

LIBER AMICORUM PER PASQUALE COSTANZO

Diritto costituzionale in trasformazione

IV

I DIRITTI FONDAMENTALI NEL PRISMA DEL COSTITUZIONALISTA

2020



Liber Amicorum per Pasquale Costanzo

Diritto costituzionale in trasformazione

IV

I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista

COLLANA DI STUDI DI CONSULTA ONLINE

6

Liber Amicorum per Pasquale Costanzo

Vol. IV – I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista

Collana di studi di Consulta OnLine (E256917), 6

ISBN 978-88-945618-4-5



2020 by Consulta OnLine Associazione giuridica scientifico-culturale C.F. 90078670107

info@giurcost.it

Comitato scientifico

Paolo Caretti (Emerito Univ. di Firenze)

Riccardo Guastini (Emerito Univ. di Genova)

Annamaria Poggi (Univ. di Torino)

Roberto Romboli (Univ. di Pisa)

Antonio Ruggeri (Emerito Univ. di Messina)

Carmela Salazar (Univ. di Reggio Calabria)

Federico Sorrentino (Emerito Univ. di Roma "La Sapienza")

Comitato promotore

Allieve e Allievi dei Dottorati di ricerca

di cui il prof. Pasquale Costanzo è stato Coordinatore

nelle Università di Camerino e di Genova



Indice Volume IV
I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista

<i>Premessa</i>	V
CRISTINA GRISOLIA, <i>Ragionando sui diritti fondamentali</i>	1
RAFFAELE MANFRELLOTTI, <i>Le radici romanistiche della tutela costituzionale degli interessi legittimi</i>	11
MICHELE DELLA MORTE, <i>Tendenze e prospettive dei diritti sociali in Europa: dalla Carta di Nizza al Pilastro di Göteborg</i>	19
RAFFAELE BIFULCO, <i>Sovrappopolazione, qualità della democrazia e sviluppo sostenibile</i>	39
CATERINA DRIGO, <i>Lotta alla povertà e all'esclusione sociale: una questione di dignità? Il panorama europeo</i>	57
STELIO MANGIAMELI, <i>Istituzioni ed imprese: una collaborazione possibile. Come rendere attuabile la transizione ambientale dell'economia italiana</i>	83
PAOLA BILANCIA, <i>Dignità umana e fine vita in Europa</i>	97
ROBERTO ROMBOLI, <i>Le unioni omoaffettive tra legislatori e giudici</i>	115
ANNA PIROZZOLI, <i>La libertà di coscienza e le neuroscienze cognitive</i>	137
ANNA CIAMMARICONI, <i>La legislazione farmaceutica nell'ordinamento statunitense: un'analisi in prospettiva diacronica</i>	145
GIOVANNI CORDINI, <i>Brevi considerazioni in tema di sicurezza alimentare e garanzie per i consumatori</i>	169
SILVIO TROILO, <i>I contributi pubblici alla stampa tra principi costituzionali e discrezionalità legislativa</i>	173
LIDIANNA DEGRASSI, <i>L'industria cinematografica tra libertà e autorità</i>	181
CARLO COLAPIETRO, <i>Diritto alla riservatezza e principi di pubblicità e trasparenza: quale bilanciamento?</i>	201
GIANLUCA BELLOMO, <i>Contributo alla problematica della natura giuridica del "Data Protection Officer" (DPO)</i>	219
GIANLUCA FAMIGLIETTI, <i>Il procedimento di determinazione dello Stato competente nel più ampio disegno di de-giurisdizionalizzazione dell'esame della domanda di protezione internazionale</i>	239
SAULLE PANIZZA, <i>Una questione di (scarsa) trasparenza nella determinazione del costo medio del rimpatrio. Brevi osservazioni sulla sanzione amministrativa accessoria a carico dei datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare</i>	257
DANIELE FERRARI, <i>La nozione di minoranza musulmana davanti alla Corte di Strasburgo: il caso Molla Sali c. Grecia</i>	265
VINCENZO TONDI DELLA MURA, <i>«Esclusivamente per fini di solidarietà». La centralità della persona nella riforma del volontariato e la paradossale dinamica della solidarietà</i>	279
ROSSANA CARIDÀ, <i>L'interazione tra pubblico e privato ed il ruolo del Terzo settore, tra attuazione del principio di sussidiarietà e strumenti della finanza sociale</i>	285
ELENA BINDI, <i>La delimitazione dei confini del ne bis in idem: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice</i>	293
ANDREA BONOMI, <i>Il sindacato sul quantum delle sanzioni penali alla luce del più recente orientamento del Giudice delle leggi: fondamento, estensione, limiti e una proposta di soluzione</i>	321
ANNA LORENZETTI, <i>La giurisprudenza costituzionale sulla maternità reclusa. Il punto sullo stato dell'arte</i>	379
VALENTINA PUPO, <i>Accesso ai permessi premio nei reati ostativi: cade la preclusione assoluta in nome della funzione rieducativa della pena</i>	393
CLAUDIO PANZERA, <i>La libertà sindacale dei militari in un'atipica sentenza sostitutiva della Corte costituzionale</i>	405
LAURA RONCHETTI, <i>Antigone: praticare un'autonomia all'altezza dei doveri inderogabili</i>	413

