politica: la c.d. (impropriamente detta) "democrazia elettronica"²⁹ insinua e diffonde, come un male inarrestabile, il convincimento che possa farsi a meno della democrazia rappresentativa o, comunque, che essa debba svolgere un ruolo meramente ancillare, di proiezione e "razionalizzazione" delle decisioni assunte via *web*.

È singolare che i partiti non si avvedano dei rischi per la loro stessa sopravvivenza, sia pure in forme inusuali rispetto al passato, ai quali vanno incontro nel momento in cui affidano le loro speranze di catturare consenso al *web*, svilendo di conseguenza in misura crescente l'istituto della rappresentanza, nella sua più genuina ed espressiva manifestazione. Il timore è che, quando finalmente ne avranno consapevolezza, sarà ormai troppo tardi per far riavvolgere la storia su se stessa.

È in questo scenario a tinte fosche e per più aspetti inquietante che s'inscrive il ruolo dei garanti della tenuta del sistema, in specie di quelli cui è fatta specifica menzione nella Carta, ma appunto non solo di essi: si pensi, ad es., al servizio quotidianamente reso dai giudici comuni, molte volte in modo discreto, nell'ombra, e tra non poche difficoltà ed ostacoli di vario genere, altre volte invece sotto i riflettori e con una sovraesposizione mediatica talora involontaria, talaltra invece ricercata ed eccessiva.

È interessante fermare, sia pure solo per un momento, l'attenzione su un punto di cruciale rilievo, specie per i riflessi che possono aversene a carico della Costituzione, con riguardo all'attività svolta dai giudici e dai garanti in genere: un punto al quale si rende evidente un duplice paradosso o, se si vuole, un ossimoro emergente dal quadro complessivo in cui s'inscrive la loro

²⁷ ... la più drammatica delle quali è data dal processo a Gesù, mirabilmente descritto in un noto passo giovanneo fatto oggetto di molti commenti di vario segno (segnalo qui solo i contributi di A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit.; G. ZAGREBELSKY, *Il "Crucifige!" e la democrazia*, Einaudi, Torino 1995, e M. MIGLIETTA, *I.N.R.I. Studi e riflessioni intorno al processo a Gesù*, Satura, Napoli 2011). Ha, ancora non molto tempo addietro, avvertito del rischio dello scivolamento in un regime olocratico G. AZZARITI, *A proposito di democrazia e i suoi limiti*, in Costituzionalismo.it, 2/2017, 16 settembre 2017, 1 ss. In prospettiva comparata, v., poi, utilmente, AA.VV., *Constitutional Democracy in Crisis?*, a cura di M.A. Graber - S. Levinson - M. Tushnet, Oxford University Press, Oxford 2018. Con specifico riguardo alle forme occulte di manipolazione del consenso tramite la rete, in merito alle quali è venuta formandosi – come si sa – una letteratura ormai imponente, v., almeno, A. D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Giur. cost.*, 6/2017, 3136 ss.

²⁸ Profitto dell'opportunità oggi offertami per riprendere un pensiero che ho manifestato in altra, recente occasione, rilevando come attraverso il "dialogo" fitto e costante con la pubblica opinione i massimi garanti del sistema possano dar ulteriore credito al convincimento diffuso che essi non si distinguano dagli operatori politico-istituzionali e dagli attori politici in genere che fanno proprio del ricorso alla comunicazione mediatica il canale privilegiato e la fonte principale al fine di lucrare consenso. Con il che, però, il rischio micidiale cui essi vanno incontro è che, proprio a causa di siffatta confusione dei ruoli, essi possano ulteriormente delegittimarsi.

²⁹ ... in merito alle cui espressioni, tra i molti altri, v. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla c.d. e-'democracy')*, in *Dir. informat.*, 2003, 465 ss.; D. PITTERI, *Democrazia elettronica*, Laterza, Roma-Bari 2007; M. MACALUSO, *Democrazia e consultazione on line*, FrancoAngeli, Milano 2007; F. ORAZI - M. SOCCI, *Il grillismo. Tra democrazia elettronica e movimento personale*, Carocci, Roma 2014; G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2017.

opera.

Allo scopo di salvaguardare la Costituzione, in ispecie i diritti e gli interessi in genere costituzionalmente protetti, i garanti si trovano infatti non di rado costretti a piegare e distorcere il loro ruolo, sovraccaricandolo di valenza politica, per ciò stesso facendo luogo a gravi e alle volte diffuse torsioni della Costituzione stessa, tanto nella parte organizzativa quanto in quella sostantiva. Se ne ha una condizione di *stress* e di vera e propria sofferenza in cui versa il principio della separazione dei poteri, a motivo della confusione e dell'appannamento dei ruoli istituzionali, che non lascia a conti fatti indenne l'intero impianto costituzionale³⁰.

Indice eloquente e – ad esser franchi – allarmante di questa tendenza è lo scostamento, che sempre più di frequente viene a determinarsi, dai canoni che stanno a base dei processi, segnatamente – per ciò che qui maggiormente importa – di quelli che si svolgono presso la Consulta, a partire dal canone della rilevanza e, in genere, della incidentalità, del quale si è fatto in non poche occasioni un abnorme utilizzo³¹, come pure del canone costituzionale che circoscrive l'oggetto dei giudizi di costituzionalità alle sole norme risultanti da leggi ed atti a queste equiparati, indebitamente esteso, sia pure nel corso di una peculiare ed anomala vicenda³², altresì a norme non scritte, quale quella di adattamento automatico a norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. Viene in tal modo ad emergere, prepotentemente, l'“anima politica” – com'è usualmente chiamata – del giudice delle leggi a tal punto da sopraffare quella giurisdizionale, con conseguente snaturamento complessivo dell'organo³³. Una tendenza o, diciamo pure, una tentazione, questa, alla quale talora indulgono gli stessi giudici comuni, specie laddove, sollecitati dal bisogno di dare risposte credibili e complessivamente appaganti alle domande di giustizia che sono loro rivolte da una umanità dolente, forzano³⁴ gli argini segnati dalle leggi e dalle fonti di

³⁰ Non si dimentichi, d'altronde, che il principio in parola è una delle due gambe che consentono alla Costituzione ed allo Stato costituzionale di portarsi avanti e di affermarsi negli ordinamenti di tradizioni liberali, secondo la felice e ad oggi insuperata intuizione dei rivoluzionari francesi racchiusa nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

³¹ Le espressioni più vistose di questo *trend* sono date da [Corte cost. n. 10 del 2015](#) e dalle note, discusse (e discutibili) pronunzie in materia elettorale. In dottrina, tra i molti altri, v., almeno, quanto alla prima, i commenti che sono richiamati in testa alla decisione da questa *Rivista*, e gli altri che sono in *Quad. cost.*, 3/2015, e in *Giur. cost.*, 1/2015, e, più di recente, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 59 ss., e A. STEVANATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3/2018, 23 ottobre 2018, 185 ss.; per le seconde, v. AA.VV., *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere*, a cura di G. Ferri, ESI, Napoli 2017; A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 127 ss., nonché i contributi che sono in *ASTRID*, 12/2018, 19 settembre 2018, ed *ivi*, part. S. LIETO, *Legge elettorale e controllo di costituzionalità. Ovvero: quando il fine giustifica (sempre?) i mezzi*.

³² Il riferimento – com'è chiaro – è alla discussa (e discutibile) [sent. n. 238 del 2014](#), sulla quale è piovuta una messe di commenti di vario segno, molti dei quali, nell'affrontare la questione ora evocata, hanno palesemente risentito del merito della vicenda, del bisogno cioè di dare un qualche ristoro ad un bene indisponibile della vita, quello della dignità della persona umana, calpestato dai criminali nazisti in occasione della seconda grande guerra.

³³ Del precario equilibrio, frequentemente alterato, che si intrattiene tra le “anime” in parola, v., tra gli altri, C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa, 15 dicembre 2016), a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017.

³⁴ ... particolarmente, ma non solo, a mezzo della tecnica dell'interpretazione conforme, portata non di rado ad esasperate applicazioni [riferimenti in G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006 e, della stessa, *La Costituzione “sottintesa”*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazione adeguatrice*, Giuffrè, Milano 2010, 3 ss., e [La \(parziale\) riconversione delle “questioni di interpretazione” in questioni di legittimità costituzionale](#), in questa *Rivista*, [Studi 2016/II](#), 293 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, cit., 99 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi*, cit., 37 ss., e con particolare riferimento all'ordinamento spagnolo, R.G. RODIO, *Il Tribunal Constitucional spagnolo ed i limiti all'interpretazione conforme a Costituzione*, in [DIRITTFONDAMENTALI.IT](#), 2/2018, 13 novembre 2018. Con specifico riguardo alla CEDU, v., ora,

diritto in genere ovvero colmano strutturali lacune da questi indebitamente lasciate per farsi legislatori, talvolta persino legislatori di revisione costituzionale e – più ancora – legislatori costituenti (nei casi in cui la riscrittura della Carta coinvolge gli stessi principi fondamentali dell'ordinamento)³⁵. È nondimeno assai complicato, tanto al piano teorico-ricostruttivo quanto nella pratica, stabilire dove passa, per ciascun enunciato positivo, la linea di confine tra gli aggiornamenti semantici consentiti per via d'interpretazione e quelli che invece si pongono oltre la linea ideale di confine del campo materiale segnato dalla lettera e dagli altri canoni che stanno a base dell'interpretazione medesima³⁶.

La giurisprudenza, specie con riguardo alle questioni maggiormente esposte ai condizionamenti delle crisi ed emergenze dietro indicate, tende perlopiù a fare riferimento a beni della vita o interessi costituzionalmente riconosciuti e bisognosi di essere comunque messi al riparo da minacce dalla varia provenienza ed intensità al fine di giustificare l'operazione posta in essere, tanto più laddove si dimostri essere innovativa rispetto a precedenti orientamenti³⁷. Insomma, la messa da canto di canoni considerati dallo stesso giudice dapprima indisponibili sembra giustificarsi nel principio *salus rei publicae suprema lex esto* che obbliga la Costituzione a subire un sacrificio grave della sua vis prescrittiva allo scopo di potersi comunque... riaffermare e trasmettere anche alle generazioni che verranno³⁸.

Viene allora spontaneo, ancora una volta, chiedersi: *il fine giustifica sempre il mezzo? E, specificamente, un fine in tesi costituzionale può giustificare un mezzo incostituzionale (e, persino, anticostituzionale)*³⁹? Ove dovesse risponderci affermativamente⁴⁰, sarebbe poi necessario ulteriormente chiedersi fino a che punto quest'esito possa essere tollerato ed assorbito dal sistema senza che se ne abbia una torsione irrimediabile dello Stato costituzionale e, con essa, a conti fatti, lo smarrimento stesso della Costituzione.

Ecco, dunque, il paradosso o l'ossimoro: la Costituzione giustifica ed anzi impone il mezzo, in vista della propria sopravvivenza; ma il mezzo rischia poi di far suonare le campane a morto per la

P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, e L. CASSETTI, *La "manipolazione" dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la "giustizia del caso singolo"*, relaz. alle XI Giornate di Diritto costituzionale su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, svoltesi a Messina il 10 e 11 settembre 2018, in *paper*, spec. al § 4; quanto al diritto dell'Unione europea, v., almeno, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; 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; V. PICCONE, in più scritti, tra i quali, da ultimo, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Diritti Comparati*, 16 marzo 2018, 298 ss. Molto importanti sono le recenti sentenze della Corte giust., Grande Sez., 6 novembre 2018, C-684/16, *Max Planck Gesellschaft c. T. Shimizu*; C-569/16, *Stadt Wuppertal c. M.E. Bauer* e C-570/16, *TWI Technische Wartung und Instandsetzung Volker Willmeroth eK c. M. Broßonn*].

³⁵ Le pronunzie maggiormente creative o "normative" – come sono usualmente chiamate – sono infatti proprio quelle che prendono di mira, pur se in modo abilmente mascherato, lo stesso dettato costituzionale, non risparmiandolo a conti fatti in alcuna sua previsione.

³⁶ ... tra i quali, con specifico riguardo all'interpretazione costituzionale, quello dell'*original intent*, al quale la giurisprudenza ha – com'è noto – riconosciuto una particolare valenza (spec. in [Corte cost. n. 138 del 2010](#)).

³⁷ È ciò che è appunto accaduto, ad es., per la materia elettorale, con la svolta che ha portato ad attrarre al sindacato di costituzionalità una disciplina che fino ad allora sembrava radicarsi stabilmente in una "zona franca", immune al sindacato medesimo.

³⁸ Non si tratta, peraltro, di una novità solo del tempo a noi più vicino: si rammenti, infatti, la motivazione data da [Corte cost. n. 15 del 1982](#), con cui è stata fatta salva una disciplina normativa che prolungava in modo abnorme e con sacrificio di beni della vita indisponibili (a partire da quello della dignità della persona umana) la durata della carcerazione preventiva al dichiarato intento di non dar modo a persone sospette di appartenere alle brigate rosse di esser rimesse in libertà per scadenza dei termini.

³⁹ Quest'ultimo termine è qui, ancora una volta, ripreso da A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.

⁴⁰ Non si perda tuttavia di vista il severo ammonimento di un'accreditata dottrina, secondo cui "i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini" (A. PUGIOTTO, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169).

stessa Costituzione. Un circolo perfetto e perverso allo stesso tempo, insomma.

Come si avvertiva in sede di notazioni iniziali di questo studio, abbiamo cominciato col parlare di forma di governo e sistema dei partiti e abbiamo finito col discorrere dei principi fondamentali, a partire da quello di separazione dei poteri e di dignità della persona umana, e, dunque, a conti fatti, col trattare di Costituzione, della sua essenza e capacità di farsi valere, specie nelle congiunture, quale quella presente, maggiormente travagliate e incerte.

5. Un secondo paradosso: l'integrazione sovranazionale dà alimento al populismo ed al nazionalismo ma può, allo stesso tempo, porre un argine alla loro impetuosa e rovinosa diffusione, specie laddove si faccia luogo alla "federalizzazione" sia dei partiti che degli operatori di giustizia

Ci si deve a questo punto chiedere se, in che misura e a mezzo di quali risorse si possa tentare di invertire la tendenza alla degenerazione complessiva del sistema, al piano politico come a quello istituzionale e, in ultima istanza, a quello costituzionale.

Per vero, non siamo in grado di dire se sia stato, o no, superato il punto di non ritorno, se cioè possa darsi almeno in parte riparo ai guasti riscontrati nel "sistema dei partiti" – se vogliamo seguitare a chiamarlo eufemisticamente così – e nei meccanismi istituzionali (tanto in quelli specificamente riguardanti le dinamiche della forma di governo quanto negli altri che attengono alla relazione tra comunità governata ed apparato governante).

La degenerazione della democrazia in olocrazia temo che sia inevitabile, qualora non si adottino efficaci misure di contenimento dell'uso selvaggio del *web*, per effetto del quale la via risulta spianata ad una crescita abnorme, incontrollata, del populismo, il quale poi ha buon gioco per affermarsi e rinfocolarsi in misura crescente a causa delle perduranti e sempre più vistose e preoccupanti emergenze, di cui si diceva.

Ora, un ruolo frenante, di contrappeso, al *mix* di populismo e nazionalismo può essere esercitato, come si viene dicendo, per un verso, dall'ulteriore avanzata del processo d'integrazione sovranazionale e, per un altro, dall'infittirsi del dialogo tra le Corti. Ed è proprio in questo scenario che si ha riscontro del secondo paradosso, poc'anzi evocato e rispetto al primo non meno gravido di implicazioni e complessive valenze.

L'avanzata del processo suddetto ha, infatti, come si è veduto, agevolato ed alimentato la reazione dei movimenti politici che hanno fatto del populismo e del nazionalismo la loro bandiera; e però la circostanza che quote viepiù consistenti di sovranità siano state trasferite (e seguitino ad esserlo) a beneficio dell'Unione può, allo stesso tempo, ostacolare il dilagare del populismo e del nazionalismo. Ne dà una eloquente testimonianza, tra i molti esempi che possono al riguardo farsi, l'obbligo del mantenimento della soglia del tre per cento fissata dall'Unione per l'indebitamento pubblico quale argine invalicabile da parte delle misure che i partiti della coalizione che sono al governo del nostro Paese si sono impegnati a varare in campo economico-sociale.

Debbo fare una confessione ad alta voce. Non soltanto nella congiuntura presente, particolarmente sofferta ed inquietante, ma anche in altri momenti assai travagliati della storia recente del nostro Paese, allorché era diffusamente avvertito il timore della degenerazione autoritaria dell'ordinamento e dello smarrimento dei capisaldi della democrazia, ho trovato conforto proprio nella consapevolezza della stabile appartenenza dell'Italia all'Unione, nel fatto cioè che quest'ultima non sarebbe rimasta indifferente davanti al processo degenerativo in corso, quanto meno che avrebbe prodotto ogni sforzo possibile per ostacolarlo⁴¹.

⁴¹ Sulle aspettative di salvaguardia della democrazia che possono fare affidamento sull'Unione e la Comunità internazionale, di recente, G.M. SALERNO, *Le garanzie della democrazia*, relaz. al Convegno dell'AIC su *Democrazia, oggi*, cit., in *Rivista AIC*, 3/2018, 7 settembre 2018, spec. al § 4. Rammento, poi, qui le recenti iniziative adottate in ambito sovranazionale in reazione alle misure illiberali poste in essere in Polonia e Ungheria [con specifico riguardo alle vicende della prima, v., part., G. REPETTO, *Incroci (davvero) pericolosi. Il conflitto giurisdizionale sull'indipendenza dei giudici tra Lussemburgo e Varsavia*, in *Diritti Comparati*, 7 novembre 2018; quanto a quelle della seconda, v. C. CURTI GIALDINO, *Il Parlamento europeo attiva l'art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando, per tutelare lo "Stato di diritto", si viola la regola di diritto*, in *Federalismi.it*, 18/2018, 19 settembre 2018].

Sia chiaro. Nessuno è così ingenuo da dimenticare la lezione della storia che riporta innumerevoli esempi di acquiescenza di singoli Stati e della Comunità internazionale davanti all'affermazione dei regimi anche i più illiberali, a motivo del fatto che chi è in essi al governo promette di fare buoni affari economici o, come che sia, intrattenere relazioni complessivamente convenienti. La storia, però, ci consegna anche molti esempi di reazione solidale degli Stati e della Comunità suddetta, specie nei casi in cui si temeva che dai regimi in parola potessero venire minacce per la pacifica convivenza, il dilagare del terrorismo, e via dicendo.

Sappiamo tutti come sono nate le Comunità europee prima e l'Unione poi: il riferimento alla pace ed alla giustizia tra le nazioni fa parte del DNA di queste originali organizzazioni, tant'è che non casualmente ad esso ha fatto – com'è noto – appello la giurisprudenza facendo su tali valori poggiare le limitazioni di sovranità alle quali lo Stato si è impegnato ad assoggettarsi al momento in cui è entrato a far parte delle organizzazioni medesime.

Populismo e nazionalismo, insomma, non potranno essere efficacemente debellati con le singole forze di ciascuno Stato, anche di quelli in cui più solide sono le basi della democrazia; possono invece essere combattuti con maggiori speranze di vittoria solo incoraggiando ad ulteriori e significativi avanzamenti il processo d'integrazione sovranazionale e la solidarietà degli Stati in seno alla Comunità internazionale.

Se l'obiettivo finale è la federalizzazione dell'Unione, sia pure in forme originali e solo sommariamente confrontabili con quelle affermatesi nelle esperienze statali, è del tutto coerente con siffatta indicazione di ordine strutturale che si debba puntare altresì in modo fermo e risoluto, per un verso, alla federalizzazione dei partiti politici (diciamo meglio: ad una federalizzazione molto ma molto più progredita di quella che a gran voce gli stessi partiti proclamano esservi)⁴² e, per un altro verso, alla "federalizzazione" (nel senso che si dirà a momenti) degli organi di giustizia.

Il versante politico va coltivato con la stessa sollecitudine con la quale è battuto il versante giurisdizionale, specie sul terreno del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali. L'uno è, anzi, come subito si dirà, complementare all'altro, non riuscendosi a centrare il bersaglio preso di mira laddove il processo di federalizzazione dovesse fermarsi ad uno solo dei versanti suddetti.

Credo che pochi dubbi possano aversi a riguardo del fatto che grazie al "dialogo" tra le Corti – com'è di moda chiamarlo, sia pure con una non rimossa ambiguità e improprietà di linguaggio – i diritti ne hanno avuto complessivamente un guadagno⁴³, al di là ovviamente delle riserve e critiche che legittimamente possono aversi, così come – si sa – si hanno da parte di molti, nei riguardi di singole pronunzie e persino di interi indirizzi di questa o quella Corte. E quando la pianta dei diritti fiorisce e cresce, fiorisce e cresce anche la Costituzione che ha in quelli il proprio cuore pulsante.

Se, poi, si considera che una equilibrata ed efficace salvaguardia dei diritti non può aversi senza

⁴² Con riferimento al nostro ordinamento, la più avvertita dottrina (T. Martines) ha, d'altronde, da tempo argomentato la tesi secondo non può esservi autonomia delle Regioni laddove non si dia autonomia delle ramificazioni periferiche dei partiti; e questo vale, ovviamente, anche per il caso opposto, l'autodeterminazione dei partiti locali ponendosi quale condizione necessaria, ancorché di per sé non sufficiente, dell'autonomia degli enti [sul contributo al riguardo dato dal Maestro messinese, v., part., *L'"intreccio delle politiche" tra partiti e regioni. Alla ricerca dell'autonomia regionale*, in AA.VV., *Autonomia politica regionale e sistema dei partiti*, I, Giuffrè, Milano 1988, ora in *Opere*, cit., III, 921, sul cui pensiero si è quindi intrattenuto, con opportuni rilievi, L. D'ANDREA, *Autonomie territoriali e sistema dei partiti nel pensiero di Temistocle Martines*, in [DIRITTI REGIONALI](#), 3/2016, 680 ss., spec. 684].

⁴³ ... e, per avvedersene, basti solo scorrere i commentari delle Carte europee [v., dunque, almeno *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, e AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017. V., inoltre, utilmente, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti ed E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018, e, con specifico riguardo alla Carta dell'Unione ed alla sua implementazione nell'esperienza per mano della Corte di giustizia, 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; P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁴, Giappichelli, Torino 2014, 379 ss.; A.-O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: profili costituzionali*, Jovene, Napoli 2017; AA.VV., *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, a cura di A.M. Carmona Contreras, Aranzadi, Cizur Menor 2018].

la sana collaborazione di giudici e legislatore, a tutti i livelli istituzionali ai quali se ne può (e deve) avere riscontro, se ne ha che l'obiettivo sul quale a mia opinione occorre decisamente puntare è proprio quello della *federalizzazione dei diritti*, per il tramite della federalizzazione delle Corti⁴⁴.

D'altronde, si hanno numerose e rilevanti testimonianze di questa tendenza, che è appunto già in atto ma che attende ancora di ricevere la spinta più vigorosa al fine di potersi affermare e radicare. Si pensi solo alle "catene" – come le si è altrove chiamate – di pronunzie cui le Corti danno non poche volte vita, dapprima con decisioni che enunciano principi ai quali il legislatore e gli stessi giudici, ciascuno per la propria parte, sono chiamati a dare congruo ed appagante svolgimento e di poi, appunto, con decisioni contenenti regole adottate in attuazione delle prime⁴⁵.

Il "dialogo" tra le Corti, poi, non è soltanto fattore di stabilizzazione e di rinnovamento, allo stesso tempo, degli indirizzi giurisprudenziali e delle stesse discipline legislative che da essi si alimentano (o, meglio, che *dovrebbero* alimentarsi, così come, circolarmente, quelli si alimentano dalle leggi e dagli atti di normazione in genere, rinnovandosi col rinnovarsi di questi)⁴⁶. V'è infatti di più, di specifico rilievo nel quadro della riflessione che si viene facendo, per ciò che attiene al mantenimento degli equilibri complessivi del sistema.

Una Corte, infatti, che sa di poter decidere in sovrana solitudine può indulgere alla tentazione di commutarsi in un vero e proprio *potere costituente permanente*, riscrivendo a piacimento il dettato costituzionale persino nei suoi principi e diritti fondamentali (e, forse, proprio a partire da questi). Di contro, una Corte che sa di doversi confrontare con altre Corti parimenti, materialmente costituzionali (o, diciamo meglio, tendenzialmente costituzionali⁴⁷) può essere sollecitata ad un maggiore autocontrollo, specie in occasione della trattazione delle più spinose questioni di diritto costituzionale.

I giudici possono fare, come fanno, molto al servizio dei diritti, pur se non fanno difetto le torsioni del modello dagli stessi alle volte causate e le complessive carenze dell'amministrazione della giustizia, in ciascuna delle sue forme ed a tutti i livelli istituzionali ai quali si esprime. La "supplenza" nei riguardi del legislatore – com'è comunemente chiamata – alla quale essi fanno

⁴⁴ Mi sono sforzato di precisare meglio i concetti qui appena evocati in altri luoghi di riflessione scientifica, tra i quali *La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. Panella, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 211 ss., nonché in *Media Laws*, 2/2018, 13 marzo 2018, e *Per una "federalizzazione" dello Stato e dell'Unione europea: un esito necessario e... irraggiungibile?*, in *Le Regioni*, 1/2018.

⁴⁵ Si rammentino, ad es., al riguardo le sentenze-pilota o le additive di principio, rispettivamente adottate dalla Corte EDU e dalla Corte costituzionale, alle quali si saldano armonicamente, formando appunto una "catena", le pronunzie dei giudici comuni che ne assicurano l'opportuna implementazione nell'esperienza, in ragione delle peculiari connotazioni dei casi, dandovi appunto *attuazione*, e non già mera *applicazione*, secondo quanto invece opina un'accreditata dottrina (v., part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché, ora, *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della Costituzione"*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.).

⁴⁶ Sappiamo tuttavia che non mancano le distorsioni e le mancate attuazioni del modello stesso, da una parte e dall'altra, venendosi a determinare non sporadici scollamenti tra legislazione e giurisdizione forieri di riflessi negativi immediati a carico dei diritti e, per ciò stesso, della Costituzione.

⁴⁷ Questa tendenza è rilevata, con notazioni di vario e persino opposto segno, da una crescente dottrina [tra gli altri, v. 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; O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti e V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; 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 A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss., e AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2016].

luogo, non di rado in modo sofferto e con molta fatica⁴⁸, vale tuttavia solo fino ad un certo punto ed al ricorrere delle condizioni favorevoli alla sua affermazione⁴⁹. Per un fisiologico svolgimento delle dinamiche istituzionali, al piano della forma di governo come pure a quello della forma di stato, dell'opera del legislatore non può comunque farsi a meno, se si ha a cuore di preservare il principio della separazione dei poteri e con esso, come si diceva, la Costituzione, nell'accezione propria della tradizione liberale. Sta di fatto che dell'opera stessa, in molti ambiti materiali e con riguardo a beni della vita o interessi di rilievo costituzionale, assai spesso non si ha traccia ovvero, quando se ne ha, i suoi prodotti denunciano non pochi né lievi carenze.

6. Il nodo irrisolto della rappresentanza, la fragilità delle liberaldemocrazie, il dovere incombente sugli uomini di cultura di fare opera capillare di informazione in merito ai rischi ai quali va incontro il valore democratico davanti al dilagare del populismo e del nazionalismo

Rimane comunque non sciolto, come si diceva, il nodo di fondo della rappresentanza. La crisi di quest'ultima – com'è stato egregiamente mostrato da un'accreditata dottrina⁵⁰ – è, *in nuce*, crisi dei rappresentati, ancora prima (e di più) che dei rappresentanti. Il nodo è, dunque, stretto all'interno del corpo sociale, non già nella sua superficie, dove nondimeno si rende più immediatamente visibile. Ci si deve, dunque, chiedere se e come proprio su di esso si possa intervenire.

Da tempo mi sono fatto persuaso che tra regole (costituzionali e non) e regolarità della politica si diano mutue e rilevanti implicazioni, che non si possano cioè sortire gli effetti sperati unicamente operando al piano delle une ovvero delle altre, il processo riformatore dovendole coinvolgere a fondo entrambe. Possiamo poi discutere se sia maggiore l'incidenza che può aversi nell'uno o nell'altro senso, non però sulla necessità di battere entrambi i versi, attivando così un processo circolare virtuoso di mutuo sostegno e incessante ricarica dei materiali (normativi e fattuali) che in

⁴⁸ Emblematica di questo stato d'animo la dichiarazione resa dal Presidente della Corte costituzionale G. Zagrebelsky, in occasione della conferenza stampa del 2004, in un suo passo frequentemente richiamato, laddove si riconosce esser la "supplenza" in parola "non richiesta e non gradita". Un'affermazione fatta con specifico riguardo alla mancanza di una disciplina organica di attuazione del nuovo Titolo V ma – come si viene dicendo – in realtà estensibile praticamente ad ogni campo materiale di esperienza e, pur nella tipicità dei ruoli e la diversità degli effetti riconducibili alle rispettive attività, valevole altresì per i giudici comuni.

⁴⁹ Non sempre, infatti, come si sa, essa può aversi: ad es., con specifico riguardo alla giustizia costituzionale, non se ne può avere riscontro in presenza di omissioni assolute del legislatore ovvero, pur laddove una carente disciplina legislativa si dia, nei casi in cui vi osti il rispetto della discrezionalità del legislatore: un canone, quest'ultimo, concettualmente impalpabile ed evanescente e, per ciò stesso, soggetto ad assai varie ed astrattamente imprevedibili applicazioni, a conti fatti trovandosi rimesso all'insindacabile apprezzamento dello stesso tribunale costituzionale.

⁵⁰ Part., 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., e, dello stesso, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria pol.*, 2015, 113 ss., spec. 128; v., inoltre, AA.VV., *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, a cura di A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015; AA.VV., *Rappresentanza e globalizzazione*, a cura di C. Bassu e G.G. Carboni, Giappichelli, Torino 2016; G. BRUNELLI, *Partiti politici e dimensione costituzionale della libertà associativa*, in F. BIONDI - G. BRUNELLI - M. REVELLI, *I partiti politici nella organizzazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 21 ss.; i contributi al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, Catania 3-4 aprile 2017, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2017; F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Giappichelli, Torino 2017; A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Dir. cost.*, 1/2018, 95 ss., e, dello stesso, ora, *amplius*, *Rappresentanza politica e divieto di mandato imperativo*, cit.; in prospettiva filosofica, v., almeno, L. FERRAJOLI, *Separare i partiti dallo Stato, riportare i partiti nella società*, in *Lo Stato*, 6/2016, 11 ss.; con riguardo alla dimensione sovranazionale, ora, A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sopranazionale. I fattori normativi*, FrancoAngeli, Milano 2018. Infine, i contributi all'incontro di studio su *Crisi della rappresentanza e metamorfosi della funzione giurisdizionale*, cit., e AA.VV., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, a cura di P. Bilancia, Giappichelli, Torino 2018, nonché, volendo, anche le mie [Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2016/III](#), 444 ss., e *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, in [Federalismi.it](#), 22/2017, 22 novembre 2017.

esso si dispongono e svolgono.

Molto può fare al riguardo, per comune riconoscimento, la disciplina elettorale che si situa al cuore sia della forma di governo che della forma di Stato, anche se la stessa non va neppure sovraccaricata di attese e complessive valenze. È persino banale dover qui nuovamente rammentare che, se ci si è trovati costretti a dar vita ad una maggioranza *arlequin*, frutto di una singolare alleanza tra partiti inizialmente dichiaratisi reciprocamente incompatibili, quest'esito si deve anche ad una normativa elettorale che nulla fa per nascondere le proprie strutturali, gravi carenze e contraddizioni⁵¹.

Un punto, ad ogni buon conto, è da tenere a mia opinione fermo; ed è che la storia – come insegnava G.B. Vico⁵² – si ripete, in forme anche profondamente diverse, ma torna prima o poi a presentare il conto.

Le liberaldemocrazie, specie in alcuni contesti, possono dimostrarsi fragili; e, proprio quando soffia più impetuoso il vento del populismo mescolato col nazionalismo, si fa incombente il rischio della loro degenerazione, col conseguente avvento di regimi autoritari.

Le folle osannanti davanti al volto arcigno del duce o al braccio teso del *Führer* stanno ancora oggi qui davanti ai nostri occhi a darci triste testimonianza e severo ammonimento del fatto che i regimi autoritari suddetti non erano d'*élite* ma poggiavano su un consenso popolare diffuso di una massa narcotizzata, che aveva smarrito il ricordo di ciò che sono e che rappresentano i valori di vita e dignità delle persone umane, di ogni uomo.

Sarebbe bene non dimenticarselo.

Di qui, l'ultimo rimedio, quello forse maggiormente efficace e al quale dobbiamo affidare le nostre maggiori speranze, che grava sugli uomini di cultura e su ogni persona di buona volontà, che è appunto quello di far opera di persuasione, in modo capillare, porta a porta, cominciando dalle scuole, dove siedono i cittadini in formazione, i più giovani e meno esperti e proprio perciò maggiormente esposti, avvertendoli dei rischi che corre la democrazia laddove dovesse abbassarsi la guardia e venir meno la doverosa, scrupolosa vigilanza⁵³. Un'opera, dunque, di richiamo ai doveri costituzionali di solidarietà e di fedeltà alla Repubblica, la quale ultima – si rammenti – può, in circostanze eccezionali, drammatiche, vigorosamente sollecitarci all'adempimento del dovere di resistenza collettiva⁵⁴.

⁵¹ Riferimenti possono aversi, tra gli altri, dai contributi allo “Speciale” di *Giur. it. su Elezioni politiche 2018: come funziona il Rosatellum-bis. Il sistema elettorale spiegato dagli esperti*, a cura di P. Costanzo - A. Ruggeri - L. Trucco, Wolters Kluwer - Utet, Milano 2018. Tra gli altri limiti del *Rosatellum-bis* mi permetto qui di evidenziare, ancora una volta, quello costituito dalla mancata previsione di un pur moderato (in obbedienza ad una nota indicazione della giurisprudenza costituzionale) premio di maggioranza, legandone tuttavia la concessione non soltanto al raggiungimento di una certa soglia di consensi ma, ancora prima, alla partecipazione al voto di una quota consistente del corpo elettorale. La qual cosa, a mio modo di vedere, porterebbe al duplice, benefico effetto di responsabilizzare maggiormente le forze politiche tutte in sede di definizione dei programmi e della loro messa in atto, facendo così innalzare il tasso di rappresentatività dei rappresentanti, per un verso, e di scoraggiare l'astensionismo dalle urne, per un altro (ragguagli nel mio *Il Rosatellum-bis alla prova del valore democratico*, nell'*op. coll.* sopra cit., 90 ss.).