Premessa

Il presente è il quarto di sei Tomi di cui si compone il Liber Amicorum dedicato al prof. Pasquale Costanzo.*

Il fil rouge che percorre idealmente i contributi è dato dal “Diritto costituzionale in trasformazione”: avendo colto, di esso, i numerosi Colleghi ed Amici che hanno partecipato agli Scritti in oggetto, l’importanza e centralità nel pensiero dell’Omaggiato, sempre attento all’innovazione sul versante sociale, come su quello normativo e più ampiamente istituzionale.

Gli scritti contenuti nel Tomo IV ragionano, per l’appunto, per buona parte, di aspetti della tutela dei diritti fondamentali confrontati sia con i cambiamenti etici e sociali, sia con gli sviluppi della scienza e della tecnologia.

Nel tentativo di fornire una traccia di lettura del volume, si è scelto, dunque, di esordire con gli studi di carattere più generale (M.C. Grisolia, R. Manfrellotti, M. Della Morte, R. Bifulco, C. Drigo e P. Bilancia) e di proseguire accostando gli altri, quando possibile, per affinità tematica.

Ma, più che il perseguimento di una qualche traccia sistematica, sembra importante segnalare il vario irraggiamento di situazioni soggettive dal prisma matriciale che è la dignità umana.

In questo quadro, gli studi toccano delicate problematiche familiari (R. Romboli e A. Lorenzetti), profili attinenti alla salute umana psichica e fisica (A. Ciammariconi, G. Cordini e A. Pirozzoli) o ruotanti intorno alla libertà di pensiero (S. Troilo e L. Degrassi). Né potevano mancare riflessioni sui diritti alla riservatezza (C. Colapietro) e alla protezione dei dati personali (G. Bellomo).

L’interesse dei contributori è poi attratto, si starebbe per dire, anche qui, naturalmente, dalle questioni suscitate dal drammatico fenomeno migratorio (F. Famiglietti e S. Panizza), cui potrebbe accostarsi, pur con i necessari “distinguo”, la problematica della minoranza musulmana (D. Ferrari).

Il tema della solidarietà è affrontato da angolazioni diverse, ma complementari, in due altri studi (V. Tondi Della Mura e R. Caridà), mentre anche il campo penalistico si offre con uno spaccato di estrema attualità (E. Bindi, A. Bonomi e V. Pupo).

Segue una riflessione che, per gli aspetti sostanziali (libertà sindacale dei militari di C. Panzera), arricchisce di un ulteriore tessera il mosaico dei nuovi o rinnovati diritti che trovano posto nel volume.

Conclude la raccolta una riflessione (L. Ronchetti) sul necessario risvolto dei diritti fondamentali (in certo modo sintetizzabili nell’autonomia individuale), ossia sulla “consapevolezza dell’interdipendenza, anche inter-individuale, insita nella dimensione sociale e politica”.

Lara Trucco

Gli altri Tomi vertono, rispettivamente, su:

- I: Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale
- II: Il diritto pubblico della pandemia
- III: Nuovi scenari per la giustizia costituzionale e sovranazionale
- V: La democrazia italiana in equilibrio
- VI: Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale.

MARIA CRISTINA GRISOLIA
Ragionando sui diritti fondamentali*

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

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

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

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

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

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

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

La distinzione non appaia troppo ovvia e scontata.

E’ su questa complessa e dinamica relazione (non necessariamente unidirezionale, ma piuttosto contraddistinta da reciproche influenze) che si è, infatti, sviluppato tutto il percorso evolutivo legato

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

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

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

alla loro crescita. Crescita che, proprio in quanto collegata al momento storico in cui essi si affermano è - come è noto - comunemente scandita dalla loro classificazione per "generazioni": i diritti di prima generazione in cui rileva soprattutto la libertà anche politica di agire dell'individuo; quelli della seconda generazione dove emerge accanto al profilo negativo, la dimensione positiva dei poteri pubblici per rendere compiuta la loro effettività (mi riferisco naturalmente alla nascita dei diritti sociali); i diritti della terza generazione i quali manifestano una stretta attinenza agli interessi generali oltre che ad istanze di solidarietà (Il diritto all'ambiente salubre; il diritto alla qualità della vita); i diritti infine della quarta generazione, ancora in attesa di un loro definitivo riconoscimento, legati allo sviluppo della ricerca scientifica e del progresso tecnologico (il diritto all'uso della "rete", il diritto a morire in modo dignitoso, il diritto all'integrità del proprio patrimonio genetico).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Così anche di recente A. RUGGERI, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2015/1, 56.