⁵² ... sul cui insegnamento, v. i contributi al Seminario dell'AIC su *Il pensiero e l'opera di Giambattista Vico*, svoltosi all'Università Suor Orsola Benincasa il 25 maggio 2018 (alcuni dei quali possono vedersi in [Rivista AIC](#) 3/2018).

⁵³ Come ha, ancora di recente, rilevato una sensibile dottrina, occorre insomma “Cambiare i cuori uno ad uno”, “favorendo la fioritura della persona, lo sviluppo del suo senso critico e della sua capacità di empatia ed avviare questo cambiamento iniziando da noi, da ciascuno di noi, dal nostro cuore” (T. GROPPI, *Multiculturalismo 4.0*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 1/2018, 18 febbraio 2018, 14).

⁵⁴ Sui doveri in parola, v., almeno, quanto al primo, in aggiunta agli scritti dietro richiamati, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, e, dello stesso, *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Giappichelli, Torino 2007, 3 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 305 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2016, 20 aprile 2016, 1 ss.; P. CHIARELLA, *Società a solidarietà limitata. Lo Stato sociale in Europa*, in *Pol. dir.*, 4/2017, 689 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*,

Siamo già arrivati a questo punto?

Giappichelli, Torino 2017; S. GIUBBONI, *La solidarietà come “scudo”. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 3/2018, 591 ss.; sul secondo, part., dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013, del quale v., ora, anche *sub art. 54*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, a cura di F. Clementi - L. Cuocolo - F. Rosa - G.E. Vigevani, Il Mulino, Bologna 2018, 345 ss.; infine, sul terzo, A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, Giuffrè, Milano 2006; E. VITALE, *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 2010; L. VENTURA, *Il diritto di resistenza*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2014.

Antonio Ruggeri
**Nota minima a riguardo di una procedimentalizzazione anomala
dell'intervento del terzo nei giudizi di costituzionalità**

Non sempre novità di rilievo, gravide di implicazioni a largo raggio di ordine istituzionale, si hanno a mezzo di atti normativi e con la pubblicità che è loro propria.

Così, è anche per l'anomalo [provvedimento del Presidente della Corte costituzionale del 21 novembre scorso](#), contenente – come nella chiusa dello stesso si dichiara – “direttive ed istruzioni” per la Cancelleria riguardanti l'accesso agli atti di coloro che fanno richiesta d'intervento (specificamente) nei giudizi in via d'eccezione, nonché (“nei limiti della compatibilità”) per i restanti giudizi.

Dico subito che la fitta argomentazione addotta a sostegno dell'iniziativa, sollecitata – com'è detto nell'*incipit* del [provvedimento](#) – dalla stessa Cancelleria, a prima lettura sembra essere persuasiva, anche in virtù dei richiami fatti ad altre esperienze processuali. Perplessità e riserve, invece, solleva il modo con cui si fa luogo alla innovazione in parola, che si presenta quale il frutto di una personale, esclusiva determinazione del Presidente, laddove proprio a motivo dei riflessi di prima grandezza che se ne hanno nella dinamica processuale avrebbe, con ogni probabilità, richiesto un diretto coinvolgimento del collegio, seguito dal ricorso ad uno strumento di normazione adeguato allo scopo (quanto meno una modifica delle [norme integrative](#), se non pure della stessa [legge 87 del 1953](#)). Qui, di contro, si è fatto luogo ad un atto informale (una lettera-circolare indirizzata alla cancelleria), al quale non è stata data altra pubblicità se non quella del sito web della Consulta che va ormai sempre di più proponendosi quale il luogo principale della comunicazione tra la Consulta stessa e i suoi interlocutori in genere (istituzioni e pubblica opinione). Segno dei tempi, direbbe un vecchio nostalgico della *Gazzetta Ufficiale*...

Non indugio, in questo succinto commento, sul modo con cui vanno delineandosi, nell'esperienza più recente, nuovi equilibri tra il principio monocratico e quello collegiale in seno alla Corte: troppo poco si sa di talune dinamiche, pure essenziali al fine del mantenimento degli equilibri in parola, per azzardare ipotesi ricostruttive che rischierebbero di essere campate in aria. Certo si è, ad ogni buon conto, che la circostanza per cui, nel caso odierno, non si sia fatto ricorso alla modifica della disciplina normativa posta a base dello svolgimento dei giudizi davanti alla Corte non depone certo nel senso della salvaguardia del secondo di tali principi, che è (e sempre deve porsi) quale l'autentico perno attorno al quale ruota e dal quale si tiene la dinamica suddetta, nelle sue più salienti espressioni.

Mi limito dunque al merito della novità in parola, secondo la quale si preclude al terzo che faccia richiesta d'intervento l'accesso al fascicolo di causa, ancora prima che la Corte si sia pronunciata circa l'ammissibilità dell'intervento stesso (una soluzione, questa, però non valevole per “soggetti, già facenti parte del giudizio principale, che si costituiscano fuori termine nel giudizio di costituzionalità”).

Ebbene, questa “prassi” (o consuetudine processuale?), a giudizio del Presidente, non è “opportuno” che sia più seguita.

Di qui, il cuore della novità stessa: al terzo sarà d'ora innanzi concesso unicamente di rappresentare le proprie ragioni a sostegno della sua richiesta, dopo di che si farà luogo – laddove possibile e, comunque, sempre che giudicato opportuno dal Presidente (ancora una sottolineatura, come si vede, del ruolo di centrale rilievo di quest'ultimo) – ad una riunione della Corte in camera di consiglio specificamente dedicata alla trattazione dell'ammissibilità della richiesta stessa. “I correlativi atti difensivi oggetto di scambio – si precisa, a scanso di ogni possibile equivoco – saranno solo quelli riguardanti la questione dell'ammissibilità dell'intervento”; solo dopo che la stessa sarà decisa in senso favorevole all'istante, quest'ultimo potrà avere “pieno accesso” agli atti.

Dunque, una conoscenza dimidiata e condizionata; ed un giudizio in due tempi, analogo a quello che – come si sa – si ha nei conflitti di attribuzione. Si noti, tuttavia, che siffatta scansione temporale non si avrà sempre, dal momento che potrebbe darsi il caso che non sia “possibile od

opportuno” (perché mai?) far luogo alla previa riunione in camera di consiglio; nel qual caso, la Corte deciderà ugualmente, “in via preliminare”, nella stessa udienza pubblica o riunione in camera di consiglio stabilita per il merito. Il richiedente, nondimeno, potrà chiedere il rinvio della trattazione del merito allo scopo di poter far luogo ad un congruo esame degli atti di causa e stavolta sarà “la Corte” (non – si badi – il Presidente) a decidere se accordare il rinvio (non escludo, ad ogni buon conto, che anche su ciò possa essere proprio il Presidente ad assumere la decisione in parola).

Ora, è di tutta evidenza che si tratta di una “razionalizzazione” di materia fin qui rimandata per intero a “prassi” – non sempre, per vero, lineari – che avrebbero da tempo dovuto esser fatte oggetto di adeguata disciplina positiva, peraltro sollecitata a più riprese dalla più avvertita dottrina. Una “razionalizzazione” che però – qui è il punto – avrebbe meritato un trattamento normativo adeguato al rilievo dell’oggetto della stessa e, di conseguenza, il ricorso a forme di pubblicità ad esso congeniali. Nel merito, poi, la soluzione appare essere – come si diceva – condivisibile e produttiva di un duplice effetto: per un verso, renderà più arduo il compito del terzo, in conseguenza del mancato accesso agli atti di causa nella loro pienezza; per un altro verso, renderà la Consulta meno esposta al condizionamento sostanziale esercitato dagli argomenti del terzo, pur laddove il suo intervento dovesse quindi essere giudicato inammissibile, per il fatto che gli argomenti stessi non potranno giovare della lettura del fascicolo.

Se ne avrà una contrazione della pur parziale apertura talora riscontratasi nell’intervento in parola? E, ancora, ne guadagnerà la giurisprudenza? Confesso di non saper rispondere a queste domande; nel processo, tuttavia, non possono farsi sconti o calcoli di opportunità laddove la loro affermazione dovesse comportare il sacrificio di forme che, nel corso delle vicende processuali, hanno – come si sa – sempre, *per tabulas*, valore di sostanza.

Roberto Romboli

La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano

SOMMARIO: 1. La Cedu nel sistema delle fonti dell'ordinamento italiano e l'assenza di relazioni tra la Corte costituzionale e la Corte Edu. – 2. La riforma costituzionale del 2001 e la introduzione del vincolo per lo Stato italiano di osservare gli obblighi internazionali (art. 117, comma 1, Cost.). Le storiche “sentenze gemelle” del 2007 della Corte costituzionale ed il riconoscimento alla Cedu della natura di parametro costituzionale attraverso la tecnica della norma interposta. – 3. I criteri di interpretazione della Cedu: la interpretazione evolutiva e in particolare la interpretazione conforme alla Cedu ed il suo rapporto con la interpretazione costituzionalmente conforme. Il predominio assiologico della Costituzione. – 4. Il significato e l'efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu: l'affermazione di un monopolio in capo alla Corte europea e le successive riduzioni della stessa attraverso i criteri della tutela più intensa, della necessaria valutazione sistemica, del criterio sostanziale e del margine di apprezzamento, della giurisprudenza consolidata. – 5. La disapplicazione della legge in contrasto con le disposizioni della Cedu e la proposizione della questione di legittimità costituzionale in via incidentale. Il controllo delle leggi anteriori all'entrata in vigore della Cedu. – 6. I più evidenti casi di conflitto tra la Corte costituzionale e la Corte Edu: a) il trattamento economico del personale Ata trasferito dagli enti locali allo stato; b) le “pensioni svizzere”; c) la confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva. – 7. L'efficacia e l'applicazione in Italia delle sentenze di condanna della Corte Edu. La sentenza Edu come fonte del diritto: i casi di restituzione degli atti per “*novum superveniens*”. Gli ostacoli processuali: il superamento del giudicato penale (il [caso Dorigo](#)) e l'analogo problema in materia civile ed amministrativa. – 8. Segue: gli ostacoli di carattere normativo, la presenza di una legge che ha determinato la violazione della Cedu o impeditiva del risultato richiesto dalla Corte Edu. Il diverso ruolo di giudici, Corte costituzionale e legislatore. L'esecuzione della sentenza nei confronti della parte vincitrice a Strasburgo e la diversa posizione dei soggetti che si trovano nella stessa situazione sostanziale. – 9. Un appunto per riflettere su alcune ipotesi future: a) la adesione della Unione europea alla Cedu; b) l'entrata in vigore della pregiudizialità convenzionale di cui al Protocollo XVI; c) le possibili riforme del sistema italiano di giustizia costituzionale per un più proficuo dialogo con le Corti europee: il ricorso individuale diretto ed il passaggio ad un sistema “duale”. – 10. Nota bibliografica.

1. La Cedu nel sistema delle fonti dell'ordinamento italiano e l'assenza di relazioni tra la Corte costituzionale e la Corte Edu.

La riflessione in Italia sul significato e l'efficacia della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (da adesso Cedu) e, conseguentemente, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (da adesso Corte Edu) si è fondata in un primo momento principalmente sulla collocazione della Cedu nel sistema delle fonti del diritto e su aspetti quindi essenzialmente di carattere formale.

La Convenzione è stata recepita in Italia con la l. 4 agosto 1955 n. 848, secondo il modello della ratifica ed esecuzione dei trattati internazionali, per cui non si è ritenuto di dover procedere ad una revisione della Costituzione, allo scopo di dare alla Cedu una copertura costituzionale¹.

Al contrario trova applicazione il principio consolidato secondo cui le disposizioni di un trattato assumono nell'ambito del sistema delle fonti la stessa collocazione propria dell'atto attraverso il quale essi sono introdotti nell'ordinamento statale. In conseguenza di ciò, e seguendo tale regola, ne deriva che le disposizioni della Convenzione hanno, nell'ordinamento italiano, la collocazione e la forza pari a quella della legge, con tutto ciò che ne consegue.

La situazione viene a porsi in termini parzialmente diversi (almeno da un punto di vista sostanziale)

¹ La l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, ha provveduto a modificare l'art. 111 Cost., inserendovi i principi del giusto processo, attraverso una formulazione la quale riprende, in certi punti anche letteralmente, il contenuto dell'art. 6 della Convenzione, mostrando così di non ritenere sufficiente la garanzia derivante dall'essere tali principi contenuti nell'atto convenzionale e quindi applicabili come tali in Italia.

allorché i trattati abbiano ad oggetto, come nel nostro caso, il riconoscimento di libertà fondamentali e di diritti umani.

In questa ipotesi appare infatti evidente come ci troviamo di fronte ad una netta dissociazione tra forma e sostanza ossia ad un atto formalmente avente forza di legge ordinaria (quindi modificabile o derogabile attraverso un atto di pari livello e privo della idoneità a porsi quale parametro nel giudizio di costituzionalità delle leggi), ma avente altresì un contenuto altrettanto sicuramente di natura costituzionale, in quanto concernente materia tipicamente costituzionale, come si desume dal semplice elenco dei diritti riconosciuti (diritto alla vita, alla libertà personale, alla sicurezza, alla libertà di pensiero, ad un giusto processo, divieto di tortura, di schiavitù ecc.).

Tutti (o quasi tutti) i diritti e le libertà previsti nella Cedu trovano infatti riconoscimento o strette analogie con espresse previsioni di livello costituzionale (tanto che, su questa base, è stata elaborata la teoria della supposta “inutilità” di un riferimento diretto alla normativa convenzionale).

La suddetta dissociazione produce alcuni inconvenienti, per il superamento dei quali ed allo scopo di conciliare il valore formale con quello contenutistico delle libertà sancite nella Cedu, sono state via via elaborate, in Italia, tutta una serie di ricostruzioni tendenti a fornire le disposizioni della Convenzione di una «copertura» costituzionale.

Tra le varie tesi sostenute allo scopo di individuare una «copertura» costituzionale alla Cedu, alcune fanno riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui riconosce e garantisce «i diritti inviolabili dell'uomo», il quale fornirebbe una copertura costituzionale ai trattati sui diritti umani, dal momento che i diritti ivi previsti dovrebbero farsi rientrare nella nozione di «diritti inviolabili» di cui all'art. 2 Cost.².

Secondo una diversa posizione, invece, la «copertura» costituzionale delle disposizioni della Cedu dovrebbe discendere dall'art. 10, comma 1, Cost., in base al quale l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. A giudizio di alcuni, infatti, tale disposizione dovrebbe servire da «convertitore automatico» non soltanto delle regole internazionali consuetudinarie, ma anche per quelle di origine pattizia.

Il riferimento alla medesima disposizione costituzionale è poi alla base anche di altra, più articolata, tesi secondo cui il trattato che ha introdotto la Cedu, dietro l'apparente natura pattizia, ha in realtà natura consuetudinaria, riferendosi ad un patrimonio di valori del tutto acquisito, inerente la protezione della dignità umana.

Altri ancora si richiamano invece all'art. 11 Cost., nella parte in cui consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, a limitazioni della propria sovranità, purché necessarie alla creazione di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni, il quale sarebbe perseguito appunto attraverso la Convenzione internazionale sui diritti umani. Il ragionamento, come può notarsi, è analogo a quello svolto al fine di fornire un «ombrello protettivo» di livello costituzionale all'ordinamento comunitario.

Infine altra tesi ha invece ritenuto possibile un rafforzamento della posizione assunta nell'ordinamento dalla Cedu attraverso la ricezione di quest'ultima nell'ambito del diritto comunitario, in modo da poter fare ricorso a tutti i principi e gli strumenti che hanno consentito l'affermazione del primato del diritto comunitario su quello interno.

In una decisione della Corte costituzionale, e più precisamente in un *obiter dictum* della stessa, era stata avanzata una ricostruzione dei rapporti tra legge ordinaria e trattato sulla Cedu tale da assegnare alla l. n. 848 del 1955 una posizione particolare e da differenziarla dalle altre leggi. In quella occasione la Corte, a proposito dell'art. 6 della Cedu, sostenne infatti che tale trattato, pur essendo stato introdotto nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione, non può ritenersi abrogato da successive disposizioni aventi forza di legge, «perché si

² Al di là della nota contrapposizione - più apparente che reale quanto a risultati concreti cui le diverse posizioni in realtà giungono - tra quanti vedono nella disposizione costituzionale summenzionata e nel richiamo ai diritti inviolabili una fattispecie aperta ai c.d. nuovi diritti oppure limitata ai diritti menzionati nei successivi articoli della Costituzione, non pare potersi escludere in questo caso la necessità di accertare se determinati diritti o libertà contenuti nella Convenzione possano essere sussunti nella nozione costituzionale di «diritti inviolabili».

tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria» ([sent. 10/1993](#)).

Questa affermazione, fortemente innovativa rispetto alla precedente giurisprudenza, non ha però avuto alcun seguito ed è quindi rimasta del tutto isolata.

In altra occasione - con riguardo ad una questione di costituzionalità sollevata da parte del giudice anche con riferimento all'art. 6 Cedu, la cui violazione avrebbe determinato, ad avviso dello stesso, una lesione dell'art. 11 della Costituzione - la Corte costituzionale ebbe a sostenere che, indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale, è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona, ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione. Ciò che, appunto, accade per il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi, garantito dall'art. 24 della Costituzione, che implica una ragionevole durata del processo, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione, promossa a tutela del diritto, assicuri l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia ([sent. 388/1999](#)).

La sopra ricordata dissociazione tra l'aspetto formale e quello contenutistico dei trattati sui diritti umani ha inevitabilmente influito sulla posizione assunta in proposito dalla giurisprudenza costituzionale, la quale, sul punto, non è apparsa del tutto lineare nel rapporto tra premesse ed esame concreto delle questioni di costituzionalità sollevate anche con riferimento a disposizioni della Cedu.

La Corte costituzionale, con giurisprudenza costante, e con l'eccezione della ricordata [sent. 10/1993](#), ha sempre sostenuto, con riguardo alla Cedu, che i trattati internazionali vengono ad assumere nell'ordinamento la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione, per cui «quando l'esecuzione è avvenuta mediante legge ordinaria, essi acquistano la forza ed il rango di legge ordinaria che può essere abrogata o modificata da una legge ordinaria successiva» ([sent. 323/1989](#)), escludendo espressamente la possibilità di riconoscere alla stessa un rango costituzionale o comunque superiore rispetto alla legge ordinaria.

Anche successivamente ad un evento di straordinaria importanza per il sistema di tutela dei diritti riconosciuti nella Cedu, quale la introduzione del ricorso diretto del cittadino alla Corte di Strasburgo³, i riferimenti alla Convenzione nei giudizi davanti alla Corte costituzionale continuano ad essere decisamente rari e scarsa la loro incidenza nella risoluzione delle questioni di costituzionalità, fondate quasi esclusivamente sulla conformità degli atti legislativi ai parametri costituzionali.

Nonostante la Corte costituzionale abbia iniziato a funzionare nel 1956 e la Corte Edu tre anni dopo e che la prima abbia accolto una nozione "aperta" di "diritti inviolabili" riconosciuti dall'art. 2 Cost., le due Corti, come è stato osservato (Lamarque), si sono sostanzialmente vicendevolmente ignorate.

Il rapporto con la Cedu e la sua Corte è stato invece maggiormente instaurato da parte dei giudici ordinari, ed in particolare dalla suprema Corte di cassazione, i quali in varie occasioni hanno sollevato questioni di costituzionalità denunciando anche la supposta violazione di disposizioni della Cedu.

La Corte costituzionale ha, come detto, tenuto una posizione formalistica circa la collocazione della Convenzione nel sistema delle fonti, per cui i riferimenti alla Cedu nel giudizio costituzionale assumono al più un ruolo di "rafforzare" la denuncia del parametro costituzionale o di integrazione dello stesso a fini interpretativi ed allo scopo di suggerire una lettura ampia del dettato costituzionale.

Da altro lato, non potendo porre le norme convenzionali quali parametro di un giudizio di costituzionalità, nelle ipotesi di supposto contrasto delle leggi nazionali con la Cedu i giudici ordinari

³ Avvenuta con l'approvazione del protocollo 11, firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994 e ratificato in Italia con l. 28 agosto 1977 n. 296.

hanno proceduto in alcuni casi ad una seppur criticata disapplicazione delle leggi con applicazione diretta della Convenzione⁴.

2. La riforma costituzionale del 2001 e la introduzione del vincolo per lo Stato italiano di osservare gli obblighi internazionali (art. 117, comma 1, Cost.). Le storiche “sentenze gemelle” del 2007 della Corte costituzionale ed il riconoscimento alla Cedu della natura di parametro costituzionale attraverso la tecnica della norma interposta.

Nel 2001 si è realizzata in Italia la più ampia riforma costituzionale⁵ avente ad oggetto la materia dei rapporti di competenza tra lo stato e le regioni (titolo V della parte seconda della Costituzione).

La finalità della riforma era quella di rimodulare i rapporti tra lo stato e le regioni nel senso di aumentare il livello di autonomia di queste ultime e di perseguire una tendenzialità parità tra i due soggetti istituzionali.

Più in specifico, per quanto interessa il tema in oggetto, è stato modificato l'art. 117 Cost., introducendo al primo comma, una nuova disposizione, secondo la quale “la potestà legislativa è esercitata dallo stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

Se la finalità più evidente della nuova previsione appare quella di fissare un principio di “parità delle armi” tra lo stato e le regioni, in realtà fin da subito non si è mancato di rilevare come l'aspetto più importante e più innovativo fosse invece la previsione relativa all'obbligo per lo stato (e per le regioni) di rispettare non solo gli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario – già fatti discendere dalla copertura costituzionale dell'art. 11 Cost. – quanto gli obblighi internazionali.

Nonostante la disposizione si riferisca genericamente e senza distinzioni a tutti i trattati internazionali, il pensiero di molti fu rivolto proprio al trattato di adesione alla Cedu ed agli obblighi che con esso lo stato italiano aveva assunto e per questo possiamo ritenere che una simile disposizione avrebbe trovato più idonea collocazione tra i principi generali e quale integrazione degli art. 10 e 11 Cost., più che nella parte relativa all'ordinamento delle regioni e degli enti locali.

Negli anni successivi alla suddetta riforma la Corte costituzionale pare ignorare la innovazione e le conseguenze derivabili dal nuovo testo dell'art. 117, comma 1, Cost. ed infatti, dopo già quattro anni dall'approvazione della stessa, il Giudice costituzionale in una occasione risponde seccamente che “l'art. 8 della Cedu non assume il valore di norma parametro” ([sent. 464/2005](#)).

La posizione assunta in proposito dalla giurisprudenza costituzionale era stata oggetto da tempo di rilievi critici da parte della dottrina, la quale in larga misura non aveva mancato di sottolineare come questa portasse inevitabilmente ad un atteggiamento di chiusura verso l'altra Corte, impedendo l'instaurarsi di un dialogo che sarebbe potuto essere assai proficuo per una migliore e più completa tutela dei diritti fondamentali, in larga parte omogenei, presenti nelle due Carte costituzionali.

La situazione italiana era stata definita “particolarmente dolente” in considerazione della collocazione della Cedu nel sistema delle fonti e del fatto che la giurisprudenza della Corte europea fosse largamente ignorata dalla Corte costituzionale, la quale mostrava una riluttanza, altrove inesistente, a ritenere che “la giurisprudenza derivante dall'interpretazione giudiziaria da parte del giudice competente orienti necessariamente l'interpretazione del testo normativo che ne è all'origine, da parte di tutti gli altri giudici” (V. Zagrebelsky).

La giurisprudenza della Corte costituzionale veniva indicata pure come una delle principali ragioni

⁴ Il riconoscimento al giudice nazionale della possibilità di rifarsi direttamente alla Convenzione e di darvi diretta applicazione assume all'evidenza una notevole importanza, sia per la tutela effettiva dei diritti, sia per la formazione culturale della magistratura e soprattutto per la penetrazione, all'interno dell'ordinamento statale, dei principi espressi nella Convenzione. In Italia i giudici ordinari, mentre in un primo momento si sono orientati a riconoscere valore programmatico alle disposizioni della Cedu, successivamente hanno invece affermato con decisione la natura di fonte della Cedu e la sua diretta applicabilità da parte del giudice.

⁵ Altre riforme, ben più ampie del testo costituzionale, sono state approvate dal parlamento a maggioranza assoluta nel 2005 e nel 2016, ma sono state “bocciate” dal voto popolare espresso attraverso referendum costituzionale.

che avevano indotto alcuni giudici comuni a procedere direttamente ad una disapplicazione delle leggi ed atti aventi forza di legge nazionali per contrasto con le disposizioni della Cedu e, da più parti, veniva indicata la valorizzazione del “nuovo” art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui afferma l’obbligo della legge di rispettare “gli obblighi internazionali”, come una delle possibili soluzioni⁶.

Dopo sei anni dalla approvazione della ricordata riforma costituzionale, la Corte costituzionale pronuncia due decisioni (definite e oramai unanimemente conosciute come le “sentenze gemelle”) con le quali introduce un fondamentale cambio alla propria giurisprudenza, aprendo così una fase del tutto nuova e ricchissima di prospettive per il ruolo della Cedu nei giudizi costituzionali e, conseguentemente, per le relazioni tra la Corte costituzionale e la Corte Edu⁷.

Le pronunce ([sentt. 348](#) e [349/2007](#)) possono davvero ritenersi di importanza storica per le vicende che seguiranno, per cui appare assolutamente necessario sintetizzare in cinque punti, le importanti affermazioni contenute nelle due ricordate sentenze.

Il primo è l’affermazione rivolta ai giudici ed alla ricordata tendenza di alcuni di essi a disapplicare le leggi ritenute in contrasto con la normativa Cedu. La Corte afferma di essere “chiamata a fare chiarezza su tale problematica normativa e istituzionale, avente rilevanti risvolti pratici nella prassi quotidiana degli operatori del diritto” e lo fa tenendo del tutto separati gli effetti nel nostro ordinamento del diritto comunitario da quello Cedu, per il quale viene confermata la giurisprudenza secondo cui non è possibile far riferimento all’art. 10, comma 1, Cost. per operare attraverso il meccanismo della norma interposta, riferendosi la disposizione costituzionale solo alle norme consuetudinarie e non a quelle pattizie, né, in maniera indiretta, all’art. 11 Cost. “per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni Cedu come principi generali del diritto comunitario”.

In base a ciò la Corte conclude che “il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma Cedu, poiché l’asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell’art. 117, comma 1, Cost., di esclusiva competenza del Giudice delle leggi”.

Il secondo riguarda la valorizzazione da parte della Corte – come finora non aveva fatto, pur avendone già avuto in varie occasioni l’opportunità – del “nuovo” art. 117, comma 1, il quale “ha colmato una lacuna e, in armonia con le Costituzioni di altri paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l’osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato”.

Il richiamo all’art. 117, comma 1, Cost. serve alla Corte per introdurre un’ulteriore ipotesi, oltre a quelle già conosciute, di possibile utilizzo della tecnica della c.d. norma interposta, in base alla quale

⁶ Non venivano d’altra parte neppure sottaciuti i rischi, per il ruolo della Corte costituzionale, derivanti da una equiparazione del diritto Cedu al diritto comunitario e, quasi anticipando la posizione poi assunta dalla Corte con le “sentenze gemelle”, era stato sostenuto che “il riconoscimento che la Convenzione europea ed il relativo sistema di tutela dei diritti fondamentali si colloca ad un livello tale per cui le relative norme fungono da parametro di costituzionalità delle norme ordinarie con esse configgenti, avrebbe il vantaggio di essere coerente con il sistema costituzionale italiano, che assegna alla Corte costituzionale la tutela dei diritti fondamentali e la competenza ad espungere dall’ordinamento, con effetto *erga omnes*, le norme ordinarie che con essi confliggano”, concludendo (e quasi ammonendo) che “se un’indicazione complessivamente adeguata non potesse venire dalla Corte costituzionale, allora lo sguardo dovrebbe volgersi al legislatore, con l’auspicio che il tema qui affrontato trovi in parlamento l’attenzione che richiede” (V. Zagrebelsky).

⁷ Di recente il giudice costituzionale relatore di una delle due decisioni, Gaetano Silvestri, ha ricordato come alla Corte costituzionale interessava principalmente porre fine ai casi di disapplicazione delle leggi nazionali operata in solitudine da parte dei giudici e che le “sentenze gemelle” nascono da una pesante condanna per l’Italia da parte della Corte di Strasburgo (caso Scordino) in ordine alla determinazione delle indennità in caso di espropriazione per pubblica utilità. Silvestri ricorda che si pose l’alternativa tra rivalorizzare la posizione già sostenuta con la ricordata [sent. 10/1993](#) oppure fondarsi sul nuovo art. 117, comma 1, Cost. La necessità di bilanciare la posizione espressa in proposito dalla Corte Edu a favore di un criterio riferito al valore di mercato con la previsione della funzione sociale della proprietà proclamata dall’art. 42 Cost. condusse a scegliere la politica dei “piccoli passi” e la seconda fra le alternative indicate, fornendo una interpretazione della disposizione costituzionale adeguata alla contestualizzazione spazio-temporale della Carta fondamentale nell’ambito dell’Europa e dell’epoca contemporanea.

una legge può essere dichiarata incostituzionale anche quando direttamente contrasti con altra legge o atto avente forza di legge, ma possa dirsi, dato lo stretto rapporto tra quest'ultima e un precetto costituzionale, che il contrasto si pone, sia pure indirettamente, con la disposizione costituzionale che fissa quel precetto (come nel caso più noto di violazione, da parte del decreto legislativo, di una disposizione della legge delega contenente un principio o criterio direttivo).

Il terzo riguarda la puntualizzazione in ordine alla collocazione della Cedu nel nostro sistema delle fonti ed alle conseguenze che ne derivano per il giudizio costituzionale. La Corte rileva come la qualificazione di norma interposta non significa che alle norme della Cedu sia attribuita la forza delle norme costituzionali, restando invece la natura di fonte primaria, come tale assoggettabile al controllo di costituzionalità, il quale, a differenza di quanto accade per il diritto comunitario, può e deve svolgersi rispetto ad ogni disposizione costituzionale e non ai soli principi e diritti fondamentali (c.d. controlimiti). Pertanto ad evitare il paradosso di sanzionare una legge in quanto non rispettosa di norma a sua volta incostituzionale, la fonte che funge da norma interposta (norma Cedu come introdotta nel nostro ordinamento) deve essere previamente sottoposta a verifica di costituzionalità.

Le norme Cedu vengono così ad assumere contemporaneamente la veste di parametro o quella di oggetto nel giudizio di costituzionalità delle leggi, la qual cosa viene a ripercuotersi anche sull'obbligo di interpretazione conforme da svolgersi da parte del giudice, secondo quanto espressamente suggerito dalla Corte, nei riguardi della normativa Cedu, così come si pone nei confronti della Costituzione.

Nel primo caso infatti il giudice, ad evitare di “conformarsi” ad un diritto incostituzionale dovrà preventivamente porsi la questione relativa alla conformità della disposizione Cedu alla Costituzione e solo dopo aver risolto la stessa in senso positivo procedere alla seconda verifica, consistente nella praticabilità di una lettura della norma di legge in conformità al principio della Cedu.

Il quarto attiene invece alla valorizzazione che la Corte costituzionale ha inteso fare della giurisprudenza della Corte Edu, perseguendo con ogni probabilità una duplicità di fini: quello di evitare contrasti giurisprudenziali con la Corte europea e quello di riconoscere l'esigenza che disposizioni sostanzialmente costituzionali – quali quelle Cedu – aventi una applicazione a livello sopranazionale abbiano, per quanto possibile, una medesima interpretazione nei diversi stati che hanno sottoscritto la Convenzione.

Per questo la Corte costituzionale tende ad evidenziare la “specialità” del trattato in questione rispetto a tutti gli altri, avendo questo affidato la funzione di interpretare le norme Cedu ad un unico, apposito giudice, appunto la Corte Edu e trae da ciò la conseguenza che nel controllare o comunque far riferimento alla normativa Cedu, questa sarà sussunta nel significato ad essa attribuito dal “suo” Giudice.

Ad alcuni ciò è sembrata “una vistosa limitazione” alla sovranità statale, vedendovi una sorta di equiparazione con l'efficacia ormai pacificamente riconosciuta alle sentenze interpretative del diritto comunitario della Corte di giustizia, sottolineando altresì come si tratta, per la Corte di Strasburgo, di una giurisprudenza strettamente legata ai casi concreti esaminati ed a controversie rispetto alle quali il nostro stato è estraneo.

A ben vedere forse si sono tratte da parte di questa dottrina conseguenze non necessariamente derivanti dalle affermazioni della Corte, la quale parrebbe attribuire alla giurisprudenza della Corte Edu non l'efficacia di fonte del diritto riconosciuta alle sentenze interpretative della Corte di giustizia, bensì quella di “diritto vivente” riconosciuta da tempo alla giurisprudenza consolidata della corte di cassazione, con l'obbligo per la Corte si porre ad oggetto dell'esame di costituzionalità la norma nel significato “vivente”, il quale potrà ovviamente, come varie volte è accaduto, essere dichiarato incostituzionale.

Il quinto ed ultimo concerne invece i rapporti tra le due Corti (costituzionale ed europea) e consiste nell'individuazione per entrambe del medesimo obiettivo (migliore tutela dei diritti fondamentali), ma nel riconoscere alle stesse un ruolo differente: quella europea fornisce l'interpretazione della Cedu allo scopo di dare uniformità, a livello europeo, al modo di intendere i principi della Convenzione, la Corte costituzionale ha lo scopo di accertare l'eventuale contrasto tra la legge nazionale e la Cedu, se

quest'ultima offra una garanzia "almeno equivalente" e non si ponga in contrasto con i nostri principi costituzionali.

Le "sentenze gemelle" aprono quindi per l'Italia una fase nuova, tanto da potersi quasi affermare che, per tutta una serie di aspetti e di problemi che vedremo in seguito, è come se la Cedu fosse entrata in vigore molti anni dopo e ciò può spiegare, anche se certamente non giustificare, il gravissimo errore in cui in una occasione è caduta la suprema Corte di cassazione⁸.

Dopo il 2007, in ragione della ricordata svolta giurisprudenziale, si assiste ad un utilizzo delle norme convenzionali, quali parametro interposto, in un numero assai alto di casi⁹ e la giurisprudenza della Corte Edu viene altresì a corroborare non solamente il parametro costituzionale, ma altresì a fungere da motivazione della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità.

Di conseguenza molti sono gli ambiti materiali che vengono così ad essere particolarmente interessati dalla giurisprudenza europea, tra i quali, solo per citarne alcuni, possiamo ricordare quelli del diritto di proprietà e della indennità di espropriazione, del processo penale (diritto di difesa, garanzia del contraddittorio, ipotesi di revisione del processo penale, principio del *ne bis in idem*), delle leggi di interpretazione autentica e delle leggi retroattive; del matrimonio e del ricongiungimento familiare; della procreazione medicalmente assistita; della disciplina del fallimento.