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

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

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

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

Da quanto detto fino ad ora, infatti, il convitato di pietra di questo processo è proprio il Parlamento: oggi al centro della crisi che affligge gli istituti della rappresentanza politica che ne ha ridimensionato fiducia ed autorevolezza; spesso incerto e lento nelle decisioni da prendere, se non latente e privo di una sua progettualità nella disciplina e nella tutela di diritti ormai costituzionalmente riconosciuti.

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

In breve, i fatti, peraltro assai noti.

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

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

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

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

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

ha le sue ragioni nella indipendenza ed autonomia della magistratura e nell'obbligo ad essa imposto del rigoroso rispetto delle procedure che ne guidano l'operato⁸.

E' questa una tesi, da molti autorevolmente condivisa (penso in primo luogo a Paolo Grossi e a Maurizio Fioravanti⁹), ma altrettanto autorevolmente criticata da chi, invece, mette in guardia nei confronti di ricostruzioni le quali, sottraendo alle istanze democratiche la decisione sui diritti, rischiano di avallare operazioni aristocratiche che potrebbero pericolosamente consegnare il governo dei diritti nelle mani di soggetti privi di alcuna responsabilità; sollevando, invece, i soggetti che tale responsabilità hanno, dal dovere di rispondere con la dovuta rapidità e certezza alle istanze che provengono dalla società¹⁰.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹ Su cui V. BALDINI, *op. cit.*, 36.

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

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

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

La questione ci riguarda da vicino.

Come è noto la prima applicazione dei controlimiti da parte della Corte costituzionale è avvenuta, a ben più di trenta anni di distanza dalla sua teorizzazione, nel notissimo caso Taricco. Caso nel quale il nostro giudice costituzionale, ben intenzionato a raggiungere un diverso risultato (che riconoscesse questa volta prioritaria la tutela di principi fondamentali quale quello di legalità della legge penale), ha dovuto avviare una complessa interlocuzione con la Corte di giustizia, inizialmente poco disposta ad aperture a favore del nostro ordinamento, dando così, a tacer d'altro, nuova prova degli ancora non del tutto superati ostacoli e vischiosità che ancora accompagnano la difesa di principi fondamentali nei rapporti interordinamentali.

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

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

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

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

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

¹³ Corte costituzionale, sentenza n. 269/2017, punto 5.2 del considerato in diritto.

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

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

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

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

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

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

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

E, tuttavia, nonostante ciò, la questione è più delicata di quanto possa apparire all'apparenza. E questo in quanto investe una materia, quella legata alla regolamentazione del fenomeno migratorio, che, proprio perché impone il difficile bilanciamento tra interessi di primario rilievo (la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, da un lato, la garanzia di diritti fondamentali di individui spesso soggetti a forme di violenza e repressione, dall'altro), è lasciata alla piena discrezionalità del

¹⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 20/2019 punto 2.1 del considerato in diritto.

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

Legislatore. Il quale - come la stessa Corte ha più volte sottolineato – è libero di operare le scelte ritenute più opportune nei limiti, naturalmente, del rispetto dei trattati internazionali e della Costituzione e sempre che – come ancora la Corte ha sottolineato – tali scelte non risultino manifestamente “irragionevoli”¹⁶.

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

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

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

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

Mi riferisco alla lettera inviata da Mattarella al Presidente del Consiglio all’atto dell’emanazione del primo decreto legge, con la quale il Capo dello Stato ricordava il necessario rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali. In particolare – concludeva il Presidente – “quanto direttamente disposto dall’art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall’Italia”¹⁷.

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

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

Infine, la stessa magistratura, chiamata a controllare la legittimità dei divieti imposti dal ministro dell’interno alle navi che trasportavano naufraghi, è più volte intervenuta a favore degli stessi, garantendo loro, aldilà dei veti imposti, la necessaria assistenza (emblematico il provvedimento del Presidente del Tar Lazio il quale ha risolto la difficile situazione in cui si trovavano alcuni migranti a bordo di una delle ONG che svolgevano azioni di soccorso - la Open Arms - decretando la

¹⁶ Fra le molte, vedi la sentenza n. 148 /2008, punto n. 3 del considerato in diritto.

¹⁷ V. la lettera del 4 ottobre 2018.

¹⁸ V. la lettera dell’8 luglio 2019.

¹⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 194 del 2019.

²⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 194 del 2019, punto n. 7.8 del considerato in diritto.

sospensione cautelare del provvedimento che ne aveva vietato l'ingresso in acque territoriali per valutazione contraddittoria dei fatti oggetto del provvedimento medesimo²¹.

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

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

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

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

RAFFAELE MANFRELOTTO

Le radici romanistiche della tutela costituzionale degli interessi legittimi

SOMMARIO: 1. Il problema dell'identificazione delle dottrine generali del diritto pubblico in rapporto alla realtà storica dei singoli ordinamenti. – 2. Il concetto di interesse legittimo nell'esperienza costituzionale contemporanea. – 3. Gli interessi legittimi nelle Pandette giustinianee. – 4. Il ruolo della cultura giuridica romanista nella formazione della Costituzione: in particolare, la figura di Giorgio La Pira.

1. Il problema dell'identificazione delle dottrine generali del diritto pubblico in rapporto alla realtà storica dei singoli ordinamenti.

L'aspirazione alla ricerca di elaborazioni concettuali oltre la storia, e dunque non sottoposte alla consunzione del tempo, ha accompagnato il pensiero giuridico sin dai suoi albori.

Nel diritto pubblico italiano, tale aspirazione si è manifestata in maniera particolarmente vigorosa negli studi condotti dagli ultimi anni della Seconda Guerra Mondiale all'entrata in vigore della Costituzione. In quegli anni la dottrina italiana, impossibilitata a ragionare di un diritto positivo incerto e cangiante, valorizzò il concetto di diritto pubblico generale, sorto negli anni precedenti. Quest'ultimo era finalizzato allo studio dell'essenza immutabile dei fenomeni giuridici e veniva contrapposto al diritto pubblico positivo, dedicato alle manifestazioni concrete di un ordinamento giuridico determinato. Cosa fosse di preciso il diritto pubblico generale, però, troppo vicino alla filosofia del diritto, e dunque troppo esposto al pericolo di smarrire la sua qualità di scienza giuspositiva, è domanda a cui gli illustri Maestri a cui si deve l'introduzione del concetto in Italia hanno dato risposte diverse.

Non senza contraddizioni, il fondatore del metodo giuridico negli studi di diritto pubblico, che così vigorosamente aveva messo in guardia dalle speculazioni filosofiche che tolgono agli studi pubblicistici la propria autonomia scientifica¹, ammetteva tuttavia la possibilità di definire concetti *a priori*, assoluti, costruzioni di pura logica indipendenti da ogni forma positiva e validi, nella loro essenzialità, per tutti gli ordinamenti statali (che ad avviso dell'illustre Autore rappresentavano l'esclusivo oggetto di studio del diritto pubblico)²: le entità che agiscono nel mondo giuridico sarebbero già presenti nella natura e nella società, e il diritto non farebbe altro che prendere atto della loro esistenza senza potervi incidere se non al prezzo di porsi in contraddizione con la realtà³. Le categorie della sovranità, della volontà generale (ossia, della legge), dell'amministrazione, della giurisdizione, dell'organo, della funzione, della libertà, avrebbero dunque presentato un nucleo di senso logico, immutabile, il cui studio avrebbe dovuto rappresentare l'oggetto del diritto pubblico generale.

Si tratta, peraltro, di un'impostazione preconizzata nel XIX secolo dalle elaborazioni di teorie generali dello Stato diffuse soprattutto in Germania, che ha poi avuto molta fortuna in Europa: a questo approccio ricostruttivo si deve, ad esempio, la fondazione della c.d. dottrina pura del diritto, condotta secondo categorie logico-giuridiche svincolate da qualsivoglia considerazione di carattere

¹ V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Diritto pubblico generale*, Milano, 1940, 14 ss. Ma la distinzione risale alla dottrina generale dello Stato diffusasi nella Germania del XIX secolo nell'ambito della riflessione filosofica: cfr. R. VON MOHL, *Encyclopädie der Staatswissenschaften*, Tübingen, 1872, 174 ss.

² V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1912, 42 ss.

³ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1950, 128 ss.; A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, tr. it., Milano, 1990, 4 ss.

storico o contingente⁴ (e in ciò sarebbe dovuta consistere, appunto, la “purezza” della ricostruzione).

La ricostruzione dei fondamenti *a priori* del fenomeno giuridico, di concetti da cui esso non possa prescindere e perciò immutabili, è una aspirazione senz'altro comprensibile e seducente quanto quella dell'essere umano all'immortalità, all'affrancamento dalla storicità e dal contingente: ma l'essere umano è mortale, e storiche e contingenti sono le sue opere, ivi comprese le elaborazioni del proprio pensiero. Poiché il diritto è un fenomeno sociale, i suoi istituti e le sue categorie sono dunque, essenzialmente, fenomeni storici. Il presupposto della dottrina *a priori* del diritto riposa sulla confusione tra i concetti giuridici e la realtà che essi qualificano dal punto di vista dell'ordinamento⁵. Nessuno degli strumenti concettuali del diritto, e in particolare del diritto pubblico, possiede una validità assoluta, svincolata dall'ordinamento che lo contempla in un determinato momento storico quale espressione della società che l'ordinamento stesso va a regolare⁶: dal punto di vista filosofico, i concetti giuridici sono pseudoconcetti, privi di qualsivoglia universalità e circoscritti a singoli ambiti storicamente determinati⁷.