3. I criteri di interpretazione della Cedu: la interpretazione evolutiva e in particolare la interpretazione conforme alla Cedu ed il suo rapporto con la interpretazione costituzionalmente conforme. Il predominio assiologico della Costituzione.

L'ultimo decennio risulta quindi per l'Italia caratterizzato da un sempre crescente interesse per la Cedu e per la giurisprudenza della Corte Edu, nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, e con esso inevitabilmente anche dei rapporti con le analoghe previsioni contenute nella Costituzione nella loro pratica applicazione da parte dei giudici ordinari e soprattutto della Corte costituzionale.

Moltissimi pertanto i problemi che si sono venuti a porre in questi anni.

Volendo tentare di sintetizzare gli aspetti a mio avviso maggiormente interessanti e dare loro un ordine, procederò distinguendo gli stessi in due grossi ambiti materiali: il primo relativo alla posizione dei giudici nazionali (ordinari e Corte costituzionale) circa i criteri di interpretazione della Cedu e il

⁸ La Cassazione (ord. 13 giugno 2013, n. 14903) nel riproporre una questione di costituzionalità già dichiarata infondata nel 1995 dalla Corte costituzionale, motiva la necessità per il Giudice costituzionale di tornare sulla medesima questione, sulla base di alcuni elementi di novità normativa sopravvenuti rispetto al momento della pronuncia di infondatezza. Un primo elemento di novità viene individuato nella intervenuta revisione costituzionale dell'art. 111 Cost. (1999), mentre un secondo è visto nella entrata in vigore per l'Italia della Cedu, con particolare riguardo all'art. 6 della medesima. Circa la seconda "novità", la cassazione cade quindi in un fatale errore di data, riferendo la ratifica della Cedu ad una l. 4 agosto 1995 n. 848 (anziché, come ai più è noto, alla l. 4 agosto 1955 n. 848).

Poco male se si trattasse di mero *lapsus calami*, il peggio per la Suprema Corte è che la motivazione mostra come essa sia davvero convinta che la Cedu sia stata ratificata dall'Italia, e sia quindi entrata in vigore nel nostro paese, nel 1995. Da questo dato infatti la suprema corte trae argomento per motivare l'ordinanza di rinvio e la nuova sottoposizione della questione alla Corte costituzionale: in ragione cioè anche della sopravvenuta entrata in vigore della Cedu. La Cassazione infatti rileva come sia "intervenuta l'auspicata normativa di ordine costituzionale e *comunitario* che ha indiscutibilmente sancito in modo rigoroso la terzietà ed imparzialità del giudice tra i principi fondamentali del giusto processo (...) è stata certamente attuata – *in epoca successiva alla pronuncia n. 46 del 1995* – tale nuova specifica disciplina, costituita dalla modifica dell'art. 111 Cost., disposta con l. cost. 2/99, nonché dall'art. 6 della Convenzione di Strasburgo ratificata con l. 4 agosto 1995 n. 848. Non può infatti negarsi che le nuove disposizioni – *sopravvenute alla pronuncia n. 46 della Corte costituzionale in esame* – hanno sancito e rafforzato in modo indiscutibile (...) il principio di terzietà del giudice" (corsivi aggiunti). La Corte costituzionale ha poi dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità e, senza sottolineare troppo l'errore della cassazione, si è limitata ad osservare come la Cedu sia stata in realtà ratificata "quarant'anni prima della citata sentenza 46/1995".

⁹ Un'accurata ricerca sul campo, curata da Tania Groppi, ha rilevato come nel periodo successivo alle sentenze gemelle e fino al 30 giugno 2016, sono state 164 le decisioni della Corte costituzionale che hanno utilizzato disposizioni della Cedu quali parametro per i giudizi di costituzionalità delle leggi.

valore che assume per loro la interpretazione della stessa da parte della Corte Edu; ai temi connessi all'applicazione-disapplicazione delle disposizioni convenzionali; alle questioni di costituzionalità sollevate con riferimento alla Cedu quale parametro interposto

Il secondo ambito avrà invece ad oggetto gli aspetti relativi alla efficacia ed esecuzione delle decisioni della Corte Edu nell'ordinamento italiano e all'impatto delle stesse nei procedimenti giudiziari.

Iniziando dal primo e dai problemi attinenti alla interpretazione della Cedu si è posto, come per la Costituzione ed in ragione del particolare contenuto "costituzionale" della Cedu, il problema se i criteri e le tecniche interpretative utilizzate di regola nei riguardi delle leggi e delle fonti ordinarie siano ugualmente utilizzabili anche per i testi costituzionali.

La soluzione è stata in larga maggioranza nel senso che i criteri di interpretazione della Costituzione debbano essere particolari e specifici, soprattutto dovuti al fatto che tali testi si esprimono principalmente attraverso principi più che regole e sono caratterizzati dalla presenza di un "proprio giudice".

Così è stato ritenuto che i criteri seguiti per l'interpretazione della Costituzione siano estensibili anche alla interpretazione della Cedu ed in particolare la tecnica della "interpretazione evolutiva", nel senso di dover tener conto della evoluzione storica, culturale e sociale intervenuta dopo la stesura della Carta.

Certamente, come è stato rilevato (Repetto [1]), il testo breve e senza retroterra normativo della Cedu lascia poco spazio alle interpretazioni letterali o sistematiche e la finalità di dare effettività ai diritti riconosciuti nella Convenzione comporta necessariamente il loro costante aggiornamento rispetto ai nuovi significati intervenuti dal momento della loro approvazione.

Questo ha posto il problema dei limiti entro i quali può spingersi una lettura evolutiva del testo della Cedu, indicati, oltre che nei precedenti desumibile dalla giurisprudenza della Corte Edu, anche dal grado di consenso che una certa interpretazione della Convenzione ottiene dagli stati membri, nell'ambito del margine di apprezzamento loro riconosciuto.

Il fatto di aver riconosciuto che la Cedu possa operare come parametro interposto per il giudizio di costituzionalità delle leggi, ha inevitabilmente esteso anche ad essa il criterio della interpretazione conforme, dal momento che il giudice che intende sollevare la questione di costituzionalità in riferimento ad una disposizione della Cedu deve necessariamente confrontarsi con la interpretazione della stessa, quale risultante dalla giurisprudenza della Corte Edu.

Il giudice, prima di proporre la questione alla Corte costituzionale - e di controllare la sussistenza dei requisiti di rilevanza e di non manifesta infondatezza previsti dalla legge - deve verificare se i dubbi di conformità alla Cedu siano superabili attraverso una interpretazione della legge nazionale conforme alla Cedu, estendendo quindi alla interpretazione convenzionalmente conforme, gli stessi criteri da tempo elaborati con riguardo alla necessaria interpretazione conforme alla Costituzione, la quale trova il suo fondamento nello strumento delle sentenze interpretative di rigetto utilizzate dalla Corte fin dal 1957¹⁰.

¹⁰ La dichiarazione di infondatezza con contestuale indicazione della interpretazione (la unica) che avrebbe potuto salvare la legge dalla dichiarazione di incostituzionalità, mostrava infatti come tra le varie interpretazioni possibili doveva essere seguita quella conforme ai principi costituzionali. La Corte ha esercitato questa funzione in una situazione monopolistica e molte sono le ragioni per le quali la situazione di monopolio continuò per molti anni. La svolta si ebbe agli inizi degli anni Novanta, subito dopo l'avvenuta eliminazione dell'arretrato e forse proprio ad evitare che si venisse ancora a creare un arretrato e quindi si allungassero nuovamente i tempi di decisione. La Corte costituzionale iniziò infatti a valorizzare maggiormente l'attività interpretativa del giudice comune fino a giungere nel 1996 alla affermazione, poi ripetuta ed applicata una infinità di volte. La Corte ebbe ad affermare che "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali". Due anni dopo questa affermazione fu perfezionata con la specificazione che il giudice non solo aveva la possibilità di superare i dubbi di costituzionalità attraverso una lettura della disposizione in maniera costituzionalmente orientata, ma aveva l'obbligo di dimostrare di aver tentato una tale possibilità e di motivare che la stessa non era possibile. Ciò a pena di inammissibilità della questione stessa. La tecnica della interpretazione conforme ha prodotto una notevole diminuzione delle questioni sollevate in via incidentale ed ha addirittura fatto ritenere

Conseguenza dell'invito alla verifica della interpretazione conforme è stato, in alcuni casi, la disomogeneità delle soluzioni seguite da parte dei singoli giudici, alcuni dei quali hanno inoltre proceduto ad interpretazioni davvero molto ardite e "creative" rispetto al dettato normativo.

D'altra parte in diversi casi la stessa Corte costituzionale ha fornito ai giudici una spinta alla "creatività", in quanto essa stessa è giunta, attraverso l'utilizzo di sentenze interpretative, a risultati a volte in aperto contrasto con il testo della legge interpretata.

Dal momento che, nell'ordinamento italiano, i poteri del Giudice costituzionale di interpretazione della legge alla luce della Costituzione non sono diversi, né maggiori (ma solo più autorevoli) rispetto a quelli propri dei giudici ordinari, questi comportamenti della Corte costituzionale non possono non indurre i giudici a comportamenti anche eccessivamente "creativi".

Il giudice che deve sollevare questione di costituzionalità in riferimento a parametri convenzionali e costituzionali, deve quindi preliminarmente verificare la praticabilità di una interpretazione conforme sia alla Cedu, sia alla Costituzione.

Se è vero che trattasi di ipotesi non facilmente verificabile, può però darsi il caso che per il giudice si ponga il problema, in caso di contrasto, di quale tra le due debba prevalere.

La Corte costituzionale, a proposito di un caso molto discusso e sul quale tornerò in seguito, ha affermato in proposito come non sia in discussione che competa al giudice di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente alla Cedu, a condizione che non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge. Tuttavia il dovere del giudice ordinario di interpretare il diritto interno in senso conforme alla Convenzione è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu.

Il più delle volte, secondo la Corte, 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 ([sent. 49/2015](#)).

Queste affermazioni della Corte sono state criticate da chi ha visto nelle stesse una visione piramidale e non assiologica della relazione tra le due Carte, parlando in proposito di un "patriottismo costituzionale ingenuo ed infecondo" espresso dalla Corte costituzionale attraverso l'affermazione del primato culturale della nostra Costituzione e della ambizione della stessa "a farsi la Corte delle Corti" (Ruggeri [1]).

4. Il significato e l'efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu: l'affermazione di un monopolio in capo alla Corte europea e le successive riduzioni della stessa attraverso i criteri della tutela più intensa, della necessaria valutazione sistemica, del criterio sostanziale e del margine di apprezzamento, della giurisprudenza consolidata.

Nelle ricordate "sentenze gemelle" del 2007 la Corte costituzionale ha affermato, tra l'altro, il principio secondo cui la Cedu nel giudizio di costituzionalità delle leggi, sia che assuma la veste di parametro interposto che di oggetto, deve essere assunta nel significato dato alle disposizioni dalla giurisprudenza della Corte Edu. Ciò in quanto tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione del trattato, vi è quello di adeguare la propria legislazione alla Cedu, nel significato ad essa attribuito dal "suo" giudice, al quale è attribuita una "funzione interpretativa eminente"¹¹.

L'anno successivo la Corte specificò le precedenti affermazioni, nel senso di un monopolio

da qualcuno che si fosse così realizzata una modificazione del nostro modello di giustizia costituzionale per via giurisprudenziale, passando da un modello accentrato ad un modello a carattere diffuso.

¹¹ Nello scritto già ricordato il relatore della sentenza in oggetto, Silvestri, ha spiegato come l'aggettivo "eminente" riferito alla giurisprudenza della Corte Edu era stato utilizzato nel senso che nella interpretazione della Cedu deve essere riconosciuto un ruolo di assoluta importanza a tale giurisprudenza, ma l'aggettivo non ha il significato di "preminente" o "vincolante", proprio per lasciare aperta l'attività di contestualizzazione da parte dell'interprete.

interpretativo in capo alla Corte Edu, la cui interpretazione doveva pertanto essere considerata vincolante per il giudice ([sent. 39/2008](#)), sostenendo che la peculiarità delle disposizioni della Cedu, nell'ambito della categoria delle norme interposte "consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi".

Sulla base di tali affermazioni è stato osservato dalla dottrina come il ruolo del giudice nazionale sia stato ridimensionato al solo ambito applicativo, "configurandosi alla stregua di un ripetitore dell'interpretazione che è la (sola) Corte europea a fornire, in quando è ad essa che l'interpretazione giudiziale della Cedu è istituzionalmente attribuita" (Passaglia) ed è stata utilizzata l'espressione "autorità di cosa interpretata", ad indicare la efficacia riconosciuta alla giurisprudenza della Corte europea.

Questa posizione è stata successivamente specificata e sostanzialmente ridimensionata da parte della Corte costituzionale, la quale si è riservata la valutazione circa la misura in cui la Cedu, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano.

Ciò è avvenuto anche attraverso il riferimento al criterio "sostanziale" della tutela più intensa da riconoscere ai diritti fondamentali, nel senso che il rispetto degli obblighi internazionali non può mai condurre ad una riduzione del livello di tutela, con la conseguenza che, in caso di contrasto tra la normativa interna più garantista rispetto alla Cedu, come interpretata dal suo giudice, è la prima che deve prevalere, mentre d'altro canto non può ammettersi che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale.

Per questo "il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti" ([sent. 317/2009](#)).

Il criterio assiologico-sostanziale sopra enunciato pone all'evidenza la difficoltà di individuare con esattezza quale sia, tra due sistemi di garanzia, quello che assicuri il livello di tutela più elevato, determinando quindi una inevitabile indeterminatezza della nozione e di conseguenza uno spazio per l'interprete nel concretizzare la stessa con riguardo ai singoli casi.

Un ridimensionamento dell'efficacia vincolante della interpretazione fornita dalla Corte Edu è poi derivato dalla affermazione della Corte costituzionale secondo cui spetta comunque ad essa la valutazione in ordine all'impatto nell'ordinamento interno della interpretazione fornita dalla Corte europea.

Ciò in quanto, mentre quest'ultima è tenuta a tutelare i diversi valori in gioco in modo parcellizzato, in quanto chiamata a giudicare sulla supposta violazione di singoli, specifici diritti, la Corte costituzionale opera una valutazione sistemica e non isolata di tutti i valori coinvolti nella norma di volta in volta scrutinata ed è quindi tenuta ad una attività di bilanciamento che solamente lei può svolgere in maniera adeguata ([sentt. 317/2009](#) e [264/2012](#)).

In tal modo viene sottolineata una istituzionale differenza del modo di operare delle due Corti, la quale offre alla Corte costituzionale la possibilità di distaccarsi dalla interpretazione offerta dalla Corte Edu, tutte le volte che la prima ritenga necessaria una attività di bilanciamento di natura sistematica, senza con ciò porre in discussione la decisione della Corte europea con riguardo al singolo, specifico caso affrontato.

Nello stessa linea deve essere inserita altresì l'affermazione secondo cui alla Corte "compete di apprezzare la giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi" ([sent. 236/2011](#)).

Il riferimento al rispetto "sostanziale" della interpretazione della Corte Edu ed il riconoscimento di "un margine di apprezzamento" consentono all'evidenza alla Corte costituzionale di far valere, rispetto alla giurisprudenza europea, le caratteristiche dell'ordinamento italiano e quindi di seguire anche soluzione non del tutto aderenti alla giurisprudenza di Strasburgo.

La Corte costituzionale sottolinea come la Corte Edu fa salvi i «motivi imperativi d'interesse generale» che possono giustificare interventi del legislatore nazionale anche di interpretazione autentica di precedenti leggi interpretative e che la Corte Edu non può non lasciare ai singoli stati contraenti quanto meno una parte del compito e dell'onere di identificarli, in quanto nella posizione migliore per assolverlo, trattandosi, tra l'altro, degli interessi che sono alla base dell'esercizio del potere legislativo. Le decisioni in questo campo implicano, infatti, una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli stati contraenti ([sent. 311/2009](#)).

Una decisa presa di posizione a favore del margine interpretativo che deve essere riconosciuto al giudice nazionale di fronte alle interpretazioni della Cedu da parte della Corte Edu è rappresentata dalla decisione con cui la Corte costituzionale ha in maniera puntuale indicato le condizioni in presenza delle quali l'interpretazione della Corte europea può ritenersi per il giudice vincolante.

La Corte costituzionale ha osservato come nei rapporti con la Corte Edu, i giudici nazionali non debbono ritenersi passivi recettori di un comando esegetico impartito in una pronuncia della prima ma - proprio la logica del confronto costruttivo tra diversi giudici e quindi del carattere progressivo del diritto giurisprudenziale, privo di un vertice - impone che solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo, tranne nel caso di "sentenza pilota" ([sent. 49/2015](#)).

La Corte costituzionale rileva altresì come, allo scopo di poter ritenere "consolidata" una certa interpretazione fornita dalla Corte europea, il giudice potrà utilizzare una serie di indici, fra i quali: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano.

Di fronte ad una giurisprudenza della Corte Edu che non possa ritenersi consolidata o che non sia contenuta in una "sentenza pilota" in senso stretto, non vi è alcuna ragione, ad avviso della Corte costituzionale, che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte Edu per decidere una peculiare controversia.

Parrebbe quindi doversi derivare che non tutte le interpretazioni espresse dal giudice di Strasburgo sono dotate della stessa efficacia e che solo alcune possono ritenersi vincolanti per il giudice nazionale.

Un autorevole giudice costituzionale (Marta Cartabia), che ha partecipato alla discussione ed alla approvazione della [sent. 49/2015](#), ha fornito una sua spiegazione della importante e molto discussa pronuncia.

La conosciuta costituzionalista milanese ha osservato come le sentenze non possano, ai fini interpretativi, essere considerate al pari di un testo legislativo: interpretare una sentenza non equivale ad interpretare una legge. Questo sarebbe tardato ad emergere in quanto la nostra esperienza di *civil law*, nonostante il peso ormai acquisito dalla giurisprudenza, ha finora impedito di acquisire i criteri elaborati dalla esperienza di *common law* per valutare il valore ed il significato del precedente giudiziario. Vale a dire che cosa significhi il vincolo di precedente e il principio di *stare decisis*, come riconoscere gli *obiter dicta*, le regole del *distinguishing*.

La finalità della [sent. 49/2015](#) sarebbe pertanto stata quella di aprire a questi criteri allo scopo di aiutare il giudice a capire quali sono i vincoli derivanti dalle sentenze della Corte Edu, senza leggere le relative massime come se si trattasse di leggi.

La decisione in questione è stata oggetto di molte critiche da parte della dottrina italiana, la quale ha evidenziato come essa esprime una visione formalistica e non assiologia dei rapporti fra le Carte

costituzionali e soprattutto per le incertezze che possono derivare dalla incerta nozione di “giurisprudenza consolidata” e dai criteri indicati per la sua identificazione.

In particolare è stato rilevato come la nozione richiamata in qualche maniera quella di “diritto vivente” e come la giurisprudenza della Corte Edu sia una giurisprudenza casistica e, essendo chiaramente un caso sempre diverso dall’altro, non avrebbe senso parlare di giurisprudenza consolidata o di diritto vivente (Sorrenti) e come sarebbe lasciata senza risposta la domanda di quale sia il valore e la efficacia della giurisprudenza della Corte Edu non qualificabile come “sentenza-pilota”, né come giurisprudenza consolidata.

E’ stato osservato in proposito come la giurisprudenza non consolidata finisce per essere considerata come un “diritto *in progress* e quindi un non diritto” (R. Conti).

A dimostrazione della difficile utilizzabilità dei criteri indicati dalla Corte costituzionale sono stati portati esempi di casi nei quali una importante sentenza della grande camera aveva una portata chiaramente innovativa rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte Edu (come nel recente caso relativo al principio del *ne bis in idem*), ma che altrettanto sicuramente non poteva essere ignorata o non tenuta di conto.

Anche in considerazione di ciò sono state avanzate interpretazioni della [sent. 49/2015](#), tali da ridurre gli effetti negativi derivanti da una letterale applicazione dei principi in essa espressi. Così è stato proposto di negare carattere vincolante solo a quelle decisioni della Corte Edu che rappresentano bruschi ed immotivati mutamenti rispetto all’orientamento giurisprudenziale precedente (Sorrenti) oppure di attribuire alla giurisprudenza della Corte Edu l’effetto di obbligare tutti i giudici e gli operatori giuridici a “prendere in considerazione” la stessa, con la possibilità però di discostarsene in nome di argomenti di tipo sostanziale che tendano al raggiungimento della soluzione più garantista nel caso concreto (P. Rossi).

Da molte parti una risposta della Corte Edu alla [sent. 49/2015](#) è stata indicata nella [sent. 27 agosto 2015, sul caso Parrillo](#), a proposito della possibilità di qualificare il giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale quale giudizio necessario per l’esaurimento dei rimedi a livello nazionale e quindi ai fini della ammissibilità del ricorso individuale.

La Corte Edu ha ribadito in proposito che “nell’ordinamento giuridico italiano i litiganti non hanno il diritto di rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale. Soltanto il giudice che determina il merito della causa ha la possibilità di rivolgersi alla Corte costituzionale, su richiesta di una parte o d’ufficio. Conseguentemente tale ricorso non può essere un rimedio di cui è richiesto l’esaurimento ai sensi della Convenzione”¹².

Nella opinione concorrente cinque giudici della grande camera hanno rilevato che - dopo le sentenze “gemelle” del 2007 che impongono al giudice ordinario, nella impossibilità di una interpretazione conforme, di rimettere la questione di costituzionalità alla Corte costituzionale ai sensi dell’art. 117, comma 1, Cost. - essi sarebbero stati favorevoli a ritenere che in Italia si sarebbe realizzato un vero e proprio diritto delle parti ad ottenere il controllo di costituzionalità di una legge non in linea con la giurisprudenza di Strasburgo. La svolta contenuta nella [sent. 49/2015](#) avrebbe però di nuovo allontanato tale conclusione, a causa della relativizzazione della efficacia vincolante delle pronunce della Corte Edu.

¹² Una tale affermazione è contestata da Marta Cartabia nello scritto appena ricordato, sul condivisibile presupposto che il giudice italiano non ha la semplice facoltà di investire, d’ufficio o su istanza di parte, la Corte costituzionale di una questione di costituzionalità relativa ad una legge. Una volta risolta positivamente la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge (rilevanza e non manifesta infondatezza) il giudice infatti ha l’obbligo di proporre la questione al Giudice costituzionale e non certo una mera facoltà.

5. La disapplicazione della legge in contrasto con le disposizioni della Cedu e la proposizione della questione di legittimità costituzionale in via incidentale. Il controllo delle leggi anteriori all'entrata in vigore della Cedu.

Rispetto al diverso fenomeno della disapplicazione da parte del giudice ordinario della legge nazionale ritenuta in contrasto con le previsioni della Convenzione, si era verificato, come già ricordato, che alcuni giudici avevano ritenuto di applicare all'ordinamento Cedu le stesse regole valide per l'ordinamento dell'Unione europea, procedendo quindi ad una disapplicazione (o non applicazione) diretta della legge senza passare dal controllo accentrato di costituzionalità delle leggi.

Questo giustifica la categorica affermazione contenuta nelle sentenze “gemelle” in base alla quale il giudice può (e deve) in questi casi utilizzare la Cedu quale norma interposta allo scopo di sollevare davanti alla Corte costituzionalità una questione per supposta violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

Di fronte alla chiara affermazione della Corte certamente non era possibile nutrire dubbi in proposito, né avanzare interpretazioni differenti.

Un fatto nuovo è costituito in proposito dalla approvazione del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009 ed in particolare dall'art. 6.2 e 3 dello stesso, secondo cui “l'Unione aderisce alla Cedu” e “i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione (...) e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

A giudizio di alcuni le innovazioni recate dal Trattato avrebbero comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della Cedu nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la ricordata concezione delle «norme interposte». Alla luce del nuovo testo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, dette disposizioni sarebbero divenute, infatti, parte integrante del diritto dell'Unione: con la conseguenza che i giudici ordinari risulterebbero abilitati a non applicare le norme interne ritenute incompatibili con le norme della Convenzione, senza dover attivare il sindacato di costituzionalità.

La Corte costituzionale, anche in questo caso, è stata assai chiara nell'escludere un simile effetto, nel senso che nessun argomento a favore della possibilità di disapplicare una legge in contrasto con la Convenzione può essere tratto dalla prevista adesione dell'Unione europea alla Cedu, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta, per cui, a prescindere da ogni altro possibile rilievo, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, allo stato, ancora improduttiva di effetti. La puntuale identificazione di essi dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata.

Quanto al richiamo alla Cedu contenuto nel paragrafo 3 del medesimo art. 6 – secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione «e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» – si tratta, ad avviso della Corte, di una disposizione che riprende, come già accennato, lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona ([sent. 80/2011](#)).

Qualora il giudice ordinario nutra un dubbio in ordine alla compatibilità di una disposizione legislativa nazionale con una previsione della Cedu ed il testo della legge non permetta al giudice stesso di superare il dubbio attraverso una interpretazione conforme alla Convenzione, il giudice è tenuto a verificare dapprima se la previsione convenzionale sia rispettosa dei principi costituzionali.

Qualora non lo sia egli deve sollevare la questione di costituzionalità della legge di ratifica della Convenzione, nella parte in cui ha introdotto nel nostro ordinamento una disposizione in contrasto con la Costituzione.

Nel caso sia invece ritenuta la conformità della Cedu alla Costituzione, il giudice è tenuto a sollevare questione di costituzionalità della norma legislativa per violazione diretta della Convenzione ed indiretta dell'art. 117, comma 1, Cost. (teoria della norma interposta).

Dopo le sentenze “gemelle” molte sono state, come detto, le questioni di costituzionalità con le quali i giudici ordinari hanno denunciato una supposta violazione della Cedu, sia come unico

parametro invocato per la dichiarazione di incostituzionalità, sia – più spesso – unitamente a ulteriori parametri costituzionali.

La Corte costituzionale in vari casi ha evitato di confrontarsi con il parametro convenzionale, affrontando e valutando la censura di costituzionalità solamente con riferimento ai parametri costituzionali “altri” e giudicando poi così “assorbito” il vizio denunciato per supposto contrasto con la Cedu.

Questo non esclude che comunque, anche quando non espressa in maniera esplicita¹³, l’influenza della giurisprudenza della Corte Edu sulla soluzione della questione di costituzionalità sia risultata in molte occasioni decisiva per orientare la Corte costituzionale verso una pronuncia di incostituzionalità.

Un problema del tutto particolare si è posto, con riguardo al controllo delle leggi in via incidentale proposto in riferimento alla violazione di disposizioni della Cedu, con riguardo all’ipotesi che oggetto della questione di costituzionalità siano norme legislative anteriori all’entrata in vigore della Cedu.

Esso è del tutto analogo a quello che si pose con riguardo alle leggi anteriori alla Costituzione allorché la Corte costituzionale ha iniziato a funzionare, vale a dire se dovesse, in questi casi, farsi valere il principio di costituzionalità oppure quello della abrogazione, con applicazione del principio temporale della successione di leggi nel tempo.

In questo caso la Corte costituzionale, nella sua prima sentenza ([1/1956](#)), lasciò aperta la possibilità di entrambe le soluzioni, riconoscendo a se medesima la possibilità di controllare anche la legittimità di leggi anteriori alla Costituzione, ma non escludendo la possibilità per il giudice di seguire il principio della abrogazione espressa.

Anche per le supposte violazioni della Cedu si è posto concretamente il problema delle leggi anteriori alla approvazione della Cedu e la Corte costituzionale lo ha risolto parificando questa ipotesi a quella delle leggi successive alla Cedu ([sent. 39/2008](#)).

6. I più evidenti casi di conflitto tra la Corte costituzionale e la Corte Edu: a) il trattamento economico del personale Ata trasferito dagli enti locali allo stato; b) le “pensioni svizzere”; c) la confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva.

Il passaggio dalla fase in cui la Corte costituzionale e la Corte Edu si erano in pratica ignorate, specie a causa dell’atteggiamento tenuto dalla prima, a quello del “dialogo” o comunque del contatto ravvicinato, ha determinato, accanto a molti elementi positivi, anche il sorgere di conflitti, più o meno forti, tra le due Corti.

Ai fini del presente scritto può valere la pena di ricordare i tre casi che possono essere considerati quelli nei quali in contrasto si è evidenziato in maniera più forte, quasi dirompente.

I primi due hanno entrambi ad oggetto leggi di interpretazione con cui il parlamento forniva, con effetto retroattivo, la corretta interpretazione di una precedente legge, con effetti anche nei giudizi in corso. Fenomeno rispetto al quale la giurisprudenza costituzionale si era rivelata negli anni piuttosto accondiscendente verso il legislatore¹⁴.

¹³ Così ad esempio con riguardo alla decisione della Corte costituzionale sul diritto del figlio a conoscere la propria identità naturale ed il diritto assoluto e perenne all’anonimato della madre (v. [Corte Edu 25 settembre 2012, sul caso Godelli](#) e [Corte cost. 278/2013](#)) oppure sul diritto del figlio al cognome materno (v. [Corte Edu 7 gennaio 2014, sul caso Cusan e Fazzo](#) e [Corte cost. 286/2016](#)).

¹⁴ La giurisprudenza costituzionale era consolidata nel senso che non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva) ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva, trattandosi in entrambi i casi di accertare se la retroattività della legge, il cui divieto non è stato elevato a dignità costituzionale, salvo che per la materia penale, trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti. Sicché, la norma censurata, ove considerata espressione di funzione di interpretazione autentica, non può considerarsi lesiva dei canoni costituzionali di ragionevolezza, e dei principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, allorché essa si limita ad assegnare alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario, senza, peraltro,

La prima vicenda riguarda il caso del trasferimento dagli enti locali allo stato del personale ATA della scuola la quale aveva comportato per gli stessi condizioni economiche più svantaggiose rispetto a quelle godute in precedenza.

A seguito di ricorsi giudiziari, in parte accolti dalla magistratura, il legislatore aveva approvato una legge di interpretazione autentica con la quale aveva dato una interpretazione favorevole agli interessi economici dello Stato e sfavorevole ai ricorrenti.

In ordine a tale legge fu sollevata una questione di costituzionalità per supposta violazione di numerosi principi costituzionali, tra i quali quelli di ragionevolezza della legge, del diritto di difesa, del legittimo affidamento del cittadino, della autonomia e indipendenza della magistratura.

La Corte costituzionale dichiarò infondata la questione, richiamandosi alla propria consolidata giurisprudenza in tema di leggi di interpretazione autentica ([sent. 234/2007](#)).

A seguito delle sentenze “gemelle” la questione fu ripresentata, questa volta con riferimento alla supposta violazione dell’art. 6 Cedu, come interpretato dalla Corte Edu, in riferimento all’art. 117, comma 1, Cost.

La Corte costituzionale escluse ugualmente il vizio di costituzionalità, richiamandosi ai “motivi imperativi di interesse generali” enunciati nella giurisprudenza europea per legittimare l’intervento del legislatore nazionale.

L’interessato fece allora ricorso alla Corte Edu, la quale si espresse invece in termini assai diversi, contestando che le ragioni imperative di interesse generale fossero date dalla necessità di porre rimedio ad un difetto tecnico della legge originaria ed osservando che “l’obiettivo indicato dal governo, ossia la necessità di riempire un vuoto giuridico e di eliminare le disparità di trattamento tra dipendenti, mirava in realtà a preservare solo l’interesse economico dello stato, riducendo il numero delle cause pendenti davanti ai giudici italiani”.

La Corte Edu ha quindi ritenuto l’intervento legislativo impugnato non giustificato da ragioni imperative di interesse pubblico generale e quindi in contrasto con l’art. 6.1 Cedu ([sent. 7 giugno 2011, sul caso Agrati](#)).

La Corte costituzionale ha risposto pochi mesi dopo citando la suddetta pronuncia della Corte Edu ed osservando che in materia sussiste lo spazio per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva, in quanto “diversamente, se ogni intervento del genere fosse considerato come indebita ingerenza allo scopo d’influenzare la risoluzione di una controversia, la regola stessa sarebbe destinata a rimanere una mera enunciazione, priva di significato concreto” ([sent. 257/2011](#)).

La Corte Edu infine ha ritenuto che il personale Ata che è stato immesso nei ruoli del ministero senza il riconoscimento dell’anzianità pregressa deve essere posto nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se la violazione della Convenzione non si fosse verificata (ossia se il governo non avesse imposto di interpretare l’art. 8 l. 3 maggio 1999 n. 124 in maniera difforme all’interpretazione fornita dalla suprema Corte di cassazione) e ha pertanto diritto di ricevere a titolo di equa soddisfazione la differenza tra il trattamento economico percepito e quello che avrebbe invece ottenuto in assenza dell’intervento di «interpretazione» ([sent. 8 novembre 2012, sul caso Agrati](#)).

Il secondo caso ha avuto ad oggetto la disciplina pensionistica di lavoratori italiani all’estero (in specifico in Svizzera) e una legge di interpretazione autentica attraverso la quale veniva fornita, con efficacia retroattiva, una lettura della disposizione interpretata in senso restrittivo e peggiorativo per i destinatari, con effetto pure per i giudizi ancora pendenti.

La relativa questione di costituzionalità era stata dichiarata infondata con [sent. 172/2008](#), la quale aveva ritenuto che la norma impugnata assegnava alla disposizione interpretata un senso già da essa desumibile, garantendo altresì la razionalità complessiva del sistema previdenziale, in quanto evitava che, a fronte di una esigua contribuzione versata nel paese estero, si potessero ottenere le stesse utilità le quali chi aveva prestato attività lavorativa esclusivamente in Italia poteva conseguire solo grazie ad una contribuzione molto più gravosa.

A tale giurisprudenza si era quindi adeguata anche la Corte di cassazione (8 agosto 2011, n. 17076),

che siffatta operazione debba essere necessariamente volta a comporre contrasti giurisprudenziali, ben potendo il legislatore precisare il significato di norme in presenza di indirizzi omogenei ([sent. 74/2008](#)).

la quale aveva, di conseguenza, sostenuto che la disposizione in questione costituiva norma dichiaratamente ed effettivamente di interpretazione autentica, diretta a chiarire la portata della disposizione interpretata e pertanto non lesiva del principio del giusto processo di cui all'art. 6 Cedu, trattandosi di legittimo esercizio della funzione legislativa.

Successivamente la Corte di Strasburgo, pronunciandosi sulla stessa questione a seguito di ricorso diretto, ha ritenuto invece che la medesima disposizione avesse determinato una violazione dei diritti dei ricorrenti, intervenendo in modo decisivo per impedire che l'esito del procedimento in cui erano parti fosse loro favorevole ([sent. 31 maggio 2011, sul caso Maggio](#)).