Il diritto pubblico, quale sistema di regole che definiscono il legittimo esercizio della volontà politica, è una realtà storica, perché strumentale alla regolazione di un fenomeno contingente⁸. La dottrina dei fondamenti *a priori* del diritto, nel momento in cui astrae l'oggetto del proprio studio e lo svincola dal diritto positivo, abbandona fatalmente la metodologia propria delle scienze giuridiche, che non può in alcuna misura prescindere dai dati positivi, dalla volontà normativa storicamente manifestata⁹, per degradarsi a sistema ideale o filosofico il cui rapporto con il diritto positivo appare ambiguo nel momento in cui ci si trova di fronte all'evidenza di soluzioni in contraddizione con la ricostruzione *a priori* degli istituti: quando ciò viene constatato senza che possa discenderne alcuna sanzione di illegittimità¹⁰, non si fa altro che negare la natura giuridica del sistema *a priori*. Il diritto non può dunque prescindere dalla realtà che regola, e poiché tale realtà è calata nella storia, esso è, essenzialmente, un fenomeno storico, sia che si proponga di conservare tale realtà sociale perché conforme ad un certo disegno politico, sia che si proponga di modificarla secondo un disegno politico differente.

Sotto altro profilo, però, la constatazione del diritto come fenomeno storicamente determinato lega ciascuna delle soluzioni accolte dall'ordinamento alla filosofia politica e alle elaborazioni dottrinarie formatesi, nel corso dei secoli, sulle problematiche sottese a tali soluzioni, per continuità o per opposizione: molte delle categorie presenti nella Costituzione sono ispirate alle elaborazioni concettuali e filosofiche sorte precedentemente, per cui non si può comprendere il sistema del diritto costituzionale positivo indipendentemente dai propri fondamenti storici e filosofici. Nella loro maggior parte, tali fondamenti sono stati elaborati dal costituzionalismo, ma hanno assunto una compiuta teorizzazione giuridica solo successivamente, nel corso della riflessione sulle categorie di derivazione romanistica e su quelle della filosofia idealista da parte della scuola storica tedesca del XIX e dell'inizio del XX secolo: ciò ne rende quanto mai attuali gli Autori, cui si debbono tante categorie sulle quali si è formata la dottrina italiana, poi trasfuse nel sistema costituzionale.

⁴ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, 1966.

⁵ H. L. A. Hart, *L'ascrizione di responsabilità e di diritti*, in *Contributi all'analisi del diritto*, tr. it., Milano, 1964, 22 ss.

⁶ F. C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1828, 8 ss.; R. von Jhering, *Der Kampf um's Recht*, Berlin, 1992 (rist.), 69 ss.

⁷ S. Pugliatti, *La logica e i concetti giuridici*, ora in *Diritto civile. Metodo – teoria – pratica*, Milano, 1950, 668.

⁸ R. Thoma, *Einleitung*, in *Handbuch des Deutschen Staatsrecht*, a cura di G. Anschütz – R. Thoma, Tübingen, 1930, 6.

⁹ O. von Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, Tübingen, 1915, 8 ss.; K. G. Wurzel, *Das juristische Denken*, Wien und Leipzig, 1924, 29.

¹⁰ A. Reinach, *I fondamenti a priori del diritto civile*, cit., 171 ss.

Lo scopo del presente lavoro è dimostrare come ciò sia vero, in particolare, per le categorie costituzionali che definiscono le posizioni giuridiche soggettive e, in particolare, per la categoria dell'interesse legittimo.

2. Il concetto di interesse legittimo nell'esperienza costituzionale contemporanea.

Tradizionalmente l'interesse legittimo è considerato una categoria giuridica circoscritta al solo ordinamento italiano, profondamente condizionata dal dibattito politico che precedette e poi accompagnò l'istituzione della legge sulle funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato alla fine del XIX secolo. Si tratta, come è noto, di un concetto controverso, di cui gli studiosi hanno offerto ricostruzioni diverse ciascuna delle quali legata alla temperie storico-culturale e alla concezione del rapporto tra autorità e libertà in cui ciascuna di siffatte ricostruzioni ha visto la luce.

La tesi oggi prevalente valorizza il ruolo partecipativo della persona all'esercizio delle funzioni amministrative, individuando nel procedimento un fattore di legittimazione della funzione proprio in ragione dell'ingresso di interessi diversi da quelli immediatamente riconducibili all'autorità amministrativa la cui ponderazione e, in quanto possibile, il cui temperamento riconduce la funzione stessa al principio di democratico declinato come appartenenza della sovranità al popolo¹¹. Si è dunque definito l'interesse legittimo come una posizione giuridica soggettiva avente ad oggetto un'utilità dipendente dall'esercizio di una funzione amministrativa, e consistente nell'attribuzione al titolare di facoltà e strumenti atti ad influire sulla discrezionalità insita nell'esercizio della funzione in modo da orientarla verso la realizzazione della pretesa all'utilità¹². L'interesse legittimo si sgancia, in questo modo, dal processo per rilevare, già a monte, al momento del procedimento: procedimento e processo vengono, anzi, unificate, attraverso l'interesse legittimo, nelle due forme con cui si esplica la funzione amministrativa¹³.

Ne deriva che la posizione soggettiva di interesse legittimo esprime un'istanza partecipativa del titolare nei confronti di un'autorità pubblica, e tutela la facoltà di questi di influenzare l'esplicazione della discrezionalità dell'autorità medesima quanto all'apprezzamento della coincidenza tra l'interesse particolare e l'interesse generale; si può dunque dire che il nucleo di senso dell'istituto in esame risiede nella garanzia del dialogo tra il cittadino e l'autorità e nella tutela dell'aspettativa al razionale esercizio dell'autorità stessa, tenuta a rispettare l'utilità privata ove non sussista un interesse pubblico che ne imponga il sacrificio.