Con esplicito riferimento alla suddetta decisione della Corte Edu, la questione di costituzionalità è stata quindi riproposta al controllo della Corte costituzionale, stavolta invocando un differente parametro ossia l'art. 117, comma 1, Cost., il quale impone alla legge (statale e/o regionale) il rispetto degli obblighi internazionali.

La Corte costituzionale, richiamandosi alla propria giurisprudenza, ha sostenuto che il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quella già predisposta dall'ordinamento interno, ma può e deve viceversa costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Per questo il confronto tra le differenti discipline e quindi tra le corti deve essere effettuato mirando alla "massima espansione delle garanzie".

A tale ultimo fine deve essere riconosciuto alla Corte un'attività di bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente protetti che vengono in gioco, in quanto la loro tutela non può essere realizzata attraverso una valutazione frazionata dei singoli diritti (quale può essere in certi casi la giurisprudenza di Strasburgo), bensì sistemica e quindi valorizzando pure il "margine di apprezzamento" nazionale.

E' questa la chiave di volta seguita dalla Corte italiana per armonizzare le due differenti giurisprudenze: un'attività di bilanciamento che può in fondo spettare solo al Giudice costituzionale nazionale che meglio è in grado di assolvere a questo compito, ma che non significa "primazia" dell'ordinamento nazionale, ma più precisamente "integrazione delle tutele".

Utilizzando questa "chiave", la Corte conclude che, nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, rispetto alla tutela dell'interesse sotteso al parametro indicato prevale quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata, in relazione alla quale sussistono quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva. Ed infatti, gli effetti di detta disposizione ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'articolo 81, comma 4, Cost. ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso, impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali. È ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni ([sent. 264/2012](#))¹⁵.

Successivamente la Corte Edu è nuovamente tornata sulla questione delle "pensioni svizzere" ed ha di nuovo ritenuto che la disciplina italiana di interpretazione autentica si pone in contrasto, non solo con i principi del giusto processo (art. 6.1. Cedu), ma anche con una valutazione patrimoniale in relazione al sistema di calcolo delle pensioni che avrebbe determinato un eccessivo onere a carico dei ricorrenti senza un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco ([sent. 15 aprile 2014, sul caso](#)

¹⁵ Una conferma della bontà della lettura seguita, la Corte costituzionale la trova nel fatto che la Corte Edu nella ricordata [sentenza Maggio](#) (a differenza di quanto accaduto per la [sentenza Agrati](#) di poco successiva, prima ricordata), mentre condanna l'Italia per violazione dell'art. 6 Cedu, esclude la violazione dell'art. 1 del protocollo n. 1, sotto il profilo dell'ingerenza nel pacifico godimento dei loro beni attraverso la riduzione della pensione.

[Stefanetti](#)).

Fondandosi sull'unico motivo del *novum* rappresentato dalla sopra ricordata sentenza, è stata sollevata una ulteriore questione di costituzionalità di fronte alla Corte costituzionale, la quale ha dichiarato inammissibile la stessa. La Corte ha rilevato in particolare come la indicazione di una soglia (fissa o proporzionale) e di un non superabile limite di riducibilità delle “pensioni svizzere” – ai fini di una *reductio ad legitimitatem* della disposizione impugnata, che ne impedisca l'incidenza su dette pensioni in misura che risulti lesiva degli evocati precetti convenzionali e nazionali –, come pure l'individuazione del rimedio, congruo e sostenibile, atto a salvaguardare il nucleo essenziale del diritto leso, sono comunque necessarie, ma presuppongono, evidentemente, la scelta tra una pluralità di soluzioni rimessa, come tale, alla discrezionalità del legislatore.

La Corte costituzionale, nel dichiarare la inammissibilità della questione, ha tuttavia affermato che “non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema segnalato dalla Corte di Strasburgo” ([sent. 166/2017](#)).

Il terzo caso ha ad oggetto la disciplina italiana della confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva.

Sulla stessa aveva avuto modo di pronunciarsi la Corte Edu, secondo cui, in caso di assoluzione dal reato di lottizzazione abusiva, motivata da errore di diritto scusabile, la confisca dell'insieme dei terreni abusivamente lottizzati e degli immobili abusivamente costruiti lede l'art. 7 Cedu e l'art. 1 del protocollo 1 alla stessa Convenzione, trattandosi di sanzione penale la cui applicabilità al caso di specie non era chiaramente prevista dalla legge e sproporzionata rispetto allo scopo di tutela ambientale perseguito ([sent. 20 gennaio 2009, sul caso Soc. Sud Fondi](#)).

Ad essa aveva fatto seguito una pronuncia della Corte costituzionale di inammissibilità, per insufficiente motivazione in ordine alla rilevanza e per non aver il giudice dimostrato l'impossibilità di un'interpretazione della disposizione impugnata in conformità alla normativa internazionale (di cui alla Cedu) come interpretata dalla Corte Edu, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti.

In quella occasione la Corte costituzionale aveva precisato che “solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità delle disposizioni di legge”.

Nella giurisprudenza della Corte di cassazione era quindi risultata assolutamente prevalente l'interpretazione secondo la quale la confisca dei terreni può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, quale la prescrizione, purché fosse accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicurasse il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, e che verificasse l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere ([Cass. 4 febbraio 2013, n. 17066](#)).

Successivamente è di nuovo intervenuta la Corte Edu, la quale ha ravvisato una violazione dell'art. 7 Cedu e dell'art. 1 prot. n. 1 nel caso in cui la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e degli immobili realizzati sugli stessi sia stata ordinata dal giudice penale con la sentenza di proscioglimento per estinzione del reato dovuta a prescrizione ([sent. 29 ottobre 2013, sul caso Varvara](#)).

Facendo riferimento espresso a tale ultima pronuncia, la questione di costituzionalità è stata nuovamente riproposta davanti alla Corte costituzionale, in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost.

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione richiamandosi al principio, già precedentemente ricordato e commentato, del carattere necessariamente “consolidato” della giurisprudenza della Corte Edu, affinché la stessa possa ritenersi vincolante per il giudice.

La Corte costituzionale conclude nel senso che i giudici *a quibus* erano ben coscienti che non trattavasi di una giurisprudenza consolidata della Corte europea per cui, non solo non erano tenuti ad estrapolare dalla [sentenza Varvara](#) il principio di diritto dal quale hanno preso le mosse le questioni

sollevate, ma avrebbero dovuto attestarsi su una lettura ad esso contraria. Quest'ultima è infatti compatibile con il testo della decisione e gli estremi della vicenda decisa, più armonica rispetto alla tradizionale logica della giurisprudenza europea, e comunque rispettosa del principio costituzionale di sussidiarietà in materia penale, nonché della discrezionalità legislativa nella politica sanzionatoria degli illeciti, con eventuale opzione per la (interna) natura amministrativa della sanzione.

7. L'efficacia e l'applicazione in Italia delle sentenze di condanna della Corte Edu. La sentenza Edu come fonte del diritto: i casi di restituzione degli atti per "novum" superveniens. Gli ostacoli processuali: il superamento del giudicato penale (il [caso Dorigo](#)) e l'analogo problema in materia civile ed amministrativa.

Veniamo adesso alla seconda serie di problemi indicati, vale a dire ai temi connessi alla efficacia ed applicazione nell'ordinamento italiano delle sentenze della Corte Edu.

E' appena il caso di sottolineare come il ruolo e la natura della Corte europea siano andati evolvendo da una matrice essenzialmente internazionalistica ad una che potremmo chiamare costituzionalistica.

Nella prima fase ha prevalso l'aspetto relativo alla tutela del singolo diritto, alla natura meramente dichiarativa della decisione, con l'obbligo stringente e specifico per gli stati dell'equa riparazione, quando pronunciata, a fronte di una maggiore discrezionalità degli stessi in ordine all'obbligo di eliminare le cause della avvenuta violazione.

Successivamente l'attività della Corte Edu è parsa maggiormente proiettata alla tutela dell'interesse generale ed al rispetto del diritto oggettivo, attraverso una integrazione, nella prassi, di quanto previsto letteralmente dall'art. 41 Cedu, muovendosi sempre più spesso oltre la equa soddisfazione, attraverso la indicazione di specifiche misure, tali da introdurre modifiche strutturali dell'ordinamento nazionale.

Sono quindi proprio le sentenze che indicano la necessità di una *restitutio in integrum* e di modifiche ordinamentali che hanno posto i maggiori problemi per la loro esecuzione nell'ordinamento italiano.

Sulla possibilità di qualificare la sentenza Edu quale fonte del diritto può essere utile ricordare due decisioni della Corte costituzionale, con le quali sono stati restituiti ai giudici *a quibus* gli atti relativi a questioni di costituzionalità sollevate, in ragione di una sopravvenuta modifica della giurisprudenza della Corte Edu.

Nel primo caso trattavasi della questione di costituzionalità della legge sulla procreazione medicalmente assistita, nella parte in cui escludeva la possibilità di ricorrere alla pratica della inseminazione eterologa.

La Corte europea con una prima pronuncia, di una sua sezione ([sez. I, 1° aprile 2010, sul caso S.H.](#)), aveva ritenuto una simile esclusione contraria ai principi espressi dalla Cedu e, anche sulla base di tale decisione, alcuni giudici italiani avevano sollevato la questione di costituzionalità della legge 40/2004 davanti alla Corte costituzionale.

Nelle more della decisione era sopravvenuta una seconda pronuncia sul medesimo caso, da parte stavolta della grande camera, la quale aveva al contrario ritenuto che la liceità o meno della inseminazione eterologa rientrasse nel "margine di apprezzamento" che deve essere riconosciuto in materia a ciascuno stato (sent. 3 novembre 2011).

La Corte costituzionale ([ord. 150/2012](#)), ricordato il significato che deve essere riconosciuto alle sentenze della Corte Edu, ha qualificato la sopravvenuta decisione come un "*novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale, così come proposta" ed ha quindi restituito gli atti ai giudici *a quibus* per un riesame della rilevanza, giustificandolo altresì con l'affermazione secondo la quale diversamente, non avendo potuto i giudici *a quibus* interloquire sulla base della sopravvenuta decisione, risulterebbe alterato lo schema del giudizio sulle leggi in via incidentale.

La Corte in questa occasione ha usato volutamente il termine "*novum*" *superveniens*, quasi come

qualcosa che si pone tra lo “*ius*” ed il “*factum*”, attribuendo comunque nella sostanza alla sentenza della Grande camera l’effetto fino ad allora riconosciuto allo *ius superveniens*¹⁶.

Nel secondo caso la questione di costituzionalità aveva ad oggetto la disciplina codicistica che non esclude la possibilità di instaurare un giudizio penale avente ad oggetto gli stessi fatti per i quali già sia stata irrogata in maniera definitiva una sanzione amministrativa, al termine in un procedimento amministrativo. Il giudice denunciava la violazione del principio del *ne bis in idem*, richiamandosi all’art. 4, protocollo 7, della Cedu, quale norma interposta, ai sensi dell’art. 117, comma 1, Cost.

In particolare l’autorità giudiziaria rimettente fondava i dubbi di costituzionalità sulla interpretazione della disposizione convenzionale risultante dalla giurisprudenza della Corte Edu, secondo la quale una sanzione può ritenersi sostanzialmente penale in ragione della sua natura repressiva o preventiva e sottolineava come tale giurisprudenza avesse avuto ad oggetto ipotesi del tutto assimilabili a quella oggetto del giudizio *a quo* (sanzioni amministrative per evasione fiscale).

Nel periodo intercorrente tra la emanazione dell’ordinanza di rinvio e la decisione della Corte costituzionale, è intervenuto un inaspettato cambio di giurisprudenza da parte della grande camera della Corte Edu, la quale, pur confermando la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa afflittiva, ha superato la lettura solo processuale del principio del *ne bis in idem* (impossibilità di iniziare il procedimento penale in presenza di una sanzione amministrativa definitiva) per passare ad una nozione sostanziale del medesimo, invitando i giudici a valutare, nella specie, il tipo di connessione sostanziale e temporale esistente tra i due procedimenti. La Corte infatti ha escluso la violazione dell’art. 4, prot. 7, Cedu quando tra il procedimento amministrativo e quello penale sia ravvisabile una connessione sufficientemente stretta sul piano sostanziale e temporale ([sent. 15 novembre 2016, sul caso A e B c. Norvegia](#)).

Nel restituire gli atti al giudice *a quo*, la Corte costituzionale parla di una “svolta giurisprudenziale”, potenzialmente produttiva di effetti in ordine al rapporto tra il procedimento amministrativo e quello penale e conclude nel senso che “il mutamento del significato della normativa interposta, sopravvenuto all’ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo che esprime il diritto vivente europeo, comporta la restituzione degli atti al giudice *a quo*, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale” ([sent. 43/2018](#))¹⁷.

In questi casi la Corte costituzionale usa espressioni quali “*novum*”, “nuova regola”, “mutamento di significato” e non quella di “*ius superveniens*”, utilizzata invece per le sentenze della Corte di giustizia Ue, ad evitare espressioni troppo impegnative, ma non si può certo escludere che il trattamento riservato alle decisioni della Corte Edu venga significativamente parificato, quanto ad effetti, ad una fonte del diritto¹⁸.

¹⁶ La decisione di restituzione degli atti al giudice *a quo* è un tipo di pronuncia non previsto dalla legge, ma creato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale di conseguenza ha avuto nel tempo applicazioni differenti. Negli ultimi anni la restituzione viene utilizzata quasi esclusivamente per l’ipotesi di una modifica normativa (*ius superveniens*) che va ad incidere sulla legge oggetto della questione di costituzionalità, allo scopo di richiedere al giudice una nuova valutazione in ordine alla rilevanza o alla non manifesta infondatezza della questione sollevata. Alla modifica normativa la giurisprudenza costituzionale ha parificato, ai fini della restituzione, le sentenze di incostituzionalità e le sentenze interpretative della Corte di giustizia dell’Unione europea.

¹⁷ Nella prima ipotesi si trattava dello stesso caso, deciso una prima volta da parte di una sezione e successivamente, a seguito di richiesta del governo italiano, dalla grande camera, mentre nella seconda, a fronte di una giurisprudenza consolidata, anche della grande camera, era sopravvenuto un chiaro mutamento della stessa da parte di una pronuncia della grande camera.

¹⁸ Se è del tutto chiaro il diverso regime del diritto originario e derivato dell’Unione europea (applicazione diretta, primato ecc.) rispetto a quanto accade per la Cedu (fonte definita dalla Corte di livello subcostituzionale), il tema specifico del rilievo che una pronuncia giurisdizionale può assumere ai fini della restituzione degli atti appare legato principalmente alla natura più o meno vincolante, per il giudice, della interpretazione espressa in quella pronuncia. In altri termini ciò che assume importanza è l’eventuale “mutamento di significato della normativa” oggetto della questione, che induce il Giudice costituzionale a richiedere, al pari di quanto accade nel caso di *ius superveniens*, un nuovo esame da parte del giudice rimettente. Appare infatti del tutto ragionevole, al di là della sua qualificazione, come una interpretazione della norma oggetto della questione oppure del parametro, diretto o interposto, la quale risulti per il giudice assolutamente vincolante, qualora la stessa sopraggiunga dopo la pronuncia dell’ordinanza di rimessione, giustifichi una restituzione

Gli ostacoli, stante i limiti che incontra la Corte Edu nella propria attività di garante della Cedu, sono stati principalmente di due tipi: a) di carattere processuale; b) in ragione della natura legislativa dell'atto da rimuovere.

Con riguardo ai primi, intendo riferirmi principalmente al tema del giudicato e del valore, anche di rilievo costituzionale, ad esso riconosciuto per la garanzia della certezza del diritto.

Stante la natura sussidiaria del ricorso alla Corte Edu e quindi la necessità di aver previamente esperito tutti gli strumenti che l'ordinamento pone a disposizione dei cittadini per la tutela dei propri diritti, è fisiologico che la decisione della Corte Edu possa porsi in contrasto con il giudicato che nel frattempo è venuto a crearsi a livello nazionale.

Da qui la necessità di contemperare il rispetto del giudicato, e dei valori che esso esprime, con l'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte Edu, ai sensi dell'art. 46 Cedu.

Questo aspetto è divenuto ancora più evidente, via via che si è prestata maggiore attenzione al momento della esecuzione delle sentenze della Corte Edu in ragione della più frequente richiesta da parte di questa di obblighi ripristinatori e di interventi normativi o paranormativi tendenti a suggerire il superamento del giudicato o controllare l'osservanza delle decisioni di Strasburgo.

A proposito del giudicato penale, l'esperienza italiana è legata al noto [caso Dorigo](#), che quindi vale la pena di ripercorrere e, con esso, esporre il modo come è stato risolto il problema in Italia.

La Commissione europea (9 settembre 1998) aveva rilevato in un [procedimento penale a carico del sig. Dorigo](#) una violazione della garanzia del contraddittorio e quindi affermato la violazione dell'art. 6 della Convenzione.

La Corte di cassazione aveva di conseguenza ritenuto il giudicato penale "ineseguibile", con la conseguenza che il condannato non avrebbe più dovuto espiare la parte residua della pena (sent. 25 gennaio 2007, n. 2800).

Venne quindi sollevata, in riferimento anche all'art. 6 Cedu, una questione di costituzionalità, la quale però fu dichiarata infondata da parte della Corte costituzionale ([sent. 129/2008](#)), che nel fare ciò, ritenne "di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte Edu che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della Cedu"¹⁹.

A seguito di tale pronuncia i giudici ordinari, ed in particolare la corte di cassazione, hanno proceduto in varie ipotesi a ricercare una soluzione "equa" attraverso interpretazioni conformi piuttosto ardite, se non vere e proprie disapplicazioni della normativa processuale.

La questione di costituzionalità è successivamente stata portata nuovamente al giudizio della Corte costituzionale, stavolta con specifico riferimento agli art. 117, comma 1, Cost. e 46 Cedu.

Anche in considerazione della inerzia del legislatore al suo "pressante invito", questa volta la Corte

degli atti. In questo caso infatti - a differenza di un fatto che va ad incidere sulla rilevanza dello specifico giudizio principale, ma non muta la questione avente ad oggetto un atto normativo generale ed astratto - la decisione sopravvenuta va ad incidere sul contenuto dell'atto normativo al pari di una modifica normativa (di interpretazione autentica).

¹⁹ La Corte costituzionale osserva come la questione di legittimità costituzionale nasce dalla assenza - nel sistema processuale penale - di un apposito rimedio, destinato ad attuare l'obbligo dello stato di conformarsi (anche attraverso una eventuale rinnovazione del processo) alle conferenti sentenze definitive della Corte di Strasburgo, nell'ipotesi in cui sia stata accertata la violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli. La Corte ricorda come il Comitato dei Ministri e l'Assemblea del Consiglio d'Europa hanno stigmatizzato - con reiterate risoluzioni, risoluzioni interinali e raccomandazioni, proprio in riferimento alla vicenda del sig. Davigo - l'inerzia dello Stato italiano nell'approntare adeguate iniziative riparatorie e come il Comitato dei Ministri - facendo seguito a precedenti "moniti" - ha espressamente deplorato «il fatto che, più di sei anni dopo l'accertamento della violazione in questo caso, le autorità italiane non abbiano adottato alcuna misura per cancellare per quanto possibile le conseguenze della violazione (*restitutio in integrum*) e che non siano state attuate soluzioni alternative, quali la concessione della grazia presidenziale». Allo stesso modo, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nella Risoluzione n. 1516 (2006) - adottata il 2 ottobre 2006, in materia di attuazione delle sentenze della Corte Edu - ha deplorato la circostanza che «in Italia, e, in una certa misura, in Turchia, la legge non prevede ancora la riapertura dei processi penali per i quali la Corte abbia constatato violazioni alla Cedu e questi due Stati non hanno adottato altre misure per ripristinare il diritto dei ricorrenti ad un equo processo malgrado le domande pressanti e ripetute del Comitato dei Ministri e dell'Assemblea».

costituzionale giunge ad una dichiarazione di incostituzionalità della norma processuale, valutando quindi che l'obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte Edu debbano prevalere su un principio seppur importante quale quello del giudicato.

In particolare viene dichiarata la incostituzionalità dell'art. 630 cod. proc. pen., nella parte in cui non contemplava un «diverso» caso di revisione, rispetto a quelli fin allora regolati, volto specificamente a consentire la riapertura del processo, quando la stessa risulti necessaria, ai sensi dell'art. 46, 1. Cedu, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte Edu ([sent. 113/2011](#)).

La Corte ha attribuito ai giudici il compito di valutare anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli, mentre ha sottolineato come il legislatore resti ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina – recata anche dall'introduzione di un autonomo e distinto istituto – il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali la Corte non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali (quale, ad esempio, la previsione di un termine di decadenza per la presentazione della domanda di riapertura del processo, a decorrere dalla definitività della sentenza della Corte europea).

La surricordata decisione è stata unanimemente apprezzata da parte della dottrina, la quale ha affermato come la Corte non sia limitata ad “importare un prodotto” del sistema convenzionale, ma abbia “eliminato una barriera doganale” tra i due ordinamenti (Cartabia) o come la cedevolezza del giudicato possa essere intesa con riferimento al meta principio della massimazione della tutela, consentendo così alla Costituzione italiana di dare il meglio di se stessa (Ruggeri [2]).

Rifacendosi alla surricordata decisione, è stata sollevata una nuova questione di costituzionalità attraverso la quale è stato chiesto alla Corte costituzionale di estendere la conclusione raggiunta con riguardo al processo penale, anche ai processi civili ed amministrativi.

La Corte ([sent. 123/2017](#)) non ha accolto la questione, rilevando come nella giurisprudenza della Corte Edu non emerge, nelle materie diverse da quella penale, un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo e come si ponga in materia civile ed amministrativa il problema del rispetto del contraddittorio, dal momento che il giudizio davanti alla Corte Edu si svolge in contraddittorio tra il ricorrente e lo stato autore della violazione, con la presenza solo eventuale degli altri soggetti che hanno preso parte al giudizio interno²⁰.

8. *Segue: Gli ostacoli di carattere normativo, la presenza di una legge che ha determinato la violazione della Cedu o impeditiva del risultato richiesto dalla Corte Edu. Il diverso ruolo di giudici, Corte costituzionale e legislatore. L'esecuzione della sentenza nei confronti della parte vincitrice a Strasburgo e la diversa posizione dei soggetti che si trovano nella stessa situazione sostanziale.*

Il secondo tipo di ostacolo alla esecuzione di una sentenza della Corte Edu che richieda modifiche strutturali al fine della *restitutio in integrum* può essere rappresentato dalla presenza di una normativa nazionale alla quale può essere fatta risalire la violazione della Cedu o che comunque si ponga in contrasto con il perseguimento del risultato richiesto dalla Corte Edu.

In proposito sembra necessario distinguere a seconda che si tratti di dare esecuzione alla sentenza Edu nei confronti della parte risultata vincitrice nel giudizio convenzionale oppure di soggetto diverso che si trova nella stessa o in analoga situazione.

In questo secondo caso potremmo ulteriormente distinguere tra i soggetti che hanno un giudizio

²⁰ La Corte costituzionale rileva come ai soggetti che hanno preso parte al giudizio nazionale non deve neppure essere notificato il ricorso alla Corte Edu e come sia rimesso (art. 36.2 Cedu) alla valutazione discrezionale del presidente della stessa Corte di “invitare” “ogni persona interessata a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze”. La Corte osserva altresì come “una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi – per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte Edu – renderebbe più agevole l'opera del legislatore nazionale”, nel senso di superare il giudicato pure in materia civile ed amministrativa.

pendente a Strasburgo (che potrebbero beneficiare di una sentenza-pilota) o soggetti che invece non hanno fatto ricorso ed ancora tra soggetti appartenenti allo stesso stato condannato dalla sentenza della Corte Edu oppure ad altro stato.

Nel primo caso (parte vincitrice a Strasburgo) lo stato è senza dubbio tenuto, ai sensi dell'art. 46 Cedu a dare esecuzione alla sentenza di condanna della Corte Edu, ma a fronte di una legislazione interna contrastante ci si è chiesti chi possa (o debba) intervenire (giudice, Corte costituzionale, legislatore) e quali poteri in proposito possano essere loro riconosciuti.

La tesi, a mio avviso, più convincente è quella che ritiene, in questo caso, che il giudice sia legittimato a dare esecuzione alla sentenza europea, in quanto la presenza della stessa viene a determinare un elemento nuovo, a livello normativo, che viene ad integrare la "regola" che il giudice deve applicare al caso concreto.

Alla regola generale ed astratta della legge, alla quale il giudice è costituzionalmente soggetto, si sostituisce una regola specifica derivante dalla sentenza di condanna e dall'art. 46 Cedu ed al criterio gerarchico subentra quello di specialità (Padula).

In considerazione di ciò il giudice non procede quindi ad una disapplicazione, bensì ad applicare una nuova regola e questo, come è stato rilevato da Repetto [2], può avvenire alla presenza di quattro presupposti: a) che il ricorrente sia il soggetto vittorioso a Strasburgo, potendo solo lui beneficiare dell'art. 46 Cedu; b) che esista, nell'ordinamento nazionale, un rimedio interno che consenta alla parte di portare la sua causa davanti ad un giudice; c) che la sentenza della Corte Edu sia di natura autoapplicativa, ossia che il risultato possa essere raggiunto senza la necessità di una disciplina di dettaglio e non ponga una pluralità di possibili soluzioni; d) che la "regola" convenzionale non sia in contrasto con i principi costituzionali.

Qualora invece non si tratti del soggetto vittorioso a Strasburgo, non esista un rimedio davanti ad un giudice, la sentenza non sia autoapplicativa o la regola contrasti con principi costituzionali, il giudice deve sollevare una questione di costituzionalità e solo l'intervento della Corte costituzionale può superare l'ostacolo rappresentato da una legge.

Per questo si parla in dottrina della esistenza di un "doppio binario" per la esecuzione delle sentenze della Corte Edu.

In proposito, come detto, potremmo quindi non utilizzare la nozione di disapplicazione, non riconosciuta appunto al giudice con riguardo all'ordinamento Cedu e neppure quella di interpretazione conforme (Malfatti). Non sembra infatti condivisibile la possibilità di distinguere la nozione di interpretazione conforme ed i limiti che essa incontra in particolare nei riguardi del testo normativo, a seconda che questa sia utilizzata dal giudice "a monte" (prima della sentenza della Corte Edu) oppure "a valle" (per dare esecuzione alla stessa), nel senso che nel secondo momento dovrebbe ritenersi aumentata la carica prescrittiva dell'interpretazione conforme, tale da potersi spingere molto più avanti rispetto alla medesima operazione esercitata nel primo momento.

Pare invece corretta, sulla base di quanto abbiamo appena detto, l'impostazione (Malfatti) secondo cui la sentenza Edu introdurrebbe un "*novum*" normativo che non poteva fin allora essere preso in considerazione dai giudici nazionali e che consente loro di completare la tutela.

Venendo adesso al caso di soggetti che vengono a trovarsi nella stessa situazione del ricorrente, ma che non hanno ricorso o non hanno comunque ottenuto una decisione della Corte Edu, mentre si esclude che una sentenza di condanna nei confronti di uno stato diverso, differente è all'interno dello stato condannato, quando si tratti di una decisione che concerna una situazione strutturale.

In Italia il caso si è posto e si è giunti ad una conclusione, che possiamo esporre attraverso la ricostruzione del noto [caso Scoppola](#).

La Corte Edu ([sent. 17 settembre 2009, sul caso Scoppola](#)) aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 7.1 Cedu, dichiarando che lo stato italiano era tenuto ad assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente fosse sostituita con una pena non superiore a quella della reclusione ad anni trenta.

La decisione era stata eseguita dalla Corte di cassazione (sent. 28 aprile 2010 n. 16507), la quale aveva proceduto ad annullare direttamente la sentenza precedente passata in giudicato, giudicando "ineseguibile" il giudicato "per il fatto nuovo" della sentenza europea, stante la assoluta chiarezza

della medesima e l'obbligo per lo stato italiano discendente dall'art. 46 Cedu.

Di fronte alla richiesta di applicazione della stessa soluzione anche ad altri soggetti che si trovavano nella stessa, identica situazione di Scoppola, ma che non avevano ricorso a Strasburgo, la cassazione aveva in alcuni casi proceduto ad estendere loro la stessa soluzione, mentre le sezioni unite della cassazione hanno deciso di sollevare questione di costituzionalità (ord. 10 settembre 2012), trovando un vincolo insormontabile alla suddetta estensione nel chiaro tenore letterale della legge, che non consentiva un simile risultato.

La Corte costituzionale ([sent. 210/2013](#)) ha ritenuto corretta l'applicazione diretta operata dalla Cassazione nei confronti di Scoppola ed altresì che la sentenza Edu debba trovare applicazione anche nei casi che presentano le medesime caratteristiche, senza che occorra per gli stessi una specifica pronuncia della Corte Edu.

Circa le modalità attraverso le quali pervenire a tale risultato, la Corte rileva che esiste una "radicale differenza" tra chi è destinatario di una decisione della Corte Edu e quanti invece, pur trovandosi nella stessa situazione sostanziale, non lo sono. In questo secondo caso, non potendo il giudice procedere ad una disapplicazione della normativa nazionale, egli è tenuto a sollevare la questione di costituzionalità in modo da consentire la eliminazione della stessa ad opera della Corte costituzionale²¹.

9. Un appunto per riflettere su alcune ipotesi future: a) la adesione della Unione europea alla Cedu; b) l'entrata in vigore della pregiudizialità convenzionale di cui al Protocollo XVI; c) le possibili riforme del sistema italiano di giustizia costituzionale per un più proficuo dialogo con le Corti europee: il ricorso individuale diretto ed il passaggio ad un sistema "duale".

Per concludere vorrei svolgere, in maniera sintetica e solo come una specie di appunti sui quali poter riflettere in altra occasione, alcune considerazioni circa le prospettive future del tema trattato in questo scritto, ovviamente sempre con particolare riferimento alla situazione italiana.

Vorrei riferirmi in particolare a tre aspetti: a) la previsione della adesione alla Cedu da parte della Unione europea; b) la recentissima entrata in vigore del Protocollo XVI della Cedu; c) le possibili riforme del sistema di giustizia costituzionale italiano allo scopo di meglio adeguarlo alle relazioni che in questi anni si sono venute instaurando con la Corte Edu (e pure con la Corte di giustizia).

Sul primo aspetto è, come noto, ancora in attesa di attuazione la previsione dell'art. 6.2 del Trattato di funzionamento della Ue che prevede l'adesione della Ue alla Cedu, precisando che ciò non comporterà modificazioni alle competenze definite nei trattati.

Fermi restando il ruolo e le funzioni esercitate dalla Corte di giustizia, pare doversi prevedere che la Corte Edu dovrebbe assumere la competenza a giudicare del rispetto della Convenzione non solo da parte degli stati, ma altresì da parte della Unione, con la conseguenza di trovarsi a dover interpretare anche il diritto Ue ed a giudicare anche sopra una sentenza della Corte di giustizia per supposta violazione della Cedu.

Sul punto è conosciuta la posizione nettamente negativa espressa da quest'ultima nel [parere del 18 dicembre 2014](#), nel quale si chiedeva, tra l'altro, che per qualsiasi procedimento davanti alla Corte Edu che avesse ad oggetto il diritto eurounitario, dovesse essere trasmessa una informazione completata e sistematica agli organi della Unione europea, al fine di verificare se la Corte di giustizia si fosse o meno pronunciata sulla interpretazione corretta e, nel caso che ciò non fosse avvenuto, di attivare la relativa procedura. In caso contrario la competenza della Corte medesima risulterebbe pregiudicata.

Certamente ci sono già tutte le premesse per ritenere che, se mai la disposizione fosse attuata, i

²¹ Gli stessi principi sono stati successivamente confermati dalla Corte costituzionale, con riguardo alla disciplina nazionale sulla procreazione medicalmente assistita, relativamente alla possibile diagnosi reimpianto alle coppie non sterili che siano portatrici sane di malattie geneticamente trasmissibili. Trattasi della esecuzione della [decisione della Corte Edu 28 agosto 2012, sul caso Costa e Pavan](#) e della conseguente pronuncia della Corte costituzionale [96/2015](#).

rapporti tra le due Corti europee, con inevitabili ricadute anche sui giudici nazionali, avrebbero la necessità di trovare un nuovo equilibrio, dovendosi, tra l'altro, anche conciliare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia con il carattere sussidiario del ricorso alla Corte Edu (A. Randazzo).

Oltre al rapporto "tra Corti", con quasi certezza verrebbe a porsi altresì un rapporto "tra Carte", ossia tra la Cedu e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

E' stato osservato (Cardone) che le norme dei trattati cui la Ue aderisce vengono a collocarsi allo stesso livello dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione, quindi in una posizione intermedia tra i Trattati ed il diritto derivato. Di conseguenza la Carta dei diritti, alla quale è riconosciuto lo stesso valore formale dei Trattati, verrebbe ad essere collocata in una posizione, formalmente, superiore rispetto alla Cedu, che verrebbe collocata al livello dei principi generali.

Circa i problemi che potrebbero derivare dalla suddetta adesione, uno sarebbe certamente legato alla possibilità di procedere ad una diretta disapplicazione della legge nazionale in contrasto con la Cedu, a seguito delle avvenute "comunitarizzazione" della stessa, con conseguente estensione del medesimo regime.

Come ho già ricordato, la Corte costituzionale ([sent. 80/2011](#)) ha escluso che, sulla base dell'art. 6.2 del Trattato i giudici possano procedere alla disapplicazione, ma la motivazione si è fondata principalmente sulla mancata attuazione di tale disposizione, per cui la questione si verrebbe certamente a riproporre, una volta che la disposizione fosse attuata.

Il secondo aspetto riguarda invece un istituto non solo previsto, ma seppure recentissimamente già attuato, vale a dire la possibilità di richiedere alla Corte Edu pareri consultivi su questioni di principio relative alla interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Cedu o dai suoi protocolli²².

Molte sono le aspettative riposte in questo strumento per un miglioramento delle relazioni tra corti, specie per evitare ricorsi alla Corte Edu o prevenire condanne, con riguardo ad esempio a violazioni di natura strutturale, realizzando una sorta di sentenze-pilota anticipate, come ha sostenuto il Presidente della Corte Edu Raimondi, nella intervista rilasciata a Diletta Tega²³.

Nonostante che l'oggetto dei pareri siano "questioni di principio", pare indubbio che l'istituto debba configurarsi come una questione pregiudiziale, e quindi concreta, stante la previsione che il parere può essere richiesto "solo nell'ambito di una causa pendente dinanzi" all'autorità richiedente e che questa "deve motivare la richiesta di parere e produrre gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente".

Stante la natura di pregiudiziale, inevitabile che verrà a porsi un problema di collocazione della stessa in rapporto alle altre due pregiudiziali già operanti nell'ordinamento italiano, ossia quella costituzionale davanti alla Corte costituzionale e quella eurounitaria davanti alla Corte di giustizia²⁴.