Così ricostruito, il concetto di interesse legittimo – al di là della terminologia utilizzata - esprime un'esigenza di ogni ordinamento non autocratico, che si fondi cioè sulla ragionevolezza e non sull'assoluta volontà del soggetto pubblico. Da questo punto di vista, appare riduttivo circoscriverne la portata al solo ordinamento italiano.

Chi scrive ha già avuto modo di osservare che una figura soggettiva riconducibile al modello dell'interesse legittimo, peraltro espressamente qualificata come «*legittimo interesse*», è presente nello stesso ordinamento dell'Unione Europea, almeno secondo una consolidata giurisprudenza relativa alle funzioni della Commissione in materia di tutela della concorrenza¹⁴. Già questo basterebbe per fare giustizia dell'opinione, tanto radicata quanto indimostrata e, anzi, smentita dai

¹¹ M. NIGRO, *Ma che cos'è quest'interesse legittimo? interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione* in *Foro it.*, 1987, V, 481.

¹² M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 96.

¹³ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 136.

¹⁴ Per una disamina della giurisprudenza citata sia consentito il rinvio, ove il lettore lo desideri, a R. MANFRELLOTTI, *Biotecnologie e regolazione tecnica: la giurisprudenza comunitaria sui meccanismi di tutela*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, a cura di A. D'ALOIA, Torino, 2005, 371 – 385.

fatti, per cui l'interesse legittimo sarebbe una "invenzione" tutta italiana, negletta e destinata a scomparire nella prospettiva dell'integrazione comunitaria.

Ciò che si vuole, in questa sede, dimostrare è tuttavia che l'interesse legittimo fa parte del patrimonio giuridico comune della civiltà occidentale, veicolato dall'esperienza giuridica romana e giunto sino a noi per il tramite di questa, quale espressione irrinunciabile di coerenza logica o, se si vuole, di democraticità di un ordinamento ispirato alla *ratio* e non alla mera *voluntas*.

3. Gli interessi legittimi nelle Pandette giustinianee.

La dottrina romanistica¹⁵ ha individuato una prima attestazione dell'esistenza di una posizione soggettiva ragguagliabile all'interesse legittimo in un passo del giurista Paolo (III sec. d.C.) relativo agli *interdicta*, ossia a provvedimenti che il pretore adottava «*ne cives ad arma veniant*» e dunque finalizzati al mantenimento dell'ordine pubblico¹⁶. Il passo in questione è trasfuso nelle Pandette giustinianee ed è del seguente tenore letterale:

Non est singulis concedendum, quod per Magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi (Pau. D. 50.17.176).

L'*interdictum* pretorile tutelava, in buona sostanza, un interesse privato nell'ipotesi in cui esso coincidesse con l'interesse pubblico alla pace sociale («*ne occasio sit majoris tumultus faciendi*»), e nei limiti in cui il pretore apprezzasse discrezionalmente tale coincidenza tra l'interesse del *singulus* e il predetto interesse pubblico. «La tutela era accordata perché l'interesse privato coincideva con l'interesse pubblico alla pace sociale, e dunque era quel che chiamiamo oggi un interesse legittimo»¹⁷.

Questa ricostruzione è confortata da altri passi del Digesto. Particolarmente significativo, nella prospettiva del presente lavoro, è l'interdetto *ne quid in loco publico fiat*, la cui clausola edittale è riportata da Ulpiano (II-III sec. d.C.) in Ulp. D. 43.8.2pr.:

Praetor ait: Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. De eo quod factum erit interdictum non dabo.

L'interdetto aveva la finalità di tutelare la destinazione pubblica di una *res*, minacciato dall'abuso perpetrato da un privato. La tutela poteva essere attivata da un *quivis de populo* che, nel ricondurre a legittimità l'utilizzo della *res*, esprimeva altresì un interesse dell'intera collettività restituendo il bene alla fruibilità collettiva. Si è osservato¹⁸ che, in tal caso, il singolo non faceva valere il proprio *dominium* privato sulla *res*, ma agiva in quanto membro del *populus Romanum* e al fine di

¹⁵ V. GIUFFRÉ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*, Napoli, 2010 (rist.), 60 ss.

¹⁶ Ancorché il pretore fosse una magistratura fornita di *iurisdictio*, esso non è ragguagliabile al concetto di giudice quale affermatosi nell'esperienza del costituzionalismo ma si trattava, piuttosto, di un organo finalizzato alla salvaguardia della pace sociale, e perciò portatore di un interesse pubblico in tal senso (G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, 115 ss.). Si trattava di un ruolo confermato dall'originaria derivazione militare di questa magistratura, testimoniata dalla stessa etimologia del nome (cfr. M. T. VARRONE, *De lingua latina*, V, 14: «*Praetor dictus qui praeiret iure et exercitu*»).

¹⁷ V. GIUFFRÉ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana*, cit., 61.

¹⁸ C. CORBO, *Diritto e decoro urbano in Roma antica*, Napoli, 2019, 62 ss.

proteggere gli interessi di quest'ultimo espressi da ciascuno dei cittadini e concretantesi, nel caso di specie, nell'indisponibilità delle *res publicae* e nel carattere perpetuo della loro destinazione.

La dimensione pubblica dell'interesse fatto valere dal privato è particolarmente evidente nei passi di Giuliano (II sec. D.C.) e dello stesso Ulpiano che seguono immediatamente, nella compilazione giustiniana, il luogo appena citato:

Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet: alioqui inane et lusorium praetoris imperium erit (Iul. D. 43.8.7);

Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium. Si tamen obstet id edificium publicum usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debet id deponere, aut si non obstet, solarium ei imponere: vectigal enim hoc sic appellatur solarium ex eo, quod pro solo pendatur (Ulp. D. 43.8.2.17).

Secondo la disciplina che scaturisce dai frammenti riportati, l'interdetto pretorile non poteva tutelare la pretesa alla demolizione del manufatto abusivo al fine di non compromettere il decoro urbano (*ne ruinis urbs deformetur*), a meno che l'opera non pregiudicasse l'*usus publicum*; al pretore era dunque attribuito l'apprezzamento discrezionale circa la consistenza dell'interesse pubblico alla destinazione collettiva del bene, da contemperarsi con l'interesse paesaggistico urbano, che poteva comportare la frustrazione dell'aspettativa del singolo quanto alla demolizione dell'opera e la condanna dell'autore dell'illecito edilizio alla corresponsione di un canone periodico (*vectigal* o *solarium*).

La parte finale di Ulp. D. 43.8.2pr. («*interdictum non dabo*») è particolarmente significativa, nella prospettiva del presente studio, quanto all'identificazione della posizione soggettiva dell'autore dell'opera abusiva. Un'autorevole dottrina¹⁹ ha infatti rilevato come la clausola edittale «*iudicium dabo*» implicava il riconoscimento di una posizione giuridica soggettiva consistente nell'imposizione della volontà del titolare al soggetto passivo del rapporto, ossia di un diritto soggettivo.

Nel caso di specie, tale posizione giuridica non era, evidentemente, configurabile per espressa *denegatio actionis* del pretore, e tuttavia non può neppure ritenersi che l'interesse dell'autore dell'illecito fosse assolutamente privo di rilevanza giuridica in ragione della disciplina complessiva cui s'è fatto cenno. Può dunque trarsi una prima conclusione: Ulp. D. 43.8.2pr. fa riferimento ad un interesse giuridicamente rilevante ma non configurabile come diritto soggettivo.

La disciplina giustiniana sommariamente descritta presenta una *ratio* non dissimile da quanto disposto, nell'ordinamento italiano vigente, dall'art. 34, co. II d.P.R. n. 380 del 2001. Anche la disposizione citata contempla l'ipotesi in cui un manufatto abusivo non possa essere abbattuto, a seguito di un accertamento delle difficoltà tecniche ostanti all'abbattimento medesimo da parte dell'Ufficio tecnico comunale.

Sebbene la norma non faccia riferimento al decoro urbano, la logica della sostituzione della sanzione dell'abbattimento con una sanzione pecuniaria in presenza di un interesse pubblico in tal senso appare analoga al disposto di D. 43.8.17, e analoga appare la configurazione degli interessi privati coinvolti dall'azione pubblica, i quali trovano realizzazione solo se e nei limiti in cui coincidenti con un interesse pubblico preminente.

¹⁹ G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., 141.

Ne consegue che l'ordinamento romano conosceva una posizione soggettiva nella quale l'interesse meritevole di tutela non era rimesso alla mera volontà del titolare²⁰, bensì soddisfatto solo in ragione della sua coincidenza con il benessere della collettività, della quale il titolare era una sorta di espressione rappresentativa.

Tale posizione soggettiva possedeva, dunque, una vocazione sociale, perché il titolare non agiva nel suo esclusivo interesse ma, appunto, quale portatore di un interesse comune a tutta la collettività, e riceveva tutela solo in ragione di tale coincidenza, apprezzata discrezionalmente dall'autorità pubblica, tra la sua posizione soggettiva e l'interesse della cittadinanza.

Come sembra evidente, la posizione soggettiva in questione sembra coincidere, nella sua sostanza, con quello che nell'ordinamento costituzionale vigente è definito interesse legittimo. Si può quindi concludere che tale categoria sia presente, nelle sue linee portanti, nell'ordinamento romano analogamente a quella del diritto soggettivo.

4. Il ruolo della cultura giuridica romanista nella formazione della Costituzione: in particolare, la figura di Giorgio La Pira.