Nel disegno di legge presentato dal governo italiano per la ratifica del protocollo XVI, l'autorità richiedente il parere ha solo la facoltà (e non l'obbligo) di sospendere il giudizio in corso in attesa del parere.

La cosa appare assai discutibile, dal momento che la richiesta viene avanzata con riguardo ad uno specifico procedimento in corso, per cui appare paradossale che, dopo aver richiesto il parere, il

²² Il Protocollo XVI alla Cedu infatti, a seguito della avvenuta ratifica ad opera della Francia, è entrato in vigore a partire dal 1° agosto 2018. Ai sensi dell'art. 8 dello stesso erano richieste infatti dieci ratifiche adesso raggiunte con dieci paesi che hanno depositato la ratifica, ossia Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina. L'Italia ha firmato il protocollo all'atto dell'apertura della procedura ma non ha ancora depositato lo strumento di ratifica.

²³ Il Presidente Raimondi rivela, come all'interno della Corte Edu, vi siano giudici favorevoli e contrari alle previsioni del protocollo XVI, specie per il timore di un aumento del carico di lavoro. Raimondi si dichiara favorevole in quanto lo ritiene uno strumento che aumenta le possibilità di dialogo con le corti nazionali e perché, in questa sede, la Corte Edu può riuscire ad esprimere principi generali, mentre nella sua normale attività si trova a decidere solo su casi specifici.

²⁴ In proposito proprio di recente la Corte costituzionale ha proceduto ad una rilevante integrazione della propria giurisprudenza a proposito della c.d. doppia pregiudizialità (costituzionale ed eurounitaria). Fino ad allora infatti la giurisprudenza costituzionale era assolutamente consolidata nel richiedere la priorità del ricorso a Lussemburgo, mentre con la [sent. 267/2017](#) ha ritenuto che, allorché venga in considerazione una disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la priorità spetti invece alla Corte costituzionale.

giudice proceda comunque senza attendere la risposta della Corte Edu, con il rischio di decidere in maniera difforme rispetto a quello che poi sarà il parere reso.

Momento di decisiva importanza sarà quello della identificazione delle “autorità giudiziarie” legittimate a richiedere il parere, rimessa alle scelte di ciascuna alta parte contraente, quindi alle scelte discrezionali del potere politico.

Nella proposta di legge del governo italiano tra le autorità giudiziarie non figura, quasi incredibilmente, la Corte costituzionale, il che produrrebbe una grave limitazione alle finalità perseguite dall’istituto dei pareri preventivi di cui al protocollo XVI²⁵.

La natura solo facoltativa della richiesta di pareri e soprattutto il carattere non vincolante del parere sono elementi che dovranno essere poi verificati attraverso la prassi e l’applicazione pratica dell’istituto, potendosi anche verificare che tali caratteri assumano poi in realtà una portata esattamente opposta a quella risultante dalla lettera del Protocollo.

Sul terzo aspetto, relativo a possibili riforme per adeguare il sistema italiano attuale di giustizia costituzionale alle esigenze derivanti dal rapporto con le altre Corti, un noto costituzionalista italiano (Amato) si è chiesto se siano davvero utili tre diversi ordinamenti con tre differenti Corti a garantirne l’osservanza e quale sia la loro funzione.

A questa domanda possiamo dare una risposta positiva se il rapporto tra le diverse Corti ed i diversi giudici sia quello di dialogo e di integrazione reciproca, tenendo fermo come scopo quello, un po’ da tutti condiviso, della massima tutela dei diritti fondamentali²⁶.

Non altrettanto se invece si dovessero verificare inutili sovrapposizioni e quindi inevitabili contrasti.

A quest’ultimo proposito Marta Cartabia ha parlato di “crisi”, con riguardo alla situazione di sovrapposizione fra la Corte costituzionale e la Corte Edu, ponendo giustamente in rilievo la necessità di indicare un ordine dei rapporti tra le due Corti.

Esclusa un po’ da tutti la possibilità di far ricorso in proposito al criterio gerarchico e quindi di predisporre una sistemazione gerarchica delle diverse corti, il criterio da seguire pare correttamente essere stata individuata in quello di stabilire un ordine di accesso e di intervento in campo dei diversi protagonisti, evitando di individuare quello più importante in base al fatto che si tratti di colui o colei che parla per ultimo.

In questo senso potremmo ritenere, con Cartabia, che sia preferibile che il Giudice costituzionale sia quello che interviene per primo, perché più vicino alla questione e perché opera attraverso uno strumento (il giudizio in via incidentale) che unisce la visione oggettiva con quella soggettiva e quindi viene a collocarsi nella posizione migliore.

Utilissimi allora la previsione di strumento idonei ad agevolare il dialogo e la integrazione fra le differenti giurisprudenze (fra cui certamente il nuovo ricorso, ai sensi del protocollo XVI), per la realizzazione di quella interpretazione “circolare” da tempo sostenuta da Antonio Ruggeri, secondo cui nessun ordine gerarchico può porsi tra le differenti interpretazioni conformi, dovendo ognuna apprezzare quanto di più o di meglio ogni Carta (e quindi ogni Corte) può dare.

Il molto tempo trascorso dal momento in cui in Italia furono fatte le scelte a favore del sistema di giustizia costituzionale attualmente operante e, più recentemente, i nuovi e diversi problemi posti dalla tutela sovranazionale e la necessità di introdurre strumenti idonei a meglio raccordarsi tra i diversi livelli di tutela, portano quindi ad interrogarsi sulla opportunità o necessità di procedere ad una integrazione del sistema attuale.

Una sollecitazione potrebbe derivare dalla giurisprudenza precedentemente ricordata della Corte

²⁵ Le richieste di parere consultivo possono infatti essere richieste dalle seguenti autorità giudiziarie: Corte di cassazione; Consiglio di Stato; Corte dei conti; Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana. L’esclusione della Corte costituzionale è stata quasi unanimemente criticata, così ad esempio è stata giudicata “sorprendente” da Groppi e “deplorabile” da Cartabia.

²⁶ Giuliano Amato, nello scritto ricordato nel testo, rileva come non è necessario scegliere tra diritto europeo e tradizioni nazionali dei diritti, ma dobbiamo capire che oltre un certo limite l’uniformità non può andare, ma oltre un certo limite le diversità distruggono la nostra unità, tra le due istanze è quindi necessario trovare un equilibrio.

Edu a proposito della introduzione in Italia di un ricorso individuale diretto, tale da poter essere qualificato come uno dei ricorsi che necessariamente debbono essere esercitati prima di adire la Corte Edu in nome del principio di sussidiarietà e tale quindi da permettere alla Corte costituzionale di pronunciarsi prima della Corte Edu.

Nella discussione avutasi in Italia circa l'introduzione di un ricorso diretto personalmente resto ancora dell'avviso che una valutazione, nell'insieme, dei costi e benefici, si risolva in senso contrario alla introduzione del ricorso diretto, almeno nella sua ampia definizione dell'amparo costituzionale spagnolo (Carrillo-Romboli).

Sarebbe infine possibile pensare, come ho proposto in altra occasione (Romboli), ad una trasformazione del modello italiano da "misto" a "duale", caratterizzato cioè dalla convivenza di un controllo diffuso e di un controllo accentrato, diversamente tra loro coordinati.

E' l'esperienza presente, in forme diverse, in Portogallo, in Brasile ed in Perù, dove ad un modello originariamente diffuso è stato successivamente "aggiunto" quello accentrato, senza con ciò però eliminare il primo.

Nel nostro caso l'esperienza dovrebbe all'evidenza seguire il percorso inverso, vale a dire "aggiungere" il modello diffuso a quello accentrato adesso esistente.

A fronte di un supposto contrasto tra legge o atto avente forza di legge nazionale rispetto alla Costituzione, alla Cedu o al diritto dell'Ue, la posizione del giudice dovrebbe essere sempre la stessa, ponendo cioè l'alternativa tra la disapplicazione e la proposizione della questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale.

Quest'ultima verrebbe in tal modo ad assumere un ruolo fondamentale di raccordo a livello interno circa la interpretazione della Costituzione e della legge alla luce della stessa e soprattutto di interlocutore attivo e privilegiato nei riguardi delle Corti europee, rispetto alle quali potrebbe con maggiore efficacia far valere le esigenze e le posizioni emergenti a livello nazionale, quanto a tradizioni costituzionali ed al margine di apprezzamento statale.

10. Nota bibliografica.

L'ampiezza della letteratura in materia non consente neppure di operare una selezione della stessa, per cui mi limito a riportare gli estremi dei soli Autori citati nello scritto:

AMATO G., *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, Il Mulino, 2015

CARDONE A., *Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici comuni e disapplicazione della legge: appunti per la comprensione delle trasformazioni della forma di stato*, in Padula C. (cur.), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, E.S., 2016, 65 ss.

CARRILLO M., ROMBOLI R., *La reforma del recurso de amparo*, Fundacion Coloquio juridico europeo, Madrid, 2012

CARTABIA M., *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, in Padula C. (cur.), *La Corte europea dei diritti dell'uomo cit.*, 229 ss.

CONTI R., [La Cedu assediata?](#), in questa [Rivista](#), [Studi](#), [2015/I](#), 181 ss.

GROPPI T., *La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne*, in [Federalismi.it](#), 2016/21

LAMARQUE E., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo a uso dei giudici italiani*, in Padula C. (cur.), *La Corte europea dei diritti dell'uomo cit.*, 139 ss.

MALFATTI E., *L'interpretazione conforme nel "seguito" alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, 1288 ss.

PADULA C., *La Corte Edu e i giudici comuni, nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in Padula C. (cur.), *La Corte europea dei diritti dell'uomo cit.*, 159 ss.

PASSAGLIA P. (GIOVANNETTI T.), *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*,

in Romboli R. (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, 313 ss.

RANDAZZO A., *La tutela dei diritti fondamentali tra Cedu e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2017

REPETTO G. [1], *Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Cassetti L. (cur.), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, Jovene, 2012, 21 ss.

REPETTO G., [2], *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al 'doppio binario'*, in *Diritto pubblico*, 2014, 1075 ss.

ROMBOLI R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), Rassegna n. 3/2014

ROSSI P., *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte Edu: quale vincolo per il giudice italiano?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2018)

RUGGERI A., [1] *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 1/2018, 5 febbraio 2018

RUGGERI A., [2] *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 2015/2

SILVESTRI G., *Considerazioni conclusive*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2018

SORRENTI G., *Sul triplice rilievo di Corte cost. sent. 49/2015 che ridefinisce i rapporti fra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 7 dicembre 2015.

TEGA D., *Corte di Strasburgo e stati: dialoghi non sempre facili. Intervista di Diletta Tega a Guido Raimondi*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 463 ss.

ZAGREBELSKY V., *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V, 357 ss.

Vanessa Manzetti*

**Decretazione d'urgenza ed autonomia finanziaria di entrata degli enti territoriali:
profili di finanza locale****

SOMMARIO: 1. *Il ricorso alla decretazione d'urgenza in materia di finanza locale dagli anni '70 sino agli anni '90.* – 2. *La decretazione d'urgenza nel cd. passaggio dalla I alla II Repubblica* – 3. *L'incidenza della decretazione d'urgenza dopo la riforma sul federalismo fiscale: in controtendenza, verso una centralizzazione del sistema della finanza locale* – 4. *Conclusioni.*

1. *Il ricorso alla decretazione d'urgenza in materia di finanza locale dagli anni '70 sino agli anni '90.*

Il presente contributo intende indagare quello che è stato il ruolo della decretazione d'urgenza in materia di finanza locale negli ultimi decenni, concentrandosi in particolare sugli interventi normativi più rilevanti della fase post-crisi, nella consapevolezza che le crisi portano con sé rilevanti cambiamenti nella cultura delle riforme amministrative, intaccando anche alcuni dei paradigmi fondamentali delle politiche pubbliche¹.

Ed infatti, la crisi ha inciso profondamente su quel percorso avviato dalla c.d. Riforma sul Federalismo fiscale (l. 44/2009) - che avrebbe dovuto essere indirizzato alla realizzazione concreta dell'autonomia finanziaria degli Enti locali - capovolgendone, addirittura, le aspettative, dirigendosi verso quello che da molti è stato definito un “neo centralismo dell'emergenza”, basato su un allontanamento dell'*iter legis* ordinario.

Ma andiamo con ordine.

Nel celebre trattato *Finanza Pubblica*, pubblicato nel 1963, Celestino Arena scriveva che “*nel nostro Paese i rapporti tra finanza statale e finanza locale sono rimasti avvolti nell'incertezza e nell'empirismo dall'unità fino ad oggi; dominati da una costante, cioè dalle lotte per far rispondere risorse scarse alla tumultuosa sollecitazione di bisogni disparati e crescenti, lotta risoltasi sempre col sacrificio della finanza e dell'autonomia locale*”².

A distanza di oltre quarant'anni le osservazioni di Arena, non solo suonano ancora attuali, ma costituiscono una sorta di compendio delle vicende della finanza locale nella storia dell'Italia unita.

Il sistema della finanza locale presenta, infatti, un quadro complesso e stratificato a causa del sovrapporsi – nel tempo - di numerosi interventi normativi, che hanno concorso a determinare un assetto della disciplina di settore caratterizzato da elementi di transitorietà ed incertezza.

Questo effetto, in gran parte, è stato dovuto al forte ricorso alla decretazione d'urgenza, che, in materia di finanza locale, ha rappresentato negli anni³, con costanza ahimè immutata, lo strumento principe per tamponare le lacune della legislazione ordinaria, a tal punto che “nella storia dell'ordinamento giuridico italiano, la materia fiscale rappresenta, un luogo privilegiato di emersione e sviluppo della decretazione d'urgenza”⁴.

Da una attenta analisi si può senza dubbio affermare che fino agli anni '70, grazie alla organicità

* Ricercatrice di Diritto Pubblico - Università di Pisa.

** *In ricordo del Prof. Antonio Zorzi Giustiniani (1949-2015) i cui preziosi consigli e incoraggiamenti sono all'origine di questo contributo.*

¹ Cfr. A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2017, 549.

² C. ARENA, *Finanza Pubblica*, in *Tratt. Ital. Econ.*, vol. XIV, Torino, 1963.

³ Ciò è provato dal fatto che uno dei primi decreti-legge emessi, il r.d. 18 agosto 1860, n. 4248, concerne proprio la modificazione del dazio doganale ed anche dal dato che degli oltre 2376 decreti legge convertiti dal Parlamento nel 1924, 1059 sono stati emessi su proposta del Ministro delle finanze.

⁴ Così S. CIPOLLINA, *Osservazioni sulla politica legislativa in materia fiscale*, in *Riv. Dir. Finanziario*, 1995, 774.

e completezza del sistema delineato dal T.U. del 1931 (poi successivamente incorporato dalla legge comunale e provinciale del 1934), l'uso della decretazione d'urgenza rimase circoscritto al solo realizzarsi di eventi eccezionali. I decreti furono solo ventinove (in totale, non solo quelli di finanza locale) nella prima legislatura, e restarono intorno alla soglia media di circa un decreto al mese per i primi vent'anni della Repubblica⁵. Ma più degli aspetti dimensionali della decretazione, è importante sottolineare che nelle prime legislature i decreti rappresentarono interventi emergenziali del governo senza la compartecipazione dell'assemblea: furono molto limitati infatti gli emendamenti apportati ad essi in sede parlamentare⁶. In sostanza, in quegli anni l'adesione al dettato costituzionale fu piena e il ricorso alla decretazione d'urgenza era realmente espressione di una situazione emergenziale.

Tutto ciò grazie all'ordinamento del '34, che costituiva un ordinamento rigido, ma efficace dal punto di vista dell'equilibrio finanziario. L'autonomia finanziaria poteva essere esercitata infatti esclusivamente nei limiti delle risorse disponibili.

La riforma, però, vincolando strettamente la spesa alle entrate, ebbe l'effetto di comprimere la capacità di spesa degli enti locali e portò ad un progressivo processo di accentramento delle decisioni di spesa, con caduta contestuale dell'incidenza della spesa degli enti locali sul complesso della spesa pubblica.

Quell'assetto fu quindi progressivamente svuotato da una serie di norme aggiuntive che integravano, sospendevano o modificavano parti del Testo Unico nel tentativo di superarne i limiti più evidenti.

In particolare, con la c.d. legge Tupini del 1949, vennero reintrodotti sistemi di compartecipazione a tributi erariali in sostituzione di tributi locali aboliti o riformati.

In questo modo gli enti locali passarono da un regime di finanza autonoma ad uno di sovvenzioni statali vincolate ad impieghi specifici.

Si creò così quella che è stata chiamata la "finanza di trasferimento zoppa"⁷: da un lato, infatti, il governo ha continuato a concepire il proprio intervento come temporaneo e straordinario (evitando di ripianare i *deficit* di bilancio e chiamando la Cassa Depositi e Prestiti a sopperire con mutui), dall'altro gli enti locali non hanno saputo aumentare la copertura finanziaria. In questo modo, il sistema delle sovvenzioni ha finito per scoraggiare la prudenza e la responsabilità, premiando al contrario i comportamenti più indisciplinati. Si è così alimentata l'irresponsabilità degli enti locali, che si sono abituati a vivere al di sopra dei propri mezzi e hanno sostituito in maniera crescente le entrate proprie con flussi finanziari provenienti dall'erario, accompagnati da vincoli e controlli sempre più blandi.

Il decentramento amministrativo ha poi completato l'opera.

Per questo negli anni '70 si è sentita l'esigenza di una riforma organica, nella speranza di porre rimedio a questa gestione confusa e irresponsabile della finanza locale.

Le speranze del legislatore furono in gran parte disattese.

L'approvazione del nuovo ordinamento tributario interviene nell'ottobre 1971⁸, dopo un *iter* parlamentare durato quattro anni (1967-71). L'instabilità politica e la delicata situazione economica di quegli anni consigliò di ritardare ulteriormente l'entrata in vigore della riforma al primo gennaio 1973 (riforma delle imposte indirette) e al primo gennaio 1974 (riforma delle imposte dirette). Il primo gennaio 1973 entrò in vigore anche il riordino delle entrate tributarie degli enti locali.

⁵ Si va da una media di 5.8 decreti all'anno nella prima legislatura ad una media di 17.5 decreti l'anno della quinta. I dati - che si riferiscono alla globalità dei decreti e non solo alla materia fiscale - sono tratti da G.F. CIAURRO, *La crisi della legge*, in *Rass. parlam.*, n. 2, 1989, 5.

⁶ F. MUSELLA, *Governare senza il Parlamento? L'uso dei decreti legge nella lunga transizione italiana (1996-2012)*, in *Riv. It. Sc. Pol.* 2012, 459-480.

⁷ L. RUSTICALI, *Autonomia e unità. Il lungo cammino delle autonomie (epub)*, Padova, 2010.

⁸ V. la legge 9 ottobre 1971, n. 825. Delega legislativa al Governo della Repubblica per la riforma tributari, ed i relativi decreti legislativi di attuazione.

Improntata a principi di unitarietà, chiarezza e semplicità la riforma del 1973-74 assimilava il nostro sistema tributario a quello dei principali Paesi europei. Dal punto di vista del gettito la riforma diede lusinghieri risultati: le entrate tributarie passarono nel volgere di pochi anni dal 32 al 35% del prodotto interno lordo, nonostante il permanere di un elevato margine di evasione. Determinò inoltre un significativo spostamento del peso fiscale dalle imposte indirette alle imposte dirette.

La novità più rilevante introdotta dalla riforma fu tuttavia la completa abolizione dei tributi locali, nonché la sostituzione del gettito delle imposte abolite con un sistema di trasferimenti mirato a «governare» le scelte di bilancio di Comuni e Province: una scelta destinata a rivelarsi assai infelice.

In sostanza, il nostro sistema di governo locale che, era allora un ibrido di «sistema funzionale» (in cui i governi locali sono i bracci operativi, cioè gli agenti, del governo centrale) e di sistema di decentralizzazione fiscale (dove, invece, i governi locali sono responsabili delle scelte impositive e di spesa che prendono in completa autonomia), è stato ricacciato all'indietro verso una forma antiquata di sistema funzionale, dove il governo centrale intendeva utilizzare gli enti locali come strumenti della propria politica di programmazione e di uniformizzazione dei comportamenti e delle scelte⁹.

L'effetto ultimo della riforma fu, infatti, l'accentramento nello Stato della funzione impositiva e la creazione di una finanza locale derivata, priva cioè di risorse proprie, cosicché l'autonomia delle amministrazioni locali rimase pericolosamente circoscritta al solo versante della spesa.

In questo modo il governo centrale intendeva accentuare il controllo sulle entrate, stabilendo in verità un vero e proprio monopolio, nella illusione di potere monitorare e contenere anche la dinamica della spesa. Mentre, dall'altro lato, le amministrazioni locali si vedevano sottrarre la pesante responsabilità di imporre tributi sulle popolazioni locali, senza perdere le competenze di spesa: la possibilità di promettere servizi senza assumersi l'onere di finanziarli costituisce probabilmente il «sogno nascosto» di ogni amministratore locale¹⁰.

In realtà, così non è stato e il ragguardevole aumento del gettito prodotto dalla riforma tributaria è stato rapidamente inghiottito da un aumento complessivamente ancora più sostenuto delle spese. La politica di *deficit spending* si affermò tanto a livello centrale quanto a livello degli organismi territoriali e, in assenza di vincoli di bilancio cogenti, lo Stato si rivelò del tutto incapace di controllare tanto la dinamica ascendente della spesa corrente quanto l'accumularsi dei disavanzi degli enti locali¹¹, per i cui fabbisogni l'aumento dei trasferimenti statali si rivelò comunque insufficiente.

La ripartizione delle risorse dal centro ha quindi finito per determinare sperequazioni e arbitrii, gli enti locali hanno perso autonomia, anziché guadagnarne, mentre l'autorità centrale ha visto ridursi la capacità di tenere sotto controllo la spesa pubblica. Lo Stato è diventato così prestatore di ultima istanza degli enti locali, un ruolo che è costato carissimo a tutta la collettività, perché finanziato in modo prevalente attraverso l'espansione del debito pubblico.

Il Governo ha quindi provato a correre ai ripari tramite un abuso della decretazione d'urgenza che, per la prima volta, comincia ad essere utilizzata anche in carenza dei presupposti previsti dalla Costituzione. Tutto ciò avvenne nell'auspicio di riuscire a correggere velocemente le distorsioni economiche ingenerate dal nuovo sistema, assicurando all'ultimo momento l'equilibrio finanziario degli enti locali.

Si pensi che proprio già durante la VI legislatura (che va dal maggio 1972 al luglio 1976) si è passati dai 26 decreti presentati nella I legislatura, a più di cento.

Ma fu la VII legislatura (luglio 1976 – marzo 1978) ad avvertire in maniera più evidente gli

⁹ G. BROSIO, *Evoluzione della finanza locale italiana: introduzione*, in *Amministrare*, 3, 1998, 343-346.

¹⁰ S. PIPERNO, *Un quarto di secolo di finanza comunale in Italia (1971-1996)*, in *Amministrare*, 3, 1998, 347-394.

¹¹ M. CARBONI, *Stato e finanza pubblica in Europa dal medioevo a oggi. Un profilo storico*, Torino, 2008.

effetti dell'esplosione dei *deficit* economici, con due decreti legge passati alla storia come decreti Stammati, dal nome del ministro del Tesoro proponente. Mediante il primo (convertito nella l. n. 62/77), la Cassa depositi e prestiti veniva autorizzata a concedere mutui decennali che trasformavano in finanziamenti a lungo termine i debiti a breve in essere e le anticipazioni di tesoreria al 31 dicembre 1976. Il secondo, invece, convertito nella l. n. 43/78, più nota come «Stammati due», definiva un meccanismo di (teorico) controllo della spesa e di sistemazione dei debiti pregressi, instaurando un sistema di finanziamento basato sulla spesa storica di ciascun ente locale. Lo Stato si accollava l'onere di ammortamento dei mutui decennali per il consolidamento dei debiti a breve e delle anticipazioni di tesoreria e garantiva il finanziamento di un determinato incremento delle spese correnti, differenziato territorialmente a favore del Mezzogiorno¹².

Questa soluzione “tampona” si è trascinata negli anni, dando origine, alla lunga, al fenomeno, divenuto tipico della materia, per cui la disciplina fondamentale della finanza locale veniva annualmente integrata e modificata dall'introduzione, mediante decreto legge, delle disposizioni volte a disciplinare i singoli esercizi finanziari.

E se, inizialmente l'intento era quello di pervenire, seppur tramite decretazione d'urgenza, ad una razionalizzazione della materia di più ampio respiro, con interventi non limitati all'orizzonte annuale, tale intento è rimasto sostanzialmente sulla carta e i decreti legge presto hanno finito per rivestire solo natura di provvedimenti tampona¹³.

L'effetto distorto che ne è derivato è stata la coesistenza di numerose norme, della più svariata origine e natura, e spesso con finalità contrastanti, stratificatesi nel tempo sulla base di un impianto normativo che risultava comunque ancora largamente lacunoso e di difficile orientamento. Il che ha inevitabilmente facilitato, da parte di Comuni e Province, il costante tentativo di eludere i vincoli posti dalla legge ai loro bilanci, intraprendendo attività di spesa eccedenti i limiti di bilancio, ma anche attraverso artifici contabili, quali la sovrastima delle entrate o la sottostima delle spese obbligatorie.

In questo modo, però, la situazione complessiva è venuta ad aggravarsi, costringendo lo Stato ad intervenire sistematicamente per il ripiano a posteriori dei *deficit* accumulati dalle gestioni locali.

Per tentare di risolvere questa situazione, dal biennio 1984 -1985 in poi si assiste al superamento del metodo della «spesa storica», in quanto agli enti locali furono assegnati trasferimenti aggiuntivi rispetto a quelli ottenuti nel 1983, in misura differenziata in base a parametri oggettivi, come le caratteristiche demografiche ed economiche dei singoli Comuni, assunte come indicatori di fabbisogni di spesa differenziati¹⁴.

Il 1985 segna, inoltre, la fine del cosiddetto regime triennale della finanza locale, e l'aumento di vari tributi locali. Inoltre, fu riconosciuto il finanziamento degli oneri di ammortamento solo dei mutui assunti nel 1984, mentre per quelli assunti nel 1985 si prevedeva la copertura tramite mezzi ordinari di bilancio. L'obbligo di copertura del costo dei servizi a domanda individuale venne infine confermato al 30%.

In definitiva, a partire dal 1984 la finanza locale in Italia imboccò la strada di una maggiore responsabilizzazione fiscale¹⁵ (maggiore autonomia tributaria, incentivi allo sforzo fiscale, politiche perequative), orientandosi nel senso di ampliare la potestà impositiva degli enti locali, affiancando alla riduzione dei trasferimenti statali una serie di nuovi tributi locali, in ossequio al principio per cui costi e servizi locali devono trovare copertura a livello locale.

Tali meccanismi non furono, però, in grado di ridurre la tendenza all'incremento complessivo e

¹² S. PIPERNO, *Un quarto di secolo di finanza comunale in Italia (1971-1996)*, cit.

¹³ M. ZANGANI, *L'evoluzione della normativa nel settore della finanza locale*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, n. 1-3, 1995, 211-223.

¹⁴ D.m. 27 ottobre 1983, pubblicato sul S.O. della G.U. n. 341 del 14 dicembre 1983. In questa maniera gli enti locali per la prima volta si videro assegnati i fondi aggiuntivi per l'anno successivo prima della fine dell'anno in corso.

¹⁵ S. PIPERNO, *Un quarto di secolo di finanza comunale in Italia (1971-1996)*, cit.

periodico dei trasferimenti erariali, né al contestuale ricorso alla decretazione d'urgenza per correggere in *extremis* gli effetti di squilibrio sulla finanza pubblica e più in particolare sulla finanza locale.

Esempio dirimente è senz'altro il tentativo di introdurre nel 1985 nell'ambito di un provvedimento legislativo finalizzato ad una restituzione sostanziale dell'autonomia tributaria ai Comuni, la c.d. Tassa sui servizi comunali (TASCO), un tributo locale a carattere reale legato all'ampiezza delle abitazioni e degli immobili ad uso produttivo. Tale tassa doveva sostituire la tassa sulla raccolta rifiuti, rappresentando una sorta di corrispettivo per il complesso dei servizi resi dai Comuni, garantendo una crescita del peso delle entrate autonome sulle entrate correnti. L'*iter* di tale provvedimento legislativo fu quanto mai sofferto. Addirittura molteplici decreti legge si susseguirono con continue modifiche sino a fare scomparire il nuovo tributo, mantenendo in vita la Tassa sulla raccolta rifiuti¹⁶. Il provvedimento legislativo finalizzato a restituire autonomia tributaria agli enti locali fu approvato poi nell'estate del 1986, anch'esso con decreto legge (d.l. 1.07.1986, n. 318, conv. in L. 9.08.1986, n. 488), senza prevedere la TASCO.

In quegli anni si assistette però per al ricorso a fasi alterne alla decretazione d'urgenza e alla legislazione ordinaria: ad esempio, il regime della finanza locale nel biennio 1987-1988 è stato regolato sia dalla l. n. 440/1987 che dall'art. 29 della legge finanziaria per il 1988 (l. n. 67/1988).

Il ricorso alla decretazione d'urgenza resta comunque la soluzione preferita in materia di finanza locale, tanto che nel 1989, ad essa viene affidata l'introduzione di un nuovo tributo locale, l'ICIAP. Si tratta di un'imposta sull'esercizio di arti professioni ed imprese nel territorio del Comune, commisurata all'ampiezza dei locali in cui questa viene esercitata. L'imposta è differenziata per attività e classi di superficie, tra un valore minimo e massimo sulla base di un'apposita tabella ministeriale. L'introduzione dell'ICIAP portò ad un significativo aumento del peso delle entrate proprie dei Comuni: in termini aggregati, a livello nazionale, si passò dal 15% al 20% delle entrate correnti.

Ma la vera riforma verso un concreto decentramento della finanza locale si avrà solo negli anni '90.

2. La decretazione d'urgenza nel cd. passaggio dalla I alla II Repubblica.

Gli anni Novanta si aprono con l'approvazione della legge n. 142/90, la nuova legge sull'ordinamento delle autonomie locali che, pur non regolando compiutamente l'assetto della finanza locale, segna l'avvio di una nuova fase della decentralizzazione politica nel nostro paese¹⁷.

Dunque la definizione della riforma viene affidata ad una legge ordinaria.

È con essa che si imbecca la strada verso l'autonomia impositiva e la responsabilità finanziaria degli enti locali sulla scorta della Carta Europea dell'autonomia locale sottoscritta dall'Italia il 30 dicembre 1989.

I principi cardine della riforma, enunciati dall'art. 54, sono essenzialmente due:

a) i Comuni devono possedere un'adeguata autonomia finanziaria sia per quanto concerne la discrezionalità nella gestione dei tributi che delle tariffe;

b) lo Stato deve garantire attraverso i trasferimenti solo i servizi indispensabili, mentre quelli non

¹⁶ La vicenda è esemplare. Si sono succeduti ben tre decreti legge (d.l. 30-12-1985 n. 189, d.l. 28-2-1986 n. 47, d.l. 26-4-1986 n. 133), nell'ultimo dei quali la TASCO veniva introdotta solo su base facoltativa e non più obbligatoria, caratterizzandosi così come un'entrata aggiuntiva (non sostitutiva) per i Comuni. Il Senato non riconobbe però i requisiti di necessità ed urgenza all'introduzione del tributo, stralciandone le relative norme; non solo, ma nonostante il voto di fiducia richiesto ed ottenuto dal governo alla Camera dei deputati, il decreto fu respinto nella votazione finale a scrutinio segreto il 25 giugno 1986.

¹⁷ La legge delega 142/90, nello specifico, ha avuto attuazione tramite una serie di decreti legislativi (quali, tra i principali, i decreti legislativi n. 504/92 e n. 507/93).

indispensabili e livelli di servizi indispensabili al di sopra di determinati *standard* vanno finanziati tramite le risorse autonome.

Si è quindi virato su una riforma fondata sull'adozione di un sistema misto, sorretto da una duplice fonte di approvvigionamento: trasferimenti erariali volti esclusivamente a garantire il finanziamento dei servizi locali indispensabili in modo da consentirne l'omogeneità a livello nazionale, e la previsione di una autonoma potestà impositiva degli enti locali, non più episodica, ma ordinaria, volta a finanziare i servizi pubblici ritenuti necessari per lo sviluppo della comunità locale, nonché ad integrare la contribuzione erariale in relazione all'erogazione dei suddetti servizi pubblici essenziali.

Nell'attuazione della riforma assunse un ruolo preminente la legge delega n. 421/92, in quanto è con essa che viene conferita la delega al Governo per la revisione e razionalizzazione della disciplina vigente nel settore della finanza locale. E la legge n. 421/92 ha trovato poi completamento in una successiva legge delega (l. n. 265/1999), la quale ha portato all'approvazione del Testo unico in materia di ordinamento degli enti locali (il ben noto d.lgs. n. 267/2000)¹⁸.

La disciplina della finanza locale continua dunque ad essere nelle mani del Governo, ma con una determinante inversione di passaggi, che fanno sì che il Governo sia comunque vincolato al rispetto dei principi predeterminati dal Parlamento. Questo è l'effetto di una maggioranza costruita in Parlamento e non incentrata sul potere del Presidente del Consiglio: la X legislatura (che va da luglio 1987 all'aprile 1992) è infatti una legislatura duratura, che completa interamente i suoi cinque anni ed è caratterizzata da una maggioranza determinata dal cosiddetto Pentapartito (DC, PSI, PRI, PSDI e PLI)¹⁹.

Tale *modus procedendi* sembrava poter far sperare in un affievolimento del ricorso alla decretazione d'urgenza. Speranza che è stata presto disattesa.

Ed infatti il cd. passaggio dalla I alla II Repubblica, ha determinato nuovamente il riaccentramento del potere legislativo nelle mani del Governo con un ritorno abnorme all'uso dei decreti legge, anche in materia di finanza locale, nonostante l'intento della riforma "strutturale" di cui alla l. 142/90 fosse proprio quello di evitare la diffusione di tale fenomeno.

Ebbene, l'analizzare l'assetto normativo in materia di finanza locale ci conduce a riflessioni di carattere più generale che investono la funzione legislativa nel suo complesso. È possibile infatti evincere alcune caratteristiche peculiari del periodo storico che va dal 1992 al 1996, quali:

a) la riduzione sempre più accentuata del numero di leggi emanate²⁰;

b) l'aumento sempre più marcato col passare delle legislature dell'utilizzo dei decreti legge (il cui accumularsi da un governo all'altro e da una legislatura all'altra fa sì che al XIII parlamento repubblicano siano pervenuti, in media al mese, 46 provvedimenti di questo tipo), che si accompagna all'aumento del numero di decreti reiteranti altri decreti, conducendo ad una vera e propria "fuga dalla legge"²¹;

¹⁸ Qui si veda in particolare l'art. 149, rubricato *Principi generali in materia di finanza propria e derivata*, il quale, al comma 7, prevede espressamente che "Le entrate fiscali finanziano i servizi pubblici ritenuti necessari per lo sviluppo della comunità ed integrano la contribuzione erariale per l'erogazione dei servizi pubblici indispensabili".

¹⁹ L'esigenza di mettere d'accordo più forze politiche faceva sì che l'accordo si trovasse prima di tutto in Parlamento dove le decisioni del Governo dovevano trovare la propria legittimazione.

²⁰ Altra caratteristica è ravvisabile nella drastica diminuzione dell'utilizzazione della procedura di approvazione in sede decentrata della legislazione, che peraltro aveva già cominciato a manifestarsi nella I Repubblica (IX e X legislatura), era diventata palese nel periodo considerato di transizione (XI legislatura), e culmina proprio nella legislatura successiva: cfr. C. De MICHELI, *Governare senza legiferare: l'analisi dell'attività di decretazione (e di reiterazione) tra Prima e Seconda Repubblica*, in *Quad. cost.*, 1997, 515-540

²¹ Con la c.d. "fuga dalla legge", ci si riferisce alla propensione del Governo ad utilizzare in misura crescente gli strumenti della delega o della decretazione d'urgenza, o anche ad introdurre categorie del tutto atipiche di atti normativi, in luogo della canonica legge approvata in Parlamento. Per approfondimenti si veda R. ZACCARIA (a cura di), [Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione](#), in [Tecniche normative](#).

c) il ricorso massiccio al fenomeno della reiterazione²². Si era giunti infatti ad una situazione paradossale: alcuni decreti legge erano stati reiterati per più di venti volte (circa quattro anni!). Il limite (parziale)²³ alla reiterabilità dei decreti-legge risultava “scarsamente efficace”²⁴;

d) il decremento del tasso di conversione dei decreti legge;

e) il ricorso sempre meno frequente all’iniziativa governativa ordinaria.

In definitiva l’esasperata attività di decretazione provocava evidentemente una diminuzione degli altri tipi di iniziativa, nonché la riduzione del numero medio di leggi emanate: è la decretazione d’urgenza la fonte più cospicua di produzione legislativa. Questo è infatti il periodo della reiterazione dei decreti, prassi già sviluppata negli anni ottanta e che diviene sempre più ingestibile nei primi anni novanta: si calcola infatti che la reiterazione raggiungesse proporzioni tali da costituire quasi la metà del complesso della decretazione²⁵.

In questo modo non solo si produceva un’evidente contraddizione con l’eccezionalità che doveva contraddistinguere la decretazione d’urgenza, ma si “ingolfavano” anche le attività parlamentari con un numero abnorme di decreti. Di fatto era la stessa moltiplicazione dei decreti a condurre alla conseguenza che i tempi parlamentari per l’esame delle proposte legislative si allungavano e le probabilità che un decreto legge venisse convertito diminuiva sempre più, reinnestando così il meccanismo di “decadenza-reiterazione” e perpetuando la distorsione²⁶. Ebbene tali caratteristiche sono ben evidenti in materia di finanza locale. Il negativo andamento dei conti pubblici e le incertezze manifestatesi nei primi tempi di attuazione del nuovo ordinamento delineato dalla legge n. 140/1990, hanno, infatti, portato a ricorrere nuovamente alla tendenza annuale all’intervento correttivo e modificativo tramite decreti legge: dai 100 decreti legge della VI legislatura, si è così passati ai quasi cinquecento della XI ed ai circa seicento della XII, entrambe queste ultime durate però soltanto due anni (1992-1994 e 1994 - maggio 1996)²⁷. Esempio è il caso del decreto legge 26 gennaio 1996, n. 32, “Disposizioni urgenti in materia di finanza locale per l’anno 1996”²⁸, reiterato numerose volte (v. decreto legge 25 marzo 1996, n. 156, decreto legge 25 maggio 1996, n. 287, decreto legge 24 luglio 1996, n. 390, decreto legge 20 settembre 1996, n. 492), per poi decadere a seguito della storica [pronuncia della Corte costituzionale n. 360 del 1996](#), con la quale

²² A. CELOTTO, *Il controllo della Corte costituzionale italiana sugli abusi del decreto-legge: il caso della “reiterazione”, fenomeno tipico degli ordinamenti italiano e brasiliano*, in *Rivista AIC*, 2002. “Si pensi che nella VII legislatura (1976-1979) su 15 decreti-legge decaduti ne vengono reiterati 9 (pari al 60%), nella VIII legislatura (1979-1983) 71 decreti su 93 decreti decaduti (76,3%), nella IX legislatura (1983-1987) 134 su 139 (96,4%), nella X legislatura (1987-1992) 224 su 264 (84,8%), nella XI legislatura (1992-1994) 328 su 363 (90,3%), nella XII legislatura (1994-1996) 546 su 558 (97,8%)”.

²³ Sancito dall’art. 15 della legge n. 400 del 1988.

²⁴ [Corte cost. sent. 10 marzo 1988, n. 302](#): “la reiterazione dei decreti legge suscita gravi dubbi relativamente agli equilibri istituzionali e ai principi costituzionali, tanto più gravi allorché gli effetti sorti in base al decreto reiterato sono praticamente irreversibili (come, ad esempio, quando incidono sulla libertà personale dei cittadini) e allorché gli stessi effetti sono fatti salvi, nonostante l’intervenuta decadenza ad opera di decreti successivamente riprodotti”.

²⁵ Si tratta di uno scenario che inizia a delinearsi per i mutati equilibri di forza fra maggioranza e opposizione. Quando, infatti, aumentava in parlamento il peso relativo del Partito Comunista, che raggiungeva quote prossime al 30% della rappresentanza, si poteva registrare un incremento dei tempi medi di approvazione delle leggi ordinarie. E di conseguenza un più frequente ricorso ai decreti legge, come via per superare le lentezze del procedimento legislativo parlamentare (M. MORISI, F. CAZZOLA FRANCO, *La decisione urgente: usi e funzioni del decreto legge nel sistema politico italiano*, in *Riv. Ital. Sc. Pol.*, n. 3, 1981, 447-481).

²⁶ F. MUSELLA, *Governare senza il Parlamento? L’uso dei decreti legge nella lunga transizione italiana (1996-2012)*, cit.

²⁷ Si veda a titolo esemplificativo, d.l. 155/93, conv. in l. 243/1993 e d.l. 41/1995, conv. in l. 185/1995, che ha ridotto l’importo dei trasferimenti erariali rispettivamente per il 1993 ed il 1995 o il d.l. 515/94, conv. l. n. 596/94, recante provvedimenti urgenti in materia di finanza locale per il 1994.

²⁸ Il d.l. 32/1996 disponeva interventi di carattere specifico da effettuarsi con risorse che saranno disponibili sul fondo consolidato riguardanti interventi a favore di Napoli e dei provveditorati all’istruzione nelle province di nuova formazione.

sono stati dichiarati illegittimi i provvedimenti d'urgenza che rinnovano i precedenti decreti non convertiti in legge nei termini previsti²⁹. Le disposizioni in materia di finanza locale sono state quindi inserite nel nuovo d.l. 25 novembre 1996, n. 599, convertito in l. 24 gennaio 1997, n. 5, attraverso il quale sono state erogate agli enti locali le residue risorse erariali loro spettanti.

La forte censura alla pratica della reiterazione dei decreti legge non convertiti, ha quindi "costretto" il Governo a sperimentare un nuovo metodo di legislazione per la finanza locale, inserendo tali misure nei documenti di bilancio³⁰. A partire dalla l. n. 662/1996 (prima finanziaria del Governo Prodi), i provvedimenti in materia di finanza locale cominciano a trovare sede naturale nei provvedimenti legati alla manovra finanziaria, producendo così un "reale" affievolimento del ricorso alla decretazione d'urgenza.

Il Governo rimane comunque il protagonista nella materia tramite il potere normativo delegato; la l. n. 662/1996 delega, infatti, il Governo alla revisione e al riordino del sistema di contribuzione agli enti locali³¹. Ed infatti, i principi e criteri direttivi individuati dalla l. n. 662 del 1996 hanno trovato concretamente attuazione tramite il d.lgs. n. 244/1997 "Riordino del sistema dei trasferimenti erariali agli enti locali", il quale, oltre ad operare una razionalizzazione del sistema dei trasferimenti, in modo da favorire l'attivazione di entrate proprie degli enti locali, si caratterizza per l'introduzione di un principio che premia lo sforzo fiscale e tariffario. Così, si incentivano gli enti locali a coprire in misura crescente i costi dei servizi con proventi da tariffa, estendendo il principio del beneficio³².

A ben vedere il processo di riforma degli anni '90 rappresenta il punto di avvio di un lungo percorso di riforme volte a definire i rapporti finanziari tra i livelli di governo, che ha trovato i suoi ancoraggi principali nella nota legge costituzionale n. 3 del 2001 e nella legge delega n. 42/2009³³, che a ben 8 anni di distanza dalla riforma costituzionale si proponeva di dare attuazione al nuovo art. 119 della Costituzione, c.d. "riforma sul federalismo fiscale"³⁴. Percorso il cui *Leitmotiv* è rinvenibile nel superamento di un modello pressoché totale di "centralizzazione" del prelievo tributario e nell'emersione di un nuovo sistema basato sull'attribuzione agli enti territoriali di spazi di autonomia finanziaria di entrate ed anche di spesa. Ciò vale a dire che il nuovo sistema avrebbe

²⁹ Sull' incostituzionalità della reiterazione dei decreti legge, si rinvia all' ampia bibliografia, cfr. almeno A. CELOTTO, *L'abuso del decreto legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997; ID., "La storia infinita: ondivaghi e contraddittori ordinamentali sul controllo dei presupposti del decreto legge", in *Giur. cost.*, 1, 2002, 135 ss.; A. CONCARO, *il sindacato di costituzionalità del decreto legge*, Milano, 2000; ID., *La decretazione d'urgenza dopo la sent. n. 360 del 1996: è realmente chiusa la stagione degli abusi?*, in V. COCOZZA e S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra parlamento e governo attraverso le fonti del diritto*, Torino, 2001, 409 ss.; A. SIMONCINI (a cura di), *L' emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2004; ID., *Le funzioni del decreto legge*, Milano, 2003; S.M. CICONETTI, *La sent. n. 360 del 1996 della Corte Costituzionale e la fine della reiterazione dei decreti legge: tanto tuonò che piovve*, in *Giur. cost.*, 1996, 3162 ss.; A. PIZZORUSSO, "Dalla Corte Costituzionale uno stop alla reiterazione dei decreti legge", in *Corriere giuridico*, 1996, 1197 ss.; ID. *Ai margini della questione della reiterazione dei decreti legge decaduti: osservazioni su alcuni problemi procedurali*, in *Giur. cost.*, 1996, 3196 ss.; R. ROMBOLI, "Le vicende della decretazione d'urgenza negli anni 1995-1997 tra Corte costituzionale ed ipotesi dell' art. 77 della Costituzione", in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, II, 1496 ss.; S. BARTOLE, *La reiterazione dei decreti legge: una condanna annunciata*, in *Diritto penale e processo*, 1, 1997, 7 ss.; N. MACCABIANI, *Le reiterazioni dei decreti legge successive alla sentenza 360/1996 della Corte costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2, 2000, 438 ss.; V. ANGIOLINI, *La reiterazione dei decreti legge. La Corte censura i vizi del governo e difende la presenta virtù del parlamento?*, in *Diritto pubblico*, 1997, 113 ss.

³⁰ Ministero dell' Interno, all' indirizzo telematico <http://dait.interno.gov.it/finanza-locale>.

³¹ Legge 23 dicembre 1996, n. 662, Misure di razionalizzazione della finanza pubblica.

³² Siamo nel pieno della riforma degli anni '90.

³³ Per un commento organico alla legge 5 maggio 2009, n. 42, Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell' art. 119 della Costituzione, il richiamo va, in particolare, a T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Il federalismo fiscale, secondo la legge n. 42 del 2009 – Appendice di aggiornamento*, in *Lineamenti di Diritto regionale*, Milano, 2009; E. JORIO, S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *Il federalismo fiscale – Commento articolo per articolo alla legge 5 maggio 2009, n. 42*, Rimini, 2009.

³⁴ Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell' articolo 119 della Costituzione.

dovuto garantire agli enti territoriali un complesso di risorse finanziarie relativamente stabili in relazione alle funzioni da svolgere, nonché riconoscere a tali enti spazi di variazione dei tributi al fine di offrire servizi aggiuntivi rispetto agli *standard* statali. Il tutto cercando di assicurare la stabilità dei bilanci. A livello più generale l'obiettivo sotteso era quello di rafforzare l'*accountability* degli amministratori locali nei confronti dei propri cittadini.

È evidente che in condizioni ideali una riforma di questa portata avrebbe richiesto una stabilità di fondo della finanza pubblica che, soprattutto negli anni più recenti, certamente è mancata. E così, di fatto, la precarietà del contesto generale della finanza pubblica si è sovrapposta al processo di riforma, finendo per condizionare e limitare l'autonomia fiscale a livello locale.

3. *L'incidenza della decretazione d'urgenza dopo la riforma sul federalismo fiscale: in controtendenza, verso una centralizzazione del sistema della finanza locale.*

Quello che infatti era il progetto ambizioso ed organico di riforma sul federalismo fiscale voluto e portato avanti con forza dal Governo Berlusconi e contenuto nella legge delega n. 42/2009³⁵, è rimasto in gran parte inattuato ed incompleto, al punto da far parlare addirittura di un "ripensamento" da parte del legislatore su alcuni aspetti importanti della delega, evidenziatosi soprattutto negli ultimi anni della XVI legislatura (dal Governo Monti in poi).

Se, infatti, la legge delega intendeva perseguire il superamento del sistema di finanza derivata e determinare l'attribuzione di una ancora maggiore autonomia di entrata e di spesa a Regioni e Enti Locali, nell'ultimo periodo della XVI legislatura, nell'intento di fronteggiare l'emergenza della crisi, ci si è invece orientati verso una "ricentralizzazione" della politica fiscale³⁶. Intento questo spesso realizzato tramite il "ritorno" alla decretazione d'urgenza, che però cambia veste: da strumento "tampone", utilizzato per porre rimedio alle lacune della legislazione ordinaria, diventa infatti strumento per aggirare la lentezza endemica dell'*iter* legislativo ordinario e rafforzare il potere normativo del Governo nella gestione della crisi³⁷.

La crisi porta, quindi, con sé il "riaccentramento" del sistema finanziario, provocando in via di prassi una "deviazione" dal percorso di attuazione del federalismo fiscale³⁸. Si assiste così ad una sovrapposizione di due modelli in contrasto: il decentramento della legge delega ed il neocentralismo della legislazione di emergenza, con un sempre più scarso ricorso alla legge ordinaria, se non per le leggi finanziarie.

Ed, infatti, se nei primi anni si è assistito ad una prima attuazione della Riforma sul federalismo Fiscale, tramite lo strumento deputato del decreto legislativo³⁹, a partire dal 2011 aspetti importanti

³⁵ La legge delega n. 42/2009 affidava al Governo Berlusconi il "compito di dare concreta applicazione al federalismo fiscale attraverso l'adozione di una pluralità di decreti legislativi", dettato che inizialmente sembrava in continuità con l'impostazione del governo precedente. Il substrato normativo sembrava infatti potersi ritrovare nel decreto legge Prodi sul federalismo fiscale (approvato in Consiglio dei Ministri, ma poi non presentato alle Camere a causa della caduta del Governo).

³⁶ M. BELLETTI, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Roma, 2012, 213.

³⁷ Sul punto, si veda l'audizione del Presidente della Corte dei Conti presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del Federalismo fiscale del 6 marzo 2014 (all'indirizzo telematico http://parlamento17.camera.it/193?shadow_organico_parlamentare=2291&id_commissione=62)

³⁸ La "risposta" alla crisi si pone così in netto contrasto anche con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 370 del 2003](#), per cui "appare evidente che l'attuazione dell'articolo 119 della Costituzione sia urgente al fine di concretizzare davvero quanto previsto nel nuovo Titolo V della Costituzione".

³⁹ V. d.lgs. 28.5.2010, n. 85 (Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della l. n. 42/2009 (il cd. federalismo demaniale); d.lgs. 17.9.2010, n. 156 (Disposizioni recanti attuazione dell'articolo 24 della l. 5 maggio 2009, n. 42, in materia di ordinamento transitorio di Roma capitale); d.lgs. 26.11.2010, n. 216 (Disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard

della normativa federalista risultano essere stati modificati al di fuori del procedimento previsto dalla legge delega n. 42/2009, e, come già detto, non di infrequente tramite il ricorso alla decretazione d'urgenza⁴⁰.

Vediamo gli interventi di maggior rilievo:

a. Nell'ambito dei trasferimenti erariali

Nell'ambito della disciplina dei trasferimenti erariali, l'incidenza della decretazione si è concentrata soprattutto sul percorso di riduzione delle risorse trasferite agli enti locali.

Dopo il primo taglio importante riconducibile al d.l. 78/2010, e alla c.d. manovra Salva Italia (d.l. 6 dicembre 2011 n. 201), primo provvedimento di rilievo del Governo Monti, l'esecutivo è ricorso all'uso del decreto legge per l'attuazione della maggior parte degli interventi di *spending review*, che, a partire dal 2012, hanno progressivamente ridotto le risorse dei c.d. fondi di riequilibrio⁴¹, obbligando le amministrazioni locali ad intraprendere percorsi di revisione della spesa corrente.

Dei tre principali interventi di *spending review*, infatti, due sono stati attuati tramite decreto legge: ovvero il d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135 ed il d.l. 24 aprile 2014, n. 66, conv. in l. 23 giugno 2014, n. 89; ad essi si è poi aggiunta la legge 190/2014⁴².

Altro decreto legge rilevante è poi il d.l. n. 174/2012, detto anche "decreto salva enti locali", convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213. Si tratta di un decreto assai articolato, che pone "più dubbi che rimedi", in quanto, oltre a prevedere una implementazione dei controlli sia interni che esterni degli enti locali, disciplina l'utilizzo del fondo di riserva degli enti locali, dispone anticipazioni di tesoreria per gli enti locali in stato di dissesto, interviene sulla determinazione dei fabbisogni *standard* ed infine istituisce nello stato di previsione del Ministero dell'interno il Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali⁴³.

Accanto ai suddetti decreti legge⁴⁴, si rinviene, poi, nell'attuale periodo di crisi il d.l. 19 giugno 2015, n. 78 (convertito, con modificazioni, nella legge n. 125/2015), c.d. decreto enti locali. Ebbene con tale decreto, come palesato dal ricorso all'espressione "decreto enti locali", la decretazione d'urgenza è tornata ad occuparsi, anche per quanto attiene all'ambito degli interventi dello Stato a favore degli enti locali, di aspetti di natura più sostanziale. Il provvedimento ha, infatti, una portata generale e va ad incidere su rilevanti norme di natura economico-finanziaria concernenti diverse materie di interesse locale, quali, tra le altre: la revisione dei vincoli del Patto di stabilità per Comuni, Province e comunità montane, con attribuzione di spazi aggiuntivi pari a 100 milioni di

di Comuni, Città metropolitane e Province); d.lgs. 14.3.2011, n. 23 (Disposizioni in materia di federalismo fiscale, il cd. federalismo municipale); d.lgs. 6.5.2011, n. 68 (Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario); d.lgs. 30.5.2011, n. 88 (Disposizioni in materia di risorse aggiuntive ed interventi speciali per la rimozione di squilibri economici e sociali, a norma dell'articolo 16 della legge 5 maggio 2009, n. 42); d.lgs. 23.6.2011, n. 118 (Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge n. 42/2009).

⁴⁰ Si pensi, in primo luogo, all'irruzione, al di fuori dello schema di attuazione della delega, del c.d. decreto Salva-Italia (d.l. n. 201/2011), concentrato soprattutto sull'IMU e sul fondo perequativo dei comuni: cfr. A. ZANARDI, *Federalismo fiscale sotto stress finanziario*, in A. ZANARDI (a cura di), *La finanza pubblica italiana - Rapporto 2012*, Bologna, 2012.

⁴¹ Previsti dalla legge delega 42/2009 a favore di Comuni e Province e più specificatamente nei decreti attuativi. Tra cui in particolare il *fondo sperimentale di riequilibrio* ed il *fondo perequativo*, come determinati rispettivamente dall'art. 2 e dall'art.13 del decreto legislativo n. 23 del 2011, c.d. federalismo municipale.

⁴² Per approfondimenti si veda C. FRANCHINI, *La spending review e il riordino della Pubblica Amministrazione nazionale*, in *Amministrazione In Cammino*, 2015, 13.

⁴³ Così E. JORIO, *Il dl 174/2012, convertito in legge, più dubbi che rimedi*, in *Astrid RASSEGNA*, 2012, 7. Per approfondimenti si veda anche Id., *Ancora sul d.l. 174/2012 (meglio, sugli emendamenti approvati)*, *ibid.*

⁴⁴ I tre dd.ll. esaminati sembrano essere tutti espressione dell'inversione di rotta in materia dei trasferimenti erariali nel periodo *post* riforma sul federalismo fiscale. Al riguardo è opportuno rilevare che l'esame della decretazione di urgenza non ha portato a rilevare altri decreti legge di rilievo sulla materia oltre a quelli citati.

euro per eventi straordinari e per la messa in sicurezza del territorio e degli edifici scolastici⁴⁵, per la bonifica dall'amianto, per le funzioni di ente capofila; la previsione di uno stanziamento di 530 milioni di euro per i bilanci dei Comuni come fondo di perequazione a compensazione delle riduzioni di gettito derivanti dal passaggio IMU/TASI e IMU agricola; l'introduzione del criterio della "differenza" tra capacità fiscali e fabbisogni *standard* per il riparto perequativo del 20% del Fondo per lo Sviluppo e la Coesione 2015; l'introduzione di nuove norme relative al sistema di contabilità; la previsione di un'anticipazione di liquidità a favore degli enti locali, i cui organi consiliari siano stati sciolti in conseguenza a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso o similare.

b. Entrate tributarie proprie degli enti locali

Proprio con riferimento alle entrate tributarie proprie, volte a determinare ampi spazi di autonomia impositiva agli enti locali, l'incidenza della decretazione d'urgenza è stata molto rilevante, confermando la tendenza ad una "ricentralizzazione" del sistema della finanza pubblica.

Ed infatti, la disciplina delle entrate tributarie proprie degli enti locali, fulcro dell'attuazione della riforma sul federalismo fiscale, ed innovata principalmente dal d.lgs. n. 23/2011 (cd. federalismo municipale), è stata più volte modificata tramite numerosi interventi normativi, molto spesso con carattere di urgenza, che ancora una volta hanno concorso a determinare un assetto normativo contraddistinto da elementi di incertezza e transitorietà.

Ecco perché al fine di mettere "ordine" in un settore variegato e complesso si è scelto di procedere l'analisi seguendo il percorso diacronico dei vari provvedimenti concernenti i principali tributi.

Il tema maggiormente degno di nota è senz'altro quello dell'IMU.

In prima battuta, invero, il d.l. n. 201/2011 nell'anticipare in via sperimentale l'applicazione dell'imposta al 2012, ne aveva modificato la disciplina (rispetto a come dettata dal d.lgs. n. 23/2011)⁴⁶ in misura molto significativa. Ed infatti, per ragioni connesse in primo luogo all'emergenza finanziaria, il decreto, oltre a riservare allo Stato buona parte del gettito dell'imposta, la estendeva alla prima casa e ne incrementava anche la base imponibile, mediante l'aumento delle rendite catastali.

Tale scelta è stata però rivista con la legge 24 dicembre 2012, n. 228 (legge di stabilità per il 2013), che ha attribuito interamente ai comuni il gettito dell'imposta (ad esclusione di quello derivante dagli immobili ad uso produttivo, che spetta allo Stato).

Così se un per un verso è stata ripristinata la configurazione dell'imposta come essenzialmente municipale, per altro verso, al fine di assicurare la neutralità dell'intervento sotto il profilo dei rapporti finanziari tra Stato e comuni, si sono avute rilevanti ricadute sul sistema perequativo definito dallo stesso d.lgs. n. 23/2011, che ha visto la soppressione del fondo sperimentale di riequilibrio e l'istituzione di un fondo di solidarietà comunale, alimentato con il gettito della stessa IMU spettante ai comuni (a differenza del fondo soppresso, la cui dotazione era costituita da un finanziamento a carico del bilancio dello Stato). Tale manovra ha inoltre comportato la sospensione, per il biennio 2013-2014, della devoluzione della fiscalità immobiliare ai comuni.

Nel corso del 2013, in particolare, il dibattito politico si è concentrato sull'esonazione dell'IMU per l'abitazione principale. Ciò determina, infatti, il venir meno di uno dei principi fondamentali del federalismo fiscale quale è quello della corrispondenza tra soggetti beneficiari dei servizi e contribuenti.

Tale ipotesi ha trovato poi soddisfazione nella legge di stabilità per il 2014, l. n. 147/2013⁴⁷, che

⁴⁵ In materia di edilizia scolastica il decreto enti locali prevedeva anche la possibilità di assegnazione di ulteriori spazi aggiuntivi.

⁴⁶ Che lo prevedeva solo per immobili diversi dalla abitazione principale.

⁴⁷ Il "dibattito" sull'esonazione dall'IMU ha a sua volta imposto il ricorso a molteplici decreti legge: il d.l. 21 maggio 2013, n. 54, conv. in l. 18 luglio 2013, n. 85, che per l'anno 2013 ha sospeso il versamento della prima rata dell'imposta

ha realizzato la complessiva riforma della tassazione immobiliare, abolendo l'IMU sull'abitazione principale e su alcune fattispecie assimilate, nonché della componente della TARES relativa ai servizi indivisibili, con contestuale introduzione della citata imposta unica comunale (IUC)⁴⁸.

A tal riguardo è intervenuto anche il d.l. n. 47 del 2014, conv. in l. 23 maggio 2014, n. 80, che ha apportato ulteriori modifiche alla materia dell'IMU, assoggettando dal 2015 al regime dell'abitazione principale l'unità immobiliare non locata o data in comodato d'uso posseduta dai cittadini italiani pensionati non residenti nel territorio dello Stato e iscritti all'Anagrafe degli Italiani residenti all'estero (AIRE). In sostanza detti immobili godono *ex lege* dell'esenzione da IMU, se non si tratta di immobili "di lusso" (categorie catastali A/1, A/8 ed A/9); altrimenti usufruiscono dell'aliquota agevolata allo 0,4 per cento e della detrazione di 200 euro prevista dalla legge⁴⁹.

Numerosi interventi normativi effettuati nel corso del 2014 e del 2015 hanno poi riguardato l'applicazione dell'esenzione IMU ai terreni agricoli. E, anche su detta questione, è intervenuto un decreto legge, il n. 4 del 2015, convertito in l. 24 marzo 2015, n. 34, ai sensi del quale l'esenzione IMU si applica ai terreni agricoli e a quelli non coltivati, ubicati nei Comuni classificati totalmente montani (di cui all'elenco dei Comuni italiani ISTAT); ai terreni agricoli e a quelli non coltivati ubicati nei Comuni delle isole minori individuati *ex lege*; ai terreni agricoli e a quelli incolti posseduti e condotti dai coltivatori diretti e dagli imprenditori agricoli professionali (IAP), iscritti nella previdenza agricola, ubicati nei Comuni classificati parzialmente montani ai sensi del citato elenco ISTAT.

Con la nuova legge di stabilità, la situazione si è poi ulteriormente evoluta.

Dal 2016, con la recente legge di stabilità (legge 28 dicembre 2015, n. 208), è stata, infatti, cancellata l'IMU anche sui terreni agricoli dovuta da coltivatori diretti e imprenditori agricoli professionali (IAP).

Non sussiste, quindi, più la distinzione tra Comuni montani, parzialmente montani e di pianura, tornando solo la vecchia distinzione tra Comuni montani e di pianura.

Legge di stabilità che ha previsto anche specifiche previsioni in materia di IMU con riferimento sia alle industrie che alle imprese di costruzione. Per quanto concerne l'industria infatti è stato stabilito che la componente della rendita catastale riguardante gli imbullonati non dovrà più essere computata e che ai fini dell'abolizione bisognerà invece inviare al catasto apposita richiesta. Con riferimento alle imprese di costruzioni che detengono immobili invenduti, l'aliquota IMU sarà dell'1 per mille.

Infine la legge di stabilità ha previste riduzioni anche per i proprietari che affittano a canone concordato, prevedendo un ribasso sull'IMU pari al 25%.

Altro entrata tributaria degli enti locali che merita attenzione in tale percorso è la TASI, acronimo di Tassa sui Servizi Indivisibili, la nuova imposta comunale istituita dalla legge di stabilità 2014, contemporaneamente alla istituzione della IUC, in cui è inglobata insieme ad IMU e TARI. Essa riguarda i servizi comunali rivolti alla collettività, come ad esempio la manutenzione

municipale propria per una serie di categorie di immobili, nonché il d.l. 31 agosto 2013, n. 102, conv. in l. 1. 28 ottobre 2013, n. 124, il quale ha abolito la prima rata imu 2013 per le categorie per le quali era stata sospesa dall'altro d.l., oltre a prevedere una serie di ulteriori norme derogatorie in materia di Imu ed alcune disposizioni di carattere applicativo in materia di tares ed infine il d.l. 30 novembre 2013, n. 133, conv. in l. 29 gennaio 2014, n. 5, che ha abolito anche la rata IMU 2013 per le categorie di immobili dallo stesso indicate.

⁴⁸ La IUC, introdotta con la Legge di Stabilità 2014, è una imposta che ingloba tasse e tributi dovuti in relazione alla casa (IMU) e alla produzione di rifiuti (*ex* TIA e TARSU e TARES). In *primis* denominata TRISE, ha assunto la denominazione di Imposta Unica Comunale nel maxiemendamento del Governo approvato in Senato. L'imposta è composta da più parti: l'imposta IMU sul possesso di immobili (escluse le prime abitazioni), la tariffa TARI sulla produzione di rifiuti e quella TASI, che copre i servizi comunali indivisibili (es. illuminazione..) con una quota anche a carico dei locatari. La IUC è dunque una *service tax* composita, che si paga sia rispetto al possesso di un immobile sia alla sua locazione, applicabile tanto ai proprietari quanto agli inquilini.

⁴⁹ Anche la TARI e la TASI sono applicate in misura agevolata.

stradale o l'illuminazione comunale.

Anche in questa occasione, l'assetto delineato dalla legge di stabilità per il 2014 non è stato tuttavia definitivo, e si è nuovamente reso necessario intervenire, oltre che con l. n. 190/2014 (legge di stabilità 2015), anche e principalmente mediante la decretazione d'urgenza (decreti legge nn. 16, 47, 66, 88 e 192 del 2014, riguardanti comunque anche ulteriori tributi locali).

In particolare, il d.l. n. 16/2014, convertito, con modificazioni, nella legge n. 68/2014, ha consentito ai comuni per l'anno 2014 di innalzare l'aliquota della TASI (stabilita in via generale all'1 per mille con possibilità di aumento fino al 2,5) di un ulteriore 0,8 per mille (quindi sino al 3,3 per mille)⁵⁰. Il Comune deve però nella determinazione delle aliquote rispettare il vincolo in base al quale la somma delle aliquote TASI e IMU per ciascuna tipologia di immobile non deve essere superiore all'aliquota massima fissata dalla legge statale per la sola IMU ordinaria al 10,6 per mille (al 31 dicembre 2013).

Il medesimo provvedimento ha, inoltre, esteso alla TASI le esenzioni previste per l'IMU, compatibili con il presupposto impositivo della TASI⁵¹, esentando però dalla TASI i terreni agricoli assoggettati parzialmente a IMU. Infine il decreto ha sottoposto a TASI, oltre che ad IMU, le aree scoperte pertinenziali e le aree condominiali non occupate in via esclusiva.

In materia di TASI sono poi intervenuti ulteriori decreti legge, volti a specificarne anche le modalità di pagamento del tributo. Ed infatti al d.l. n. 88/2014, decaduto per mancata conversione, ha fatto seguito il d.l. n. 66/2014, convertito con modificazione con la legge 23 giugno 2014, n. 89.

Infine, con la legge di stabilità 2016 è stata abolita dall'Imposta Unica Comunale la componente della TASI per quanto riguarda le abitazioni principali e per quelle date in comodato a figli o genitori. In quest'ultimo caso, tuttavia, bisognerà che il comodante, oltre all'immobile conferito, possieda la sola abitazione principale, nello stesso Comune in cui si trova l'immobile concesso in comodato. Viene abolita la TASI anche per gli inquilini che fruiscono dell'immobile in locazione come abitazione principale, e nei confronti dei separati o divorziati il cui immobile risulta assegnato all'*ex*, ad eccezione degli immobili di lusso (cat. A1, A8, A9)⁵².

La decretazione d'urgenza ha inciso anche in materia di entrate tributarie sui rifiuti.

Ed infatti è ancora il dal decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, (cosiddetto "decreto salva Italia"), che aveva istituito l'IMU ad istituire il tributo comunale sui rifiuti e sui servizi, c.d. TARES, un diverso e unico tributo, volto a razionalizzare le diverse forme di prelievo vigenti sui rifiuti (TARSU, TIA 1 e TIA 2). Scelta che sembra porsi in controtendenza con il percorso di autonomia degli enti locali.

Questo tributo è stato poi sostituito a partire dal 1 gennaio 2014 dalla tassa sui rifiuti (TARI) che è stata istituita dalla legge n. 147 del 27 dicembre 2013, legge di stabilità per il 2014.

Ed ancora è stato proprio un decreto legge, il d.l. n. 192 del 2014 (convertito con modificazioni, con la legge 27 febbraio 2015, n. 11) a confermare per l'anno 2014 la validità delle deliberazioni regolamentari e tariffarie in materia di tassa sui rifiuti (TARI) adottate dai comuni entro il 30 novembre 2014.

c. La tesoreria unica

Altro intervento di rilievo realizzato negli ultimi anni tramite decreto legge ed in controtendenza rispetto alla riforma del federalismo fiscale è il ripristino delle norme in materia di tesoreria unica, un sistema di regole e procedure che accentra presso la tesoreria statale le risorse liquide di enti e

⁵⁰ L'aliquota massima della TASI stabilita al 2,5 per mille può essere aumentata sino al 3,3 per mille a condizione che siano disposte per l'abitazione principale e/o a quelle ad essa assimilate detrazioni d'imposta tali da comportare un carico fiscale pari a quello determinato con riferimento all'IMU.

⁵¹ Si ricorda che il presupposto impositivo della TASI è il possesso o la detenzione, a qualsiasi titolo, di fabbricati e di aree edificabili, ad eccezione, in ogni caso, dei terreni agricoli.

⁵² R. LUNGARELLA, *I comuni fanno i conti senza la Tasi*, in lavoce.info, 19 settembre 2015. L' A. ritiene che la cancellazione della TASI possa comportare nel lungo termine gravi svantaggi per gli enti locali, incidendo sul gettito potenziale.

organismi pubblici diversi dallo Stato.

Ed infatti secondo il sistema di tesoreria unica, disciplinato dalla legge n. 720/1984, la Banca d'Italia, oltre alla gestione di incassi e pagamenti per le amministrazioni statali centrali e periferiche, si occupa anche della tenuta delle contabilità intestate alle amministrazioni locali. Tale sistema prevede che gli enti assoggettati mantengano tutte le proprie risorse liquide su conti aperti presso la Banca d'Italia, ripartite in un sottoconto fruttifero, per le entrate proprie, e in uno infruttifero per le altre entrate. Al tesoriere di ciascun ente spetta soltanto la cura dei pagamenti e delle riscossioni, ed eventualmente l'attivazione dell'anticipazione di cassa, nel caso di indisponibilità dei conti presso la Banca d'Italia, senza poter gestire, però, la liquidità dell'ente. Si tratta a ben vedere di un sistema che non consente agli enti di disporre di liquidità su cui potere percepire interessi.

È evidente che per la finanza pubblica italiana il sistema di tesoreria unica tradizionale si era rivelato un utile strumento per la razionalizzazione dei flussi finanziari e informativi tra Stato, Enti Pubblici e sistema bancario.

Ecco perché l'evoluzione del rapporto finanziario tra lo Stato e gli territoriali da un sistema a finanza derivata a un sistema regolato dai principi del federalismo fiscale ha portato a ripensare il sistema tradizionale di tesoreria unica, limitando il versamento sui conti aperti presso la tesoreria statale ai soli trasferimenti provenienti direttamente dal bilancio dello Stato e consentendo agli Enti di mantenere le risorse diverse da quelle provenienti dal bilancio statale presso il proprio tesoriere bancario: è la nascita della cosiddetta "tesoreria unica mista", introdotta dall'art. 7 del d.lgs. 279 del 1997, che ha promosso in senso sostanziale l'autonomia gestionale e finanziaria degli enti locali.

Tale sistema è andato progressivamente sviluppandosi dal 1997 al 2012, allo scopo di sostituire gradualmente, con sistemi di sperimentazione, il sistema tradizionale, al fine di coordinare la finanza pubblica con i principi consacrati in costituzione all'art. 119.

Punto di rottura di tale processo è rappresentato proprio dal d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", cosiddetto decreto liberalizzazioni, che è infatti intervenuto sulla gestione delle tesorerie di Regioni ed Enti Locali, sospendendo l'efficacia delle disposizioni in materia di "tesoreria mista" e riportando in vigore le disposizioni di cui all'art. 1 della legge 29 ottobre 1984, n. 720, relative alla "tesoreria unica" (art. 35).

Con tale disposizione il Governo ha seriamente ridotto gli spazi di autonomia degli enti locali (così come di un ampio novero di enti territoriali e altri organismi pubblici), privandoli pressoché di tutte le disponibilità liquide detenute fino a quella data presso i propri tesoriere, ed imponendo loro di trasferire tutta la liquidità presso i conti della Tesoreria Centrale (ovvero la Banca d'Italia).

Tale lesione, giustificata dalla "eccezionalità" della situazione economico-finanziaria del paese nel 2012, appariva ammissibile solo in ragione della sua durata limitata, prevista originariamente sino al 31.12.2014, che sembrava confermarne la "straordinarietà".

Al contrario, invece, il legislatore ne ha prorogato la durata, inizialmente per ulteriori tre anni, sino al 31.12.2017, mediante la Legge di Stabilità 2015, e successivamente fino al 31 dicembre 2021, mediante la Legge di Stabilità 2018.

Si tratta, ovviamente, di un'altra grave limitazione all'autonomia delle Regioni e degli Enti Locali, che sono stati privati di un importante strumento di gestione finanziaria, che invece è risultato ampiamente vantaggioso per le casse centrali che si sono trovate a godere di maggiore liquidità.

Si rappresenta così tramite decretazione d'urgenza l'ennesimo taglio "mascherato" per gli enti territoriali, soprattutto quelli più virtuosi, che si sono trovati di fronte ad uno scenario economico ancora più critico, in ragione della mancanza dell'ulteriore entrata derivante dai minori interessi attivi che tali somme, depositate presso il sistema bancario, riuscivano a produrre grazie ai tassi vantaggiosi (più di quelli della Banca d'Italia) che gli enti riuscivano ad ottenere a seguito di

oculate procedure di gara per l'affidamento del servizio di tesoreria.

d. Il patrimonio dell'ente locale

I decreti legge vengono infine ad assumere rilievo anche nell'ambito di un'altra fonte di entrata per la finanza locale, ovvero nella normazione dei processi di valorizzazione e di dismissione del patrimonio immobiliare degli enti locali, volto al reperimento di risorse da destinare alla riduzione del debito e agli investimenti.

Ed infatti, nella cornice delineata dal legislatore ordinario tramite il d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, di attuazione del federalismo fiscale in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio ed il decreto legislativo n. 85 del 2010, sempre di attuazione della legge 42/2009, ma in materia di federalismo demaniale, sono intervenuti una serie di decreti legge mirati a disciplinare nel dettaglio i percorsi di valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico⁵³.

Si va quindi dal d.l. n. 98/2011, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111, con cui è stata disciplinata la creazione di un sistema integrato di fondi immobiliari, con l'obiettivo di accrescere l'efficienza dei processi di sviluppo e di valorizzazione dei patrimoni immobiliari di proprietà degli enti territoriali, di altri enti pubblici e delle società interamente partecipate dai predetti enti, sino al d.l. 201/2011, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214, con cui è stata introdotta la disciplina per la formazione di Programmi Unitari di Valorizzazione Territoriale (PUVAT) per il riutilizzo funzionale e la rigenerazione degli immobili di proprietà di Regioni, Province e Comuni e di ogni soggetto pubblico, anche statale, proprietario, detentore o gestore di immobili pubblici⁵⁴, nonché degli immobili oggetto di procedure di "valorizzazione" ai sensi del decreto legislativo sul federalismo demaniale⁵⁵.

Ed ancora, per la realizzazione di tali PUVAT è possibile avvalersi di quanto previsto dai citati artt. 33 (società di gestione del risparmio) e 33-*bis* (società, consorzi o fondi immobiliari) del sopra citato d.l. n. 98/2011, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111 nonché delle procedure di cui all'articolo 58 di un altro decreto legge, e cioè il d.l. n. 112/2008, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133 (piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari).

Infine, sempre, tramite decreto legge, il Governo ha introdotto una procedura semplificata per il trasferimento agli enti territoriali di immobili (v. art. 56-*bis* del d.l. n. 69/2013, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98), con una tempistica più certa.

La nuova procedura ha, infatti, previsto un meccanismo diretto di interlocuzione tra enti territoriali ed Agenzia del Demanio, che valorizza la verifica delle effettive esigenze ovvero delle opportunità di utilizzo degli immobili, assicurando, in caso di esito positivo, il trasferimento dallo Stato entro un anno dalla presentazione dell'istanza.

Al riguardo è poi intervenuto il recente d.l. 133/2014⁵⁶, c.d. Sblocca Italia, che con l'art. 26 ha introdotto procedure di semplificazione e accelerazione per il riuso di immobili statali abbandonati con priorità all'*housing sociale*, nonché all'art. 24 il c.d. "baratto amministrativo" tra cittadini e Comuni per il recupero di aree urbane da parte della cittadinanza a fronte di agevolazioni fiscali da parte degli enti locali⁵⁷.

Da ultimo, si ricorda ancora una volta il recente d.l. 19 giugno 2015, n. 7, conv. in l. 6 agosto 2015, n. 125 (c.d. decreto enti locali), che, sull'argomento, ha disposto la destinazione del 10% dei proventi da alienazioni immobiliari a riduzione del debito comunale e non più statale.

⁵³ Per approfondimenti si veda G. COLOMBINI, *Federalismo demaniale. Più ombre che luci*, in CAVALLINI LUCIA (a cura di) *Coordinamento dinamico della finanza pubblica*, vol. 1, Napoli, 2011, 97 -132.

⁵⁴ Tramite l'introduzione dell'art. 3-*ter* nel d.l. n. 351/2001.

⁵⁵ M. ARSÌ, *Il Federalismo demaniale: federalismo di valorizzazione o la promessa di beni (sempre meno pubblici)*, in [nel merito](#), 2010.

⁵⁶ Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive.

⁵⁷ Articolo recentemente abrogato ad opera del d.lgs. 50/2017, correttivo al nuovo Codice dei contratti (d.lgs. 50/2016), che ha ridisciplinato la materia all'art. 190.

4. Conclusioni.

Dalla disamina che precede è facile pervenire alla conclusione che dagli anni '70 ad oggi, poco o niente sia cambiato nel ricorso alla decretazione d'urgenza in materia di governo e finanza locale, dato che le logiche istituzionali (e spesso le stesse preoccupazioni costituzionali) sono risultate del tutto secondarie e recessive rispetto a quelle economiche⁵⁸.

Anzi, semmai la situazione può dirsi financo peggiorata, causa la situazione politico-economica che ha interessato il nostro Paese negli ultimi anni: il Governo, infatti, per fornire risposte celeri ed univoche, ha assunto su di sé il compito di fronteggiare l'urgenza della crisi economica, facendo fronte, contestualmente, agli impegni assunti in sede di unione europea.

Questo carico ha, infatti, costretto il Governo a ricorrere sempre più spesso a strumenti legislativi snelli e più celeri rispetto all'ordinario *iter* legislativo, con la conseguenza che il decreto legge, che doveva servire ad affrontare casi straordinari di necessità ed urgenza, oggi più che mai ha finito per assumere impropriamente il ruolo di ordinaria iniziativa legislativa rinforzata a disposizione del Governo.

Ciò che è cambiato è solo il ruolo giocato dal decreto legge, che è passato dall'essere strumento "tampone" delle lacune lasciate dal legislatore, a strumento di governo per fronteggiare l'emergenza e accelerare l'*iter* legislativo, ma l'intensità del ricorso alla decretazione d'urgenza è rimasta, ahimè, sostanzialmente invariata.

Ed anche in materia di finanza locale, il fenomeno sembra aver progressivamente acquisito un carattere strutturale nel funzionamento del sistema, come dimostra la sua ricorrenza indipendentemente dal quadro politico ed indipendentemente dall'alternarsi dei governi e delle maggioranze, ma soprattutto indipendentemente dalla natura e dalla rilevanza della materia affrontata.

Eccezione a questo uso "distorto" della decretazione di urgenza in materia di finanza locale è ravvisabile solo nei cd. decreti terremoto, in cui lo Stato ha previsto una serie di esenzioni fiscali ed incentivi, data la "necessità" di intervenire in modo "urgente" e "straordinario" per non aggravare ulteriormente gli equilibri di bilancio di quelle realtà locali colpite da eventi catastrofici⁵⁹.

In linea generale, invece il legislatore è spesso ricorso allo strumento del decreto legge per introdurre riforme strutturali e modifiche comunque sostanziali dell'ordinamento della finanza locale, totalmente prive del requisito dell'urgenza e in alcuni casi addirittura a contenuto programmatico, che, in realtà, per tutte queste ragioni, non si presterebbero ad essere trattate in sede di decretazione d'urgenza, ma piuttosto nell'ambito della procedura legislativa ordinaria.

Persino la Commissione europea, in un rapporto del settembre 2014 sulla competitività dell'Italia afferma testualmente: *"i decreti legge non sembrano adatti per porre in essere riforme strutturali ambiziose, poiché contengono disposizioni che regolano materie molto diverse e in nome*

⁵⁸ Cfr. L. VANDELLI, *Crisi economica e trasformazioni del governo locale*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, 2011, 12.

⁵⁹ Si pensi al d.l. n. 8/2017, Nuovi interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016 e del 2017, che modifica l'art. 48 del d.l. 189/2006, primo strumento normativo per fronteggiare la crisi sismica, introducendo così una disciplina derogatoria delle norme dei contratti pubblici, volta a favorire la celerità degli appalti pubblici. A livello generale il decreto legge presenta tre macroaree di intervento: una prima che consiste in una *no tax area*; una seconda che consiste nel favorire il trasporto dei materiali, tramite delle esenzioni fiscali; una terza inerente sviluppo e la promozione di aree idonee a supportare la gestione della calamità, come intervento *ex post* di gestione pratica della crisi.

dell'urgenza non richiedono valutazioni d'impatto"⁶⁰.

C'è quindi una complessiva valutazione critica, anche a livello di unione europea, sulla capacità di questo strumento di conseguire gli effetti trasformativi omogenei, razionali e duraturi dell'ordinamento.

Valutazione critica che in materia di finanza locale viene ancor più amplificata dal fatto che i decreti legge hanno spesso rappresentato lo strumento per una "ricentralizzazione" della politica fiscale.

In nome dell'emergenza, gli interventi legislativi degli ultimi anni hanno infatti condotto ad una compressione costante ed inaccettabile dell'autonomia degli Enti locali – se non addirittura alla loro sostanziale cancellazione, come è il caso delle Province – con un ritorno ad un nuovo centralismo, in netta contraddizione con gli intenti della riforma sul federalismo fiscale⁶¹.

Si avverte, in tali scelte, una sostanziale sfiducia del Governo nelle capacità e nella responsabilità della classe politica locale; quando, invece, al contrario, il processo di attuazione del federalismo fiscale avrebbe dovuto imporre una coerente individuazione delle funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane e un profondo ripensamento dell'adeguatezza dimensionale di ogni livello di governo affinché le istituzioni territoriali potessero esercitare effettivamente le loro funzioni in autonomia e responsabilità, anche e soprattutto in termini di autonomia impositiva.

Si potrebbe obiettare che in un momento di crisi globale, non sia opportuno pensare al federalismo, ma non è certo demandando alla decretazione d'urgenza la materia della finanza locale che si rimedia alla situazione attuale, ed anzi con tale ricorso si ottiene come risultato un sistema dove a prevalere sono la frammentazione e l'incertezza del diritto⁶². Ciò che serve in realtà sono interventi volti a ridare organicità al sistema delle relazioni finanziarie tra Stato, Regioni ed enti locali, compromesso appunto dalle sovrapposizioni della legislazione "di emergenza".

Si avverte, in sostanza la necessità di un intervento di riordino del sistema al fine di dare organicità a tutta la riforma.

Le vie percorribili sono sostanzialmente due.

La prima, espressione dell'attuale contesto costituzionale delineato dal titolo V, porterebbe alla realizzazione del modello delineato dalla legge n. 42/2009, c.d. federalismo fiscale, che sembra essere stato abbandonato. Modello, che era ispirato tra l'altro, anche dall'esigenza di assicurare un maggiore controllo della spesa pubblica. È pur vero che la realizzazione del federalismo fiscale, pure urgente, come più volte sottolineato dalla Corte costituzionale, presupporrebbe importanti interventi perequativi per la rimozione degli squilibri infrastrutturali esistenti tra i territori, i cui costi appaiono difficilmente sostenibili nel contesto attuale.

La seconda strada percorribile, quella indirizzata a rivedere l'attuale impianto costituzionale in favore di una "ri-centralizzazione" del sistema della finanza locale è molto più ardua, visto l'esito infausto della consultazione referendaria tenutasi il 4 dicembre 2015, che, come è noto, non ha confermato il progetto di riforma costituzionale c.d. Renzi-Boschi⁶³.

Risulta in definitiva, uno scenario caotico, contrassegnato da un uso fuorviante della decretazione d'urgenza, che ha ormai perso (quasi) completamente i suoi connotati costituzionali, e che ha inciso in modo determinante sull'*iter* evolutivo della finanza locale, che è andato sempre più allontanandosi dal modello delineato dall'art. 119 Cost., ed in particolare dalla legge delega n.

⁶⁰ N. LUPO, *Intervento* in Commissione Affari costituzionali, della presidenza del consiglio e interni - indagine conoscitiva - seduta dell'11 marzo 2015.

⁶¹ Servizio Studi della Camera dei deputati, *I temi dell'attività parlamentare nella XVI Legislatura – Finanza regionale e locale*, n. 1/17 – marzo 2011.

⁶² Così L. ANTONINI, *Autonomia finanziaria delle Regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014, 8.

⁶³ In proposito, v. P. COSTANZO, A. GIOVANNELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Forum sul D.D.L. Costituzionale Renzi-Boschi. Dieci studiosi a confronto*, Torino, 2015

42/2009 sul federalismo fiscale.

Riforma quella del federalismo fiscale che se sembra essere rimasta “inattuata” in mezzo al guado non sembra essere stata certamente “dimenticata”, come dimostrano in modo eclatante i due recenti *referendum* consultivi del 22 ottobre 2017, perfettamente identici, indetti dalle regioni Veneto e Lombardia ed aventi come oggetto la concessione di ulteriori forme di autonomia amministrativa, regolamentare ed in particolare finanziaria⁶⁴, e soprattutto le recenti tornate elettorali nazionali e regionale del 4 marzo u.s., che hanno visto l’affermazione proprio di quei partiti che avevano fatto del federalismo fiscale uno *slogan politico* (“*piu autonomia uguale meno tasse*”).

⁶⁴ Cfr. P. BALDUZZI, *Referendum in Lombardia ed in Veneto: fiera dell’inutilità*, in lavoce.info, 14 luglio 2017. L’A. si interroga su quali autonomie: “maggiori competenze in tutte le materie possibili (cioè quelle concorrenti o alcune tra quelle di competenza statale)? O solo in alcune? E con quali risorse? La Costituzione non prevede un aumento dell’autonomia fiscale per finanziare le competenze trasferite, che quindi potrebbero esserlo solo da eventuali maggiori trasferimenti da parte del governo”.

PARTE SECONDA

LIBRI E RECENSIONI

Recensione a

MASSIMILIANO MEZZANOTTE, *La macroregione adriatico-ionica. La cooperazione territoriale come strumento di integrazione*, Padova, Wolter Kluwer - CEDAM, 2018, pp. XIX+203, ISBN 978-88-13-36548-6

Alessandro Rosario Rizza, *La macroregione adriatico-ionica. La cooperazione territoriale tra ripensamenti e potenzialità*

Un tema complesso, e non ancora adeguatamente affrontato dalla dottrina, è quello trattato dall'Autore in questo libro, che – tra una pagina e un'altra – pone sfide e interrogativi inediti. Con il termine macroregione si rappresenta un livello intermedio e funzionale, composto da quelle aree geografiche che possiedono interessi comuni di varia natura territoriale, economica o culturale. Ma, come si mette in luce, il fenomeno assume sfaccettature particolari, d'inquadramento giuridico e funzionamento, non sempre facilmente visibili. L'Autore scompone il prisma "macroregione" sulla scia della celebre definizione di Joseph Nye, secondo cui essa è «*a limited number of states linked together by a geographical relationship and by a degree of mutual interdependence*». Un istituto ancora nuovo, che si colloca in una situazione intermedia tra il vecchio e il nuovo regionalismo, tra l'Unione Europea e gli Stati membri, un difficile «processo di integrazione regionale, secondo un approccio geopolitico», un federalismo ancora timido, ma mai statico e in continua evoluzione, come in evoluzione è lo stesso concetto di Unione Europea, nel difficile rapporto tra governati e governanti.

L'Autore suddivide l'opera in quattro capitoli, in cui si affrontano rispettivamente l'ambito operativo e definitorio nel suo complesso, la macroregione adriatico-ionica, le risorse e i fondi economici a disposizione e – infine – le prospettive future di questa associazione. L'approccio scelto è dinamico: da una visione generale, uno sguardo d'insieme sulle precedenti esperienze del fenomeno, si pone l'attenzione sull'operatività interna della macroregione, osservando, in modo capillare, la sua struttura più intima. Obiettivo dell'Autore è calare il lettore in un istituto ancora poco noto, e un ottimo punto di partenza è lo studio degli antefatti storici dell'istituto, così si presentano i fondamenti normativi e giuridici rinvenibili nel Trattato di Lisbona e la portata della nuova strategia in atto (Europa 2020). Antefatto giuridico degno di nota è ancora considerato il Libro verde sulla coesione territoriale del 2008, che pone alcuni obiettivi focali, come il superamento delle differenze di densità, il collegamento tra territori, la cooperazione statale e l'attenzione alle aree geografiche con specifiche caratteristiche, ognuna delle quali è oggetto di attenta e specifica trattazione. Degno di approfondimento è anche il Gruppo Europeo di Cooperazione Internazionale, in quanto esso assicura la cooperazione territoriale volta a rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione; spetta al Gruppo anche l'attuazione dei progetti di cooperazione transfrontaliera, quali la gestione dei sistemi di trasporto, lo scambio di buone pratiche e la gestione di programmi transfrontalieri congiunti che possono finanziare progetti di interesse comune. Attraverso la presentazione di questi differenti istituti, il lettore potrà apprezzare le analogie e le differenze con la macroregione adriatico-ionica, le prime attinenti agli ambiti operativi di innegabile e comune interesse, le seconde vertenti sulla maggiore rilevanza, anche organizzativa, del fenomeno in oggetto, che – per usare le parole dell'Autore – nasce «accanto al processo europeo (di integrazione)», trattandosi di «un *iter* parallelo che vede le entità statali coinvolte in un progetto aggregativo che prescinde da qualsiasi entità», ma che – a differenza dell'Unione - «passa anche attraverso il rifiuto di qualsiasi modello preconstituito o imposto, fondandosi sul riconoscimento della centralità dell'ente preposto più vicino al cittadino».

La parte storico-ricostruttiva della monografia è sostanziosa e completa, cosa che permette al lettore di entrare nell'ottica del complesso fenomeno, in particolare modo vi è uno sguardo attento ai

materiali normativi, ai principi della macroregione come esposti dalle Relazioni europee, e un'attenta disamina di ciascuno di essi: i programmi europei sull'integrazione, il coordinamento, la cooperazione, la *governance* multilivello e la *partnership* sono attentamente esposti e approfonditi. Prima di addentrarsi nella struttura e nel funzionamento della macroregione adriatico-ionica, si presentano al lettore le diverse esperienze già in atto nell'Unione Europea, e – in particolare modo – la strategia per la regione del Mar Baltico (EUSBSR), la strategia dell'Unione Europea per la regione del Danubio (EUSDR) e la macroregione alpina (EUSALP): per ciascuna di esse, sono fornite le coordinate storiche e funzionali, gli ambiti operativi, l'estensione geografica e la densità demografica. A questa ricostruzione, che potremmo definire orizzontale, segue la ricostruzione verticale, che attiene alle modalità di funzionamento della macroregione, al modo in cui sono adottate le decisioni e al coordinamento organico interno ed esterno.

Ricostruito il panorama, l'Autore affronta partitamente l'oggetto della trattazione, soffermandosi sulla composizione geografica della macroregione adriatico-ionica, composta sia da Stati membri (Italia, Grecia, Slovenia e Croazia) sia da Stati non membri (Albania, Bosnia-Erzegovina e Montenegro): elemento che, se da un lato rappresenta un punto di forza e poliedricità, dall'altro presenta difficoltà giuridiche non di poco conto. La ricerca prende le mosse dagli elementi unificanti, quali il mare, elemento geografico comune, l'evoluzione geopolitica, «l'esistenza di apparati burocratici obsoleti o di alti tassi di corruzione e la scarsa trasparenza dell'azione dei pubblici uffici», tutti profili esaminati e approfonditi singolarmente. Si entra nel vivo della trattazione: si mettono in risalto gli aspetti critici di funzionamento dell'istituto, spesso connessi alla *governance* e riguardanti l'assenza di organi dotati di *leadership*, nella fase della progettazione come in quella dell'attuazione, ciò che importa una notevole mancanza di coordinamento tra gli organi decidenti. L'Autore approfondisce gli ambiti operativi di EUSAIR, individuati nella crescita blu (*blue growth*) riservata alla Grecia e al Montenegro e fondata sulla cooperazione in tema di sviluppo ecosostenibile, nel collegamento regionale (*connection the region*), che ha per protagonisti Italia e Serbia e si basa sulla creazione di snodi fondamentali nel trasporto di energia, beni e passeggeri; nella qualità ambientale (*environmental quality*), spettante a Slovenia e Bosnia-Erzegovina, con l'obiettivo di salvaguardare l'ambiente dall'inquinamento e da forme di sfruttamento irrispettose degli *habitat* territoriali e delle biodiversità, nel turismo sostenibile (*sustainable tourism*), in cui sono chiamate a svolgere un ruolo determinante Croazia e Albania. La complessità organizzativa di EUSAIR induce l'Autore a definirla, con spirito ottimistico, «una rete di attori che congiuntamente lavorano verso uno scopo comune, ossia la necessità di coordinare future strategie unificate dall'elemento territoriale».

Il panorama europeo, nel corso finale della trattazione, è destinato a lasciare spazio alle ripercussioni nazionali del fenomeno e al ruolo spettante alle regioni italiane coinvolte. In particolare modo, al Veneto spetta il coordinamento della crescita blu, al Friuli Venezia Giulia compete il settore delle interconnessioni e infrastrutture, all'Emilia Romagna la qualità ambientale, alla Puglia il turismo sostenibile, mentre i due assi trasversali spettano al Molise (formazione e *capacity building*) e alle Marche (ricerca e innovazione nonché il coordinamento dei lavori EUSAIR). A questa, almeno astratta e convincente ripartizione di competenze, l'Autore fa seguire una riflessione sul modesto ruolo europeo che le regioni italiane rivestono, e lo fa passando in rassegna le principali pronunce della Corte costituzionale sul tema nonché le molte problematiche sollevate dalla legge La Loggia la cui «procedura di coordinamento è molto complessa, a dimostrazione, com'è stato evidenziato, dell'eccessiva prudenza» del legislatore verso il ruolo delle regioni, ben definibile «di contorno». Le problematiche che l'istituto pone, sia sul piano euro-unitario sia su quello interno, sono molteplici, e l'Autore accompagna il lettore alla ricerca di elementi correttivi, per superare quel «complesso sistema che mina in radice la capacità di fondare un vincolo identitario comune», così l'Autore auspica un maggior coinvolgimento, nel funzionamento dell'istituto, della società civile, l'abbandono di modelli organizzativi imposti «dall'alto» (*top down*) e la nascita di una collaborazione «dal basso» (*bottom up*), paventando gli analoghi rischi di *deficit* democratico già noti alla letteratura sul funzionamento dell'Unione Europea. Il libro permette, attraverso uno stile scorrevole e lineare, di comprendere le dinamiche funzionali di EUSAIR, lasciando al lettore la possibilità di immaginare

nuovi e inediti scenari, entro cui l'Italia, in un'ottica di collaborazione, potrebbe aumentare le proprie entrate economiche, attraverso la creazione e il rafforzamento delle reti di trasporto, individuando alcuni "grandi itinerari" comuni tra i Paesi della macroregione, ad esempio la valorizzazione dell'arte greca, mediante collegamenti tra i siti archeologici del Sud Italia e quelli della Grecia, la valorizzazione dell'*habitat* naturale e della macchia mediterranea, la comunanza storica e culturale tra il Friuli Venezia Giulia e i Paesi dell'Est, tutti elementi che – a ben vedere – potrebbero portare indubbi benefici monetari all'Italia, che – attraverso validi collegamenti – vedrebbe al meglio sfruttate le proprie risorse, idonee a favorire la crescita non solo di un turismo endo-europeo ma capaci anche di attrarre cittadini extra-UE, facilitandone gli spostamenti.

In definitiva, il libro si lascia apprezzare per le potenzialità dell'istituto in questione, affrontate ora con l'occhio ammiccante, ora con quello più critico. È proprio l'alternarsi di aspetti positivi e negativi, insiti nella struttura giuridica della macroregione, a spingere il lettore a riflettere, con maggior consapevolezza, sui benefici che l'Italia potrebbe trarre dall'istituto. L'Autore riserva particolare attenzione al dato statistico, preoccupandosi di mettere in luce la vasta portata del fenomeno, a titolo esemplificativo basterà ricordare che la macroregione adriatico-ionica coinvolge oltre 20 milioni di abitanti e conta ben 5.867 km di linea costiera. Il testo è costantemente intervallato da grafici e tabelle, che illustrano sia gli aspetti funzionali e organizzativi dell'associazione sia gli aspetti economici, con mirate riflessioni anche sugli investimenti monetari dell'Unione Europea nella macroregione e le partecipazioni pubbliche nazionali e totali. A ciò si aggiungono frequenti riferimenti geografici, grazie al ricorso di mappe geopolitiche che calano il tema in un'ottica quanto più reale e vicina ai cittadini dell'area coinvolta. Il giurista o l'economista, il politico o l'addetto ai lavori, che si cimenteranno nella lettura del testo, si sentiranno coinvolti e chiamati a partecipare a quello sforzo intellettuale, ancora necessario, per incrementare la cooperazione, iniziando da una seria politica interna e comunitaria, «volta a superare le tante difficoltà e problematiche tuttora esistenti». Un libro interdisciplinare, che presuppone un confronto attivo tra costituzionalisti, europeisti, esperti di diritto regionale e politici. Un libro che coinvolge la società civile nel suo complesso. Un libro che riguarda ciascuno di noi, in modo più vicino di quanto talvolta siamo indotti a credere.

PARTE TERZA

CRONACHE

CRONACHE 2018

DALLA CORTE

***21.11.18** **Direttive ed istruzioni del Presidente della Corte costituzionale circa l'intervento dei terzi nel processo costituzionale**

[Il testo](#)

***25.10.18** **Comunicato della Corte costituzionale in merito alla soglia di sbarramento per le elezioni europee**

[Il testo](#)

***24.10.18** **Comunicato della Corte costituzionale in merito al caso Cappato**

[Il testo](#)

***19.09.18** **Incontro al Quirinale tra il Presidente della Repubblica ed il Presidente della Corte costituzionale. Il Presidente della Consulta Giorgio Lattanzi ha illustrato al Capo dello Stato Sergio Mattarella il progetto "Viaggio in Italia: La Corte costituzionale nelle carceri" ([foto dal sito del Quirinale](#))**

***19.07.18** **La Corte ritrova il *plenum* dei suoi componenti. [Luca Antonini](#) eletto giudice costituzionale.**

***31.05.18** **Comunicato della Corte costituzionale in merito alla decisione sulla "regola Taricco"**

[Il testo](#)

***29.04.18** **Comunicato della Corte costituzionale in merito all'articolo apparso sul quotidiano *La Verità* a proposito di un intervento della Vicepresidente Marta Cartabia a Strasburgo**

[Il testo](#)

***10.04.18** **Comunicato della Corte costituzionale sull'inapplicabilità della "regola Taricco" sulla prescrizione**

[Il testo](#)

***26.03.18** **Avviata a conclusione la vicenda che ha visto protagonista il giudice Nicolò Zanon (v. 13.03.18)**

[Notizia di stampa](#)

***21.03.18** **Comunicato della Corte costituzionale sull'infondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate dal Consiglio di Stato su una disposizione della riforma delle banche popolari**

[Il testo](#)

***13.03.18** **Si autosospende dalle funzioni il componente della Corte costituzionale Nicolò Zanon, indagato dalla Procura di Roma per peculato d'uso, dopo che la Corte ne ha respinto le dimissioni, confermandogli pieno rispetto e massima fiducia**

[link ad adnkronos](#)

***08.03.18** **Giorgio Lattanzi eletto Presidente della Corte costituzionale**

[Il comunicato](#)

***21.02.18** **Francesco Viganò, ordinario di diritto penale, è stato nominato dal Presidente della Repubblica nuovo giudice costituzionale**

[Il comunicato del Quirinale](#)

***21.02.18** **Comunicato della Corte costituzionale sull'inammissibilità della questione sul voto degli italiani all'estero**

[Il testo](#)

DALLE ISTITUZIONI

04.01.19 Lettera del Capo dello Stato al Presidente del Consiglio sul decreto sicurezza e immigrazione
[il testo della lettera](#)

31.12.18 “Sentirsi “comunità” significa condividere valori, prospettive, diritti e doveri. Significa “pensarsi” dentro un futuro comune, da costruire insieme. Significa responsabilità, perché ciascuno di noi è, in misura più o meno grande, protagonista del futuro del nostro Paese. Vuol dire anche essere rispettosi gli uni degli altri. Vuol dire essere consapevoli degli elementi che ci uniscono e nel battersi, come è giusto, per le proprie idee rifiutare l’astio, l’insulto, l’intolleranza, che creano ostilità e timore”.

[Il messaggio augurale in TV di fine d’anno al Paese del Presidente della Repubblica](#)

04.12.2018 “Il rischio di essere catturati da un presente immutabile, senza passato né futuro, è quello che la cultura esorcizza e sconfigge”

[Il discorso del Capo dello Stato per l’inaugurazione dell’anno accademico fiorentino](#)

21.11.2018 “il Ministro della Giustizia, ai sensi dell’art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, ha trasmesso, per il parere, il testo del decreto legge 113 del 4 ottobre 2018 recante ‘Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, pubblica sicurezza, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’Interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata”

[Parere del Consiglio Superiore della Magistratura sul cd. decreto sicurezza](#)

04.11.2018 “Quei momenti oscuri, il tempo e le sofferenze delle due guerre mondiali, a voi ragazzi – coetanei di tanti caduti di allora - sembrano molto lontani; remoti. Ma rammentate sempre che soltanto il vostro impegno per una memoria, attiva e vigile, del dolore e delle vittime di quei conflitti può consolidare e rendere sempre più irreversibili le scelte di pace, di libertà, di serena e rispettosa convivenza tra le persone e tra i popoli.”

[Intervento del Presidente della Repubblica alla cerimonia in occasione del centenario della fine della Grande Guerra e Giorno dell’Unità Nazionale e Giornata delle Forze Armate](#)

04.11.2018 “Il governo italiano, come quelli di altri Paesi, non comprese il potenziale innovatore dei Quattordici punti di Wilson: la vittoria italiana non venne investita per entrare nel novero dei Paesi protagonisti e regolatori di un nuovo ordine mondiale, basato sulla forza del diritto piuttosto che sul diritto della forza come era sempre stato sin lì”

[Intervista del Presidente Mattarella in occasione della ricorrenza del 4 novembre pubblicata dal "Corriere della Sera"](#)

28.10.2018 “La nuova Grecia e la nuova Italia sono nate dalla resistenza al nazifascismo e hanno ripudiato la guerra.”

[Dichiarazione del Capo dello Stato in occasione delle commemorazioni del 75° anniversario dell’eccidio della Divisione Acqui](#)

04.10.2018 “restano ‘fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato’, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall’art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall’Italia”

[Lettera del Capo dello Stato al Presidente del Consiglio in sede di emanazione del cd. decreto sicurezza](#)

29.09.2018 La Costituzione italiana – la nostra Costituzione – all’articolo 97 dispone che occorre assicurare l’equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico. Questo per tutelare i risparmi dei nostri concittadini, le risorse per le famiglie e per le imprese, per difendere le pensioni, per rendere possibili interventi sociali concreti ed efficaci. Avere conti pubblici solidi e in ordine è una condizione indispensabile di sicurezza sociale, soprattutto per i giovani e per il loro futuro”.

[Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella nell’incontro con i partecipanti all’iniziativa “Viaggio in bicicletta intorno ai 70 anni della Costituzione Italiana”](#)

25.09.2018 “...il ruolo che si assume quali componenti del Consiglio non rappresenta un privilegio ma una funzione di garanzia e, al contempo, di grande responsabilità per le sorti dell’equilibrio fra i poteri costituzionali”.

[Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia di commiato dei componenti il Consiglio Superiore della Magistratura uscente e di presentazione dei nuovi](#)

27.06.2018 “... il Paese ci chiede un’amministrazione della giustizia efficiente, che dia peso sempre maggiore alla sua autorevolezza, preservando e consolidando così l’indipendenza e l’autonomia dei magistrati”.

[Il testo del discorso del Capo dello Stato al plenun del Consiglio Superiore della Magistratura](#)

01.06.2018 “Va arrestato con fermezza ogni rischio di regressione civile in questa nostra Italia e in questa nostra Europa, affermando un costume di reciproco rispetto, mettendo a frutto le grandi risorse di generosità e dinamismo dei nostri concittadini”.

[Il testo del messaggio del Capo dello Stato ai Prefetti per la festa della Repubblica](#)

29.05.2018 “Le norme entro cui operiamo possono essere discusse, criticate. Vanno migliorate. Ma non possiamo prescindere dai vincoli costituzionali: la tutela del risparmio, l’equilibrio dei conti, il rispetto dei Trattati”.

[La Relazione annuale del Governatore della Banca d’Italia](#)

27.05.2018 Fallito irreversibilmente anche il tentativo in extremis di formazione di un governo politico nella neonata legislatura. Il Presidente della Repubblica sottolinea che “Nessuno può, dunque, sostenere che io abbia ostacolato la formazione del governo che viene definito del cambiamento”.

[Il testo del discorso del Capo dello Stato](#)

12.05.2018 “[Einaudi] interrogandosi implicitamente sul ruolo del Presidente della Repubblica), osservava che essa: “Può e deve rimanere dormiente per lunghi decenni e risvegliarsi nei rarissimi momenti nei quali la voce unanime, anche se tacita, del popolo gli chiede di farsi innanzi a risolvere una situazione che gli eletti del popolo da sé, non sono capaci di affrontare, o per ristabilire l’osservanza della legge fondamentale, violata nella sostanza anche se ossequiata nell’apparenza”.

[Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia in occasione dell’anniversario del giuramento e dell’entrata in carica del Presidente della Repubblica, Luigi Einaudi](#)

10.05.2018 “Il Manifesto di Ventotene - punto di riferimento culturale da non dimenticare - continua a ricordarci, come l’economia debba essere parte di una visione politica del percorso di integrazione. La regolamentazione dei mercati, le norme sulla moneta, le regole della concorrenza, non possono che essere concepite, infatti, come funzionali strumentali alla libertà e alla crescita, al conseguimento di un obiettivo politico generale, quello del miglioramento del benessere complessivo della società, e non come un punto di arrivo”.

[Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all’apertura della conferenza “The State of the Union 2018, solidarietà in Europa](#)

07.05.2018 In esito alle consultazioni per la formazione del Governo, il Presidente della Repubblica formula una diagnosi negativa ed una prognosi incerta (governo neutrale di servizio? elezioni? e quando?)

[Il discorso di Mattarella](#)

<http://www.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Video&key=2741&vKey=2467&fVideo=7>

19.01.2018 Il Presidente della Repubblica ha nominato Senatrice a vita Liliana Segre per altissimi meriti nel campo sociale

[Il comunicato](#)

ABSTRACT

STUDI

PIERLUIGI TOMAIUOLI

L' "altolà" della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)

The «stop» of the Constitutional Court to dynamic jurisdiction (in the margin of sentence no. 6 of 2018)

The note examines [the decision no. 6 of 2018](#) in which, called to rule on the constitutional review of the forfeiture envisaged by article 69, par. 7 of legislative decree no. 165 of 2001, the Constitutional Court declared inadmissible due to a lack of relevance the matter proposed by the Court of Cassation in joint sections, seized with appeal for reasons related to jurisdiction against a sentence of the Council of State. This ruling is based on the conclusion that the discussed concept of dynamic jurisdiction is contrary to the notion presupposed by the Constitution in the eighth paragraph of the article 111 and it undermines the plurality of jurisdictions as thought by the members of the Constituent Assembly (O.C.).

ANTONELLO LO CALZO

Il controllo di legittimità costituzionale sugli atti normativi interni di Camera e Senato (a margine della sent. n. 213 del 2017 della Corte costituzionale)

The control of constitutional review on the internal legislative acts of the Chamber and the Senate (in the margins of the ruling n. 213 of 2017 of the Constitutional Court)

[The sentences of the Constitutional Court no. 213 of 2017](#) addresses the topic of the application of the solidarity contribution to the pensions of former employees of the Chamber of Deputies. It also allows reflecting on the different approaches that the domestic justice organs of the Houses of Parliament adopt in the control of legitimacy on the "internal" normative acts, according to the relationship existing between these ones and the "general" law (O.C.).

LUCA GRIMALDI – COSIMO PIETRO GUARINI

Su alcuni conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato sollevati a seguito della «situazione venutasi a creare» con le ultime leggi elettorali (a margine delle ordinanze nn. 277 e 280 del 2017)

On some conflicts of attribution between State powers raised following the "situation that arose" with the latest electoral laws (in the margins of ordinances 277 and 280 of 2017)

With the ordinances under review, the Constitutional Court declared the inadmissibility of four appeals for attribution conflict between powers of the State, promoted against the Government or the Houses. The conflicts have been raised following the situation that arose with the law no. 52 of 2015 (better known as Italicum) and with the approval of the law no. 165 of 2017 (better known as Rosatellum-bis). The paper explores the issue of procedural legitimacy of parliamentary subjects and citizens-voters in the conflict between powers, as well as the alleged abuse of the use of the matter of confidence and the consequent impact of this misuse on the protection of the electorate, on the freedom of vote of parliamentarians, on the exercise of their free mandate and on the parliamentary form of government (O.C.).

UGO ADAMO

«Senza distinzione ... di religione». Libertà di manifestazione del pensiero e tutela del sentimento religioso

"Without distinction ... of religion". Freedom of expression of thought and protection of religious sentiment

The purpose of the paper is to investigate the space recognized in the Italian constitutional order to the right of expression (which also includes that of satire) when the subject of discussion concerns religious faith. Furthermore, the author wants to probe the persistent space of protection offered to the religious sentiment that is configured as a criminal law limit to the exercise of freedom of expression. The essay wishes to go into the current legal framework (increasingly open to inter-state protection) and in the context of some important rulings issued by the European Court of Human Rights in recent decades (O.C.).

ANTONIO RUGGERI

Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/ 2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)

A first, cautious and interlocutory reply from the Court of Cassation to Constitutional Court n. 269/2017 (first reading of the Court of Cassation, II civil section, 16 February 2018, No. 3831, Bolognesi v. Consob)

The decision confirm a hypothesis that emerged following [sentence no. 269 of 2017](#) of the Constitutional Court, according to which, in the event of dual preliminary, the legitimacy judge considers that the question of constitutionality should be privileged with respect to the preliminary question that can be raised pursuant to article 267 TFEU. Furthermore, the configurable scenarios also appear to be significant following a possible rejection of the Constitutional Court, particularly the threat by the Court of Cassation of the future disobedience to an indication by the Constitutional Court that improperly delimits the area of action of the preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union (O.C.).

ANTONIO IANNUZZI

L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche

The mandatory nature of vaccinations in the judgment of the Constitutional Court between compliance with the discretion of the state legislature and medical-statistical evaluations

The [sentence of the Constitutional Court no. 5 of 2018](#) rejected all the questions of constitutional review raised by the Veneto Region against the decree-law no. 73 of 2017, containing urgent provisions about vaccination, converted with amendments by the law no. 119 of 2017, which extended from four to ten the number of mandatory and free vaccines for minors from zero to sixteen and all unaccompanied foreign minors. The note focuses on some aspects of interest of the sentence: the incidence of the medical-scientific fact on the choice of the decree-law source, the judgment on the exercise of legislative discretion in comparison with the medical-statistical evaluations, the legitimacy of a decree-law with deferred effectiveness and the verification of the legitimacy of state intervention in material areas in which Regions also have competences (O.C.).

ALESSANDRO MORELLI

La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione

The rediscovery of sovereignty in the crisis of globalization

The paper aims to reconstruct interactions between the paradigm of sovereignty and the process of globalization, in order to grasp some recent tendencies oriented to the recovery of a strong role of States in the dynamics of the supranational integration process. Several recent episodes suggest reflecting on the theme for trying to define a more realistic picture of the state systems status, in consideration of a possible slowdown in the process of expansion of human relations on a global scale. Such events could be the symptoms of a passing crisis or the forerunners of an epochal change, in which sovereignty could demand a central role also in supranational dynamics (O.C.).

VITTORIA BERLINGÒ

L'effettività dell'integrazione lavorativa del disabile alla luce delle più recenti riforme della pubblica amministrazione

The effectiveness of working integration of the disabled in the light of the most recent public administration reforms

This article deals with the evolution systems aimed at integrating disabled people into the labour market in an increasingly full and effective way. He analyzes the European obligations to protect disabled workers, their integration as regulated by the new Code of public contracts and recent domestic case law, in which a substantive approach favoring companies seems to prevail (even if not univocally) (S.F.).

ANDREA BONOMI

Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale

Recruitment and facilitation of prostitution on the test in the light of constitutional principles. A few remarks in the light of a recent referral order to the Constitutional Court

The author examines the ordinance of 6 February 2018, through which the Court of Appeal of Bari raised a constitutional review of the criminal provision punishing those who knowingly and voluntarily recruit and aid prostitution, with reference to articles 2, 3, 13, 25, c. 2, 27 and 41 of the Constitution. He examines potential grounds of unconstitutionality and, at the same time, asks himself whether the possibility to engage in prostitution can be considered an inviolable right (in the sense of a right to express one's own sexuality) deriving from article 2 of the Constitution (S.F.).

DAVIDE GALLIANI

Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione

On the job of the judge, between the Constitution and the Convention

The judge's job is characterized by some problems, among which the fact that in the contemporary age he has to carry out his functions in a a complex context, having to perform his own interpretative activity taking into consideration not only the Constitution but also the ECHR. For these reasons, the author proposes some ideas aimed at reconsidering the foundations of the issue concerning motivation, without relinquishing basic principles (S.F.).

ANTONIO RUGGERI

Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?

After the dec. n. 269 of 2017 of the Constitutional Court will be the legislator act as peacemaker between the Courts?

The author believes that only an assertive intervention of the legislator can limit the serious risks of conflicts between Courts, potentially caused by the constitutional preliminariness and of the European preliminariness. The author does not support the hypothesis of the choice between the widespread and centralized system of constitutional review, but he argues in favour of a combination of the two systems, even if only in cases of joint violation of the Charters and through the intervention of the constitutional legislator. The author considers the proposed solution admissible, since it is about a joint violation of two «typically constitutional» documents, and he admits its extensibility to the ECHR, maintaining some perplexity with reference to the other Charters (S.F.).

GIOVANNI POGGESCHI

Ridere e deridere. La satira negli USA ed in Francia fra libertà individuale ed esigenze collettive

Laugh and mock. Satire in the US and in France between individual freedom and collective needs

The author examines freedom of satire with reference to France and the USA.

The two examined countries offer common and at the same time different elements. The article analyzes satire, as part of freedom of expression, from a historical and legal perspective, pointing out some issues that arose in relation to the problem of racism (USA), to the laical state and to the relationship with religion (France). The contribution recognizes the current importance of freedom of satire also considering the evolution of technologies and diversity present in global law (S.F.).

VITTORIA BERLINGÒ

The New Italian Code of the Third Sector: towards a New Model of Welfare

The paper explores the links between the new rules of the Italian Legislative Decree no. 117 of July 3, 2017, known as Code of the Third Sector, and a specific theory on the Italian Welfare system regarding the safeguarding of social rights and other related guarantees. In particular, the paper shows how cooperation between Third Sector entities and public bodies is able to introduce a particular type of goods, called relational goods, into a specific legal area (S.F.).

ROBERTO CONTI

La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?

The law of 22 December 2017, n. 219 in a civil law perspective: what remains of the art. 5 of the civil code?

The article concerns the analysis of law no. 219/2017 (rules on informed consent and advanced treatment instructions), expected for several years, in which the role of courts' case law was decisive; the author focuses on some key parts of this piece of legislation, also referring to the ECHR's case law on the right to life and self-determination and remarking the existence of a legislative legal vacuum (some possible solutions are proposed in this regard) in law no. 269/2017 « (S.F.).

DONATELLA LOPRIENO

Regionalismo e immigrazione. Le risposte degli ordinamenti regionali italiani al fenomeno migratorio *Regionalism and immigration. The responses of the Italian regional systems to the migration phenomenon*

The article analyzes the answers provided by the Italian legal system, composed of the State and the Regions, to the migration phenomenon, examining in particular measures adopted by the most exposed Regions, namely the Southern ones. There is a difference in the approach of regional governments, in particular between the North and South of Italy, on issues of work and immigration policy, due to a different impact on the unlike geographical areas and regional interventions in the field of immigration; the Southern regions appear more inspired by the constitutional principle of solidarity, perhaps also because of the desire to counter the «ongoing loss of citizens (S.F.).

CRISTINA NAPOLI

Uno sguardo al futuro muovendo dagli errori del passato: la sfida del ricorso diretto delle minoranze parlamentari *A look at the future moving from the mistakes of the past: the challenge of direct appeal to parliamentary minorities*

Starting from the investigation about the adequacy of the tools available to the Constitutional Court and given the need to apply procedural rules also in the disputes before the Constitutional Court, the author examines the possibility for parliamentary minorities to directly lodge an application with the Constitutional Court. The author takes into account the wide scholarly debate, divided between those who are against this possibility and those who, although not totally favorable, do not exclude it a priori. The author argues that in the Italian legal system it would be possible to grant parliamentary minority the chance to bring proceedings before the Constitutional Court as an ex post review (thus, the judgment would not influence the iter legis and parliamentary minorities could not resort to this possibility for obstructionist purposes), triggered by at least one fifth of the deputies or senators; the object of the judgment could be extended, including violation of parliamentary rules (S.F.).

UGO ADAMO

Materia “non democratica” e ragionevolezza della legge *"Undemocratic" matter and reasonableness of the law*

The author analyzes the standard of reasonableness of law in relation to scientific subjects, characterized by methods and rules known only to scholars of the discipline. The author wonders what is the role of reasonableness in the choices of the legislator (which is assumed reasonable when scientific knowledge is lacking) and in the engagement of technical experts (becoming a parameter of substantive legitimacy of the legislative activity). Finally, the author analyzes some decisions of the Constitutional Court in which scientific reasonableness emerges as a criterion. In conclusion, [judgment n. 5 of 2018](#) (related to the obligation of vaccinations) is commented (S.F.).

CARLA DI MARTINO

Leggi retroattive di contenimento della spesa pubblica e giusto processo (a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 12 del 2018)

Retroactive laws to contain public spending and due process (on the sidelines of the sentence of the Constitutional Court n. 12 of 2018)

he essay deals with the limits imposed to the legislature to enact retroactive laws in “civil matters”. The existing dichotomy between the European Court of Human Rights’ and the Italian Constitutional Court’s jurisprudence on the topic is considered as well.

The European Court of Human Rights has repeatedly ruled that the legislator is not prevented from regulating, through new retrospective provisions, rights derived from the laws in force. Nevertheless, the principle of the rule of law and the notion of a fair trial enshrined in Article 6 of the European Convention of Human Rights preclude, except for compelling public-interest reasons, interference by the legislator with the administration of justice designed to influence the judicial determination of a dispute. Statutory pension regulations are liable to change and a judicial decision cannot be relied on as a guarantee against such changes in the future, even if such changes are to the disadvantage of certain welfare recipients. However, the State cannot arbitrarily interfere with the process of adjudication.

Differently, the Italian Constitutional Court tends to recognize the possibility for the legislator to enact retroactive laws, if it is sufficiently justified under the reasonableness standard (S.F.)

SIMONE PAJNO

Fino a dove si estende la competenza regionale? Le controversie su fondo e sottofondo marino dinanzi alla Corte costituzionale

How far does regional competence extend? Disputes over land and sea in front of the Constitutional Court

This work analyzes recent case law of the Italian Constitutional Court dealing with the distribution of competences with regard to the activity consisting of the exploitation of hydrocarbons deposits on the seabed within the territorial sea. The issues arising from this analysis are read in the light of international law (especially the Geneva Convention on the Continental Shelf and the Montego Bay Convention) and of the International Court of Justice's case law, specifically the so-called North Sea Continental Shelf cases (C.G.).

GIOVANNI COMAZZETTO

Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra revirements e questioni irrisolte

Lights and shadows of the dialogue between Courts: the "Taricco saga" between revirements and unresolved issues

This work deals with the "Taricco case", which was adjudicated both by the Italian Constitutional Court and the Court of Justice of the European Union. The aim of the article is to discuss how this case influenced the current relationship between these two courts and which issues are still left unsolved. To this purpose, the author, while recalling the judiciary path of the Taricco case, carefully analyses the concept of "common constitutional traditions", with a view to understanding whether and how they can be functionalized to the process of integration between different legal systems – which is entailed by the European Union experience – without giving up national identities of single states (C.G.).

CELESTE CHIARIELLO

Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale

The constitutional value of the Nice Charter: a problem still open also in the light of sentence n. 269/2017 of the Constitutional Court

First, this article analyses the European Community's (then Union's) process aimed at guaranteeing an increasingly high level of protection of fundamental rights as well as the Italian Constitutional Court's path towards European integration and the so-called counter-limits theory. Then, the study focuses on the Italian Constitutional Court's decision (judgment [n. 269/2017](#)) through which constitutional judges clarified some aspects with regard to how ordinary courts must behave when domestic law clashes with and EU law, especially when the Charter of Fundamental Rights of the European Union is concerned (C.G.).

ANTONIO RUGGERI

La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)

Human dignity and the right to have rights (problematic and reconstructive profiles)

This article is focused on the concept of human dignity. On the one hand, human dignity is analyzed from a theoretic and axiological perspective, also with regard to its relationship with fundamental rights. On the other hand, it is contextualized by referring it to several domains related to material experience, such as the beginning and the end of human life. The claim of this work is that human dignity, which is an absolute concept that cannot be measured nor balanced, both justifies and limits individual autonomy, with which, however, it does not overlap (C.G.).

SABINA STURNIOLO

The best interest of the child nella legge n. 219/2017

The "best interest of the child" in law n. 219/2017

This article examines Law 219/2017, which regulates measures to be taken when a person's life is considered no longer worthy to be lived by the person itself, with specific focus on the situation in which such individual is a child. In dealing with such topic, this work also considers cases on the comparative scenario in which the decision to interrupt life-saving treatments administered to children has been taken by doctors, believing that such a choice represented the child's best interest. The article argues that whether or not recent Italian legislation on anticipated arrangements in case of irreversible illness will be a "good law", as some commentators have already defined it, will depend on how it is applied, also with regard to children (C.G.).

ANTONIO RUGGERI

Per un nuovo statuto del Trentino-Alto Adige (chiose a margine di due documenti preparatori della riscrittura dell'atto)

For a new statute of Trentino-Alto Adige (ask in the margins of two documents preparing the rewriting of the deed)

This work examines some proposed reforms of the Statute of Italian regions with differentiated autonomy. Among them, Trentino-Alto Adige is specifically analyzed. In particular, two documents that try to draw up some guidelines for a new Statute are taken into consideration. Such documents are examined under the perspective of each aspect that they address: the relationship between the Province and the Region as well as between the latter and the State; relations with the EU and at the international level; forms of participation and cooperation between different levels of government (C.G.).

PAOLO ADDIS

Disabilità e giuramento per l'acquisizione della cittadinanza (osservazioni a Corte cost., sent. 258/2017)

Disability and oath for the acquisition of citizenship (remarks to the Constitutional Court, dec. 258/2017)

This article deals with [judgment no. 153 of 2017](#) of the Constitutional Court, focusing on the role of constitutional case law in building an effective system to protect rights of people with disabilities, which might be seriously impaired by the obligation to take the oath required by law no. 91 of 1992.

LINDA ARDIZZONE

La Consulta dichiara illegittimo il criterio della «residenza prolungata sul territorio regionale» per l'ammissione all'asilo nido: breve nota a Corte cost., sent. 107/2018 (con un sintetico rinvio a sent. 106/2018)

The Constitutional Court declares the criterion of "prolonged residence in the regional territory" illegitimate for admission to the nursery school: a brief note to the dec. 107/2018 (with a brief reference to dec. 106/2018)

Moving from the recent ruling [no. 107 of 2018 of the Constitutional Court](#), dealing with the social and educational function of nursery schools, this contribution highlights the recent tendency of the regional legislator to follow guidelines that are not consistent with principles outlined by the Constitutional Court. This trend determines different levels of protections, which the Constitutional Court strongly reproached (F.D)..

ALESSIA TRANFO

Un profilo del diritto all'abitazione: l'edilizia residenziale pubblica per gli stranieri (a margine della sent. n. 106/2018 della Corte costituzionale)

A profile of the right to housing: public housing for foreigners (in the margins of the Constitutional Court ruling No. 106/2018)

With its [decision no. 106 of 2018](#), the Constitutional Court declared the unconstitutionality of Article 4, paragraph 1, of Law no. 13 of 2017 of the Region of Liguria, which introduces a longer time residence requirement than planned at the national level, to access to public housing by foreign residents. This paper analyzing - without claiming to be exhaustive - the legislative and jurisprudential framework, through a careful examination of the right to housing (F.D).

OMAR CARAMASCHI

Dal nesso funzionale esterno alla continenza interna? Recenti tendenze in tema di insindacabilità parlamentare (nota a Corte cost., sent. n. 59/2018)

From the external functional link to internal continence? Recent trends in parliamentary prerogative (note to the Constitutional Court, judgment n. 59/2018)

In the current political context, which is very different from the past, it is necessary to rethink the boundaries of parliamentarians' freedom of expression, in order to guarantee a high level of protection of fundamental rights. [Constitutional Court's judgment no. 59 of 2018](#) seeks to find a new balance between opposite interests. The Constitutional Court apparently rules also on the existence of the prerogative within the Chamber itself, expressing an innovative tendency analyzed by the present contribution (F.D).

SIMONE FREGA

L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)

The Ilva of Taranto again before the Constitutional Court (remarks to sentence No. 58 of 2018)

Is it possible to identify a reasonable balance between market needs and workers' life in the context of an activity of national strategic interest? Or should workers' right to health be overcome by the right to work and the freedom to conduct a business? The Ilva case leads the Constitutional Court to strive to find a balance between opposite constitutional interests, on which the present work focuses through the examination of the reasoning underlying (F.D).

FULVIA PASSANANTI

Riflessioni sugli obblighi vaccinali, tra esigenze di unitarietà e ridotti spazi per le Regioni

Reflections on vaccination obligations, between the need for unity and reduced space for the Regions

Starting from the events in the Veneto Region and from Constitutional Court's [Judgment n. 5 of 2018](#), this article carefully analyzes issues related to vaccination obligation imposed on children and teenager by decree law n. 72/2017. This contribution focuses, in particular, on the complex allocation of legislative competences between the State and the Regions. The competence on vaccination may de facto fall within state competence. The state should set fundamental principles, balancing the right to be effectively treated with the right to physical and psychical integrity. The state's action should also avoid gaps between the Regions, due to the unitary interest behind vaccination issues, and ensure protection also to those who, because of specific diseases, cannot be vaccinated (F.D).

ANTONIO RUGGERI

Taricco, amaro finale di partita

Taricco, bitter end of the game

The article does not intend to go over the facts of the case but aims to highlight two profiles of the Taricco case that emerged in [sentence 115 of 2018 of the Constitutional Court](#): on the one hand, it focuses on the decision-making techniques of the Court, on the other hand the contribution focuses on institutional relationships. From the first point of view, the author identifies and justifies certain critical issues relating to the use by the Court of a pronouncement of groundlessness with substantially erga omnes effects, rather than one of inadmissibility due to irrelevance of the issue; from the second point of view, however, the author offers a personal perspective by arguing the reasons behind the thesis that the Taricco judgment is an expression of the activation of the counter limits. The article aims at studying the reasons for the change in approach of the Court, which in Ordinance 24 of 2017 referred to the common traditions and in the abovementioned sentence, instead, makes use of the constituent principles of constitutional identity. In short, the author expresses, not even too veiledly, his regret due to the choice of the Court to close in on itself and become the bearer of a model of state order separate and distinct from that of the Union (A.T.).

GIOVANNI MOSCHELLA

Risultati elettorali, ristrutturazione del sistema politico e formazione del Governo all'inizio della XVIII legislatura

Election results, restructuring of the political system and formation of the Government at the beginning of the XVIII legislature

The process of formation of the Conte's Government has raised unexpected issues, new and, regardless of political assessments, impacting at the constitutional level. Here we intend to outline the events that occurred after March 4, 2018 and proceed to the analysis of those profiles of considerable interest such as the nature of the government agreement signed between private parties that replaces the usual coalition pact, the alleged limit of the presidential power of appointment of Ministers and the doubtful configuration of the crime of attack on the Constitution (A.T.).

SILVIA TALINI

La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)

The valorisation of the terms "penalty" in the plural and condemned to the "singular" also in the matter of life imprisonment (in the margin of the Constitutional Court, judgment No. 149 of 2018)

The contribution notes the [sentence 149/2018 of the Constitutional Court](#) with which article 58-quater, c. 4, of penitentiary order, was censored, concerning the disbursement of prison benefits for prisoners sentenced to life imprisonment for the crimes of kidnapping for the purpose of extortion, terrorism or subversion that have caused the death of the kidnapped. The author draws attention to how, in a historical period in which a sort of right to security is invoked, the Council has

had the lucidity of translating the term "punishment" in the plural, imagining a multilayer system of measures and sanctions, referring educational pluralism to the individual convicted and not to the convicted as a plurality of people consecrating the illegitimacy of rules based, as the censored one, on absolute preclusions and presumptive mechanisms that look at the crime committed and not at the undeniable mutability of each person even during the course of criminal execution (A.T.).

ANTONIO RUGGERI

Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione

Constitutional model and cultural customs in terms of family, between tradition and innovation

The article explores how the Constitution, before and more than any other source of law, permanently oscillates between the intent of fidelity to its own original nature and, at the same time, hanging on to renewal and regeneration, in order to give voice to the new rights conveyed by cultural customs. In particular, the author takes his cue from the theme of family protection, its constitutional definition and its interpretation to demonstrate how cultural customs draw the boundary between what can be extracted from constitutional definitions by way of interpretation and what, instead, requires a new positization and even a constitutional revision (A.T.).

ALESSANDRO MORELLI

Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale

Solidarity, social rights and immigration in the welfare state

The article outlines how in today's welfare state there is, on the one hand, a tension between the inclusive nature of social rights (and civil rights), aimed at the pursuit of unity and cohesion through solidarity, and, on the other hand, the limited nature of political rights whose extension to everybody is precluded to Member States if they wish to safeguard their constitutional identity. The author stresses that this tension impacts on the level of protection of the rights of non-citizens. The full enjoyment of the rights of a social category is unlikely to be satisfactory for those directly concerned if they have not participated in it, including through their representatives. The article seems to demonstrate the impracticability of a split between the dimension of participation and representation (political) and that of rights (including social rights) (A.T.).

ANTONIO RUGGERI

Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile

Constitutional Court, European Courts, Common Judges: the aporias of a jurisprudential construction in progress and with variable geometry

The author does his best to analyze in depth the relations between the Courts, adopting as a visual angle the Constitutional Court and its jurisprudence, sometimes moving on to the European Courts and even the Court of Cassation. In particular, it is analyzed how the scope of action of the Constitutional Court moves, on the one hand, on the level of relations of domestic law, especially with political and institutional operators and judges, and on the other hand on the level of inter-institutional relations with the European Courts. According to the author, if the dialogue between the Courts has in some cases led to the compression of national autonomy in relation to certain institutions or rules, from the point of view of the protection of rights, instead, the confrontation with supranational judges has ensured an extension of safeguards, although the Constitutional Court in some cases has taken steps to use defense techniques that prevent the jurisprudence and supranational legislation to interfere with internal judges (think of the 269 of 2017 on the nature of the Charter of Nice) (A.T.).

ANTONIO RUGGERI

Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)

Pilate at the Constitutional Court decides not to decide, at least for now ... (on the sidelines of a statement on the Cappato case)

The contribution shows how already from the reading of the press release of the Council of 24 October 2018 on the Cappato case we can see the originality of the ordinance with which the constitutional judges have postponed to September 2019 the treatment of the question of constitutionality of Article 580 of the Criminal Code pending a desirable intervention of the legislator. The Court's decision not to decide, despite the fact that the question had already entered the discussion phase, leaves room, from a substantive point of view, for assessments regarding the orientation of the Court itself on the question subject to the constitutionality proceedings and on the possible future scenarios relating to the Cappato case; while, from a formal point of view, it allows us to observe how the Court on this occasion has had a momentum towards a fanciful procedural solution (A.T.).

ANTONIO RUGGERI

Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)
At the Constitutional Court the constitutional hircocervus was born (in the margins of ordinance No. 207 of 2018 on the Cappato case)

This comment to the Constitutional Court's decision about the "Cappato case", firstly, makes some remarks about matters of substance and, then, it focuses on the procedural aspects, with specific reference to the effects resulting from the adoption of the new type of decision. In particular, the author dwells on the consequences that the ruling of "probable deferred unconstitutionality" exercises, meanwhile, on the legislator and on ordinary judges and, expired the deadline set by the decision, on the Constitutional court itself (N.F.).

ROBERTO ROMBOLI

La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro. Un convegno per ricordare Alessandro Pizzorusso

The Constitutional Court in the face of the challenges of the future. A conference to remember Alessandro Pizzorusso

The article introduces the collection volume of the speeches developed during the conference in memory of Alessandro Pizzorusso, two years after his death. It examines the need to ponder over the tools and the procedural rules of constitutional justice, in view of the new challenges facing the Constitutional Court. Starting from the general themes of the (regulatory) autonomy of the Court and its legitimation within the constitutional system, it addresses specific reform proposals, relating to essential questions of the Court's activity, such as its composition, access routes and type of decisions (N.F.).

FABIO FRANCESCO PAGANO

Gli organi di rilevanza costituzionale di tipo "magistratuale" e l'indipendenza rinforzata della Corte dei conti nei confronti del Governo (osservazioni a margine di Corte dei conti, Sezz. riunite n. 1/2018/Cons.)

The bodys of constitutional importance of "judge-like" institutions and the reinforced independence of the Court of Audit towards the Government (observations in the margins of the Court of Audit, Joint Section No. 1/2018 / Cons.)

The provision of the law regulating public accounting and finance prescribing that a Ministry of Economy's representative shall be part of the audit committee of each public administration arises some interpretative issues regarding its application to institutions with a high degree of autonomy. This problem is the subject matter of an opinion given by the Joint divisions of the Court of Audit, which dwells on the distinction between constitutional institutions and institutions having a constitutional standing. Then, this paper examines the peculiarities of "judge-like" institutions with a constitutional standing, focusing in particular on the reinforced position of independence held by the Court of Audit itself with regard to the Executive as well as on its regulatory autonomy (N.F.).

ANTONIO RUGGERI

"Forma di governo" e "sistema dei partiti": due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?

"Form of government" and "party system": two categories that are no longer usable for constitutional theory?

Some recent political-institutional tendencies regarding the form of government and the party system (for instance, the alteration of the balance between the Parliament and the Cabinet and the debasement of the Prime minister, in addition to the involvement of the web in emptying representative democracy) caused alterations of the constitutional model such as to question these traditional doctrinal categories. The role of judges to protect the rights, even though overloaded with an improper political value, and supranational integration – in terms of "federalization" of the parties and the Courts – contain these degenerations. Considering this context, the author reflects on how to intervene, through an awareness raising compliance with constitutional duties, in order to resolve the crisis of representation and to prevent the risk of authoritarian degeneration (N.F.).

ANTONIO RUGGERI

Nota minima a riguardo di una procedimentalizzazione anomala dell'intervento del terzo nei giudizi di costituzionalità
Minimum note regarding an anomalous proceduralization of the intervention of the third party in judgments of constitutionality

This note concerns the President of the Constitutional Court's act containing directives and instructions for the Registry of the Court, concerning access to documents for those who request to intervene in the proceedings before the Court. Such act, which differs from the previous practice, precludes third party access to documents before the Court has ruled on the admissibility of the requested intervention. From the point of view of method, the adoption of these instructions through an informal act, resulting from an individual decision of the President, raises doubts. In substance, instead, the solution seems to be acceptable, as it makes the Court less exposed to the conditioning exercised by the arguments of the third party (N.F.).

ROBERTO ROMBOLI

La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano

The influence of the ECHR and the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Italian constitutional order

The influence of the European Convention on Human Rights on the sources of the Italian legal system and the relationships between the Constitutional Court and the European Court of Human Rights have undergone an evolution that concerned, on the one hand, the interpretation of the Convention itself and, on the other hand, its role as a parameter of constitutional legitimacy. This paper examines these profiles from a diachronic perspective, before focusing on the most significant cases of conflict between the abovementioned Courts and, then, on the validity and the execution of ECHR's judgements in Italy. The contribution concludes with some insights on the hypothetical EU accession to the ECHR, on the Protocol No. 16, recently entered into force, and finally on some proposed reforms aimed at allowing a more fruitful "dialogue" among the Constitutional Court and the European Courts (N.F.).

VANESSA MANZETTI

Decretazione d'urgenza ed autonomia finanziaria di entrata degli enti territoriali: profili di finanza locale

Emergency decree and financial autonomy of income of local authorities: local finance profiles

The practice for the use of decree-laws in the context of local finance, despite having had periods of weakening, especially after the historic [decision of the Constitutional Court no. 360 of October 17, 1996](#), has remained essentially constant since the years 1970s, creating a complex and multilayered field discipline, but most often characterized by impermanence and uncertainty. The resulting ripple effect is therefore a continuing need to take measures to ensure that buffer in extremis the financial equilibrium of the entities, which have come to affect all sectors of the field. And, alas, that effect has been gradually increasing in the wake of the current economic crisis and the urgent need to respect the financially compensated constraints imposed by EU, not so much with a view to strengthening the legislative branch of Government, but, more than anything, to overcome the endemic slowness of the current legislative procedure (V.M.).

2018