L'esperienza giuridica romana ha avuto un ruolo non piccolo nella formazione della Costituzione italiana, se non altro perché ha permeato la formazione dei giuristi presenti in Assemblea Costituente. Tra essi, uno dei più autorevoli e, altresì, uno dei più attivi nella formazione del testo costituzionale era, appunto, un valoroso romanista: Giorgio La Pira.

Il maggiore contributo del La Pira è stato indirizzato, neanche a dirlo, alla parte della Carta relativa ai rapporti civili; dell'illustre Maestro è ricordata, in particolare, la *Relazione sui principi relativi ai rapporti civili*, oggetto di un serrato dibattito nella prima Sottocommissione dal 9 all'11 settembre 1946²¹. Il contributo di La Pira in Assemblea Costituente si è caratterizzato, in particolare, per lo strenuo impegno teso ad affermare l'osmosi tra i diritti del singolo e quelli della collettività, in una visione dichiaratamente organicistica²² nella quale il singolo costituisce articolazione della comunità che, per il suo tramite, opera nella realtà e, dunque, anche nella realtà giuridica.

Si tratta di una visione non estranea, come si vede, alla concezione del *cives* nei passi pandettistici riportati al paragrafo che precede. La visione del cattolicesimo sociale, che tanta parte ebbe nella formazione del La Pira e che ne ispirò senz'altro le tesi, coincide, per i profili che in questa sede interessano, con la visione romanistica nella quale l'interesse pubblico costituisce un elemento condiviso tra tutti i membri della collettività, i quali ne sono naturalmente portatori e perciò legittimati ad attivare le tutele che l'ordinamento romano predisponendo per la sua realizzazione. In altri termini, l'interesse legittimo, per come espresso nella sua protoforma romanistica, possedeva una valenza sociale tale che il cittadino era parte attiva nella salvaguardia dell'interesse pubblico di cui egli stesso era portatore e che, per questo, si calava nella concretezza della società ed era da questa espresso, e, per altro verso, garantiva la derivazione sociale del medesimo interesse pubblico che, in assenza, sarebbe rimasto una realtà al di fuori della storia.

Nella concezione giusromanistica l'interesse legittimo non era dunque funzionale alla dialettica tra autorità e libertà ma costituiva, al contrario, in qualche misura un elemento di continuità tra i

²⁰ La questione del "dogma" della volontà come elemento centrale delle posizioni giuridiche soggettive non trova una trattazione *ex professo* nelle fonti romane; si tratta, come è noto, di una ricostruzione della Pandettistica tedesca del XIX secolo (cfr. F. K. VON SAVIGNY, *System der heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, 3 ss.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, tr. it., Torino, 1902, 264 ss.

²¹ U. DE SIERVO, *Giorgio La Pira e l'elaborazione della Costituzione italiana*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, a cura di M.P. BACCARI e C. CASCIONE, I, Napoli, 2006, 90 ss.

²² Riferimenti testuali in U. DE SIERVO, *Giorgio La Pira*, cit., 85 ss.

due, tale che la libertà del cittadino si estrinsecava anche nella possibilità di quest'ultimo di attivarsi per realizzare l'interesse generale. Non vi è, nella visione romana, alcun elemento individualistico o, se si vuole, egoistico (come, all'opposto, accadeva per il diritto soggettivo): il cittadino opera come membro della collettività e parte di essa, al fine esclusivo di far valere un interesse della collettività medesima.

L'accentuazione della dimensione sociale su quella individualistica costituisce, come si è detto, un tratto caratterizzante dell'opera politica del La Pira in Assemblea Costituente; opera che, tuttavia, ebbe sempre cura di affermare la derivazione del diritto, e perciò dell'interesse pubblico, dalla persona, e per converso la priorità logica della persona rispetto allo Stato, coerentemente, ancora una volta, con la tradizione romanistica²³. In questa prospettiva, anche il popolo, titolare della sovranità, doveva essere inteso quale moltitudine organizzata di singoli, e perciò non disgiunto, concettualmente, da questi, in esplicito contrasto con una visione astratta che riconduceva il popolo allo Stato²⁴.

La centralità della persona nell'impianto costituzionale e il richiamo alla concezione romanistica sul punto consentono, ad avviso di chi scrive, di recuperare le conclusioni di cui *supra* anche a proposito del concetto di interesse legittimo. Nell'ordinamento liberale esso era stato concepito in una prospettiva processuale, di contrapposizione tra il cittadino e l'amministrazione; questa concezione, però, coglie in misura parziale l'essenza dell'istituto, che è invece uno strumento di dialogo teso a consentire alla persona la partecipazione alla formazione dell'interesse della collettività di cui è parte attiva. Come si è detto, l'interesse legittimo identifica, in primo luogo, un'istanza partecipativa, e solo secondariamente l'esigenza di tutelare nelle sedi processuali i casi in cui tale dialogo non ha dato frutto.

Il principio del giusto procedimento, oggi previsto dalla l. n. 241 del 1990, esprime un'esigenza dello Stato sociale, quella del concorso del singolo alla realizzazione dell'interesse pubblico concretamente perseguito dall'autorità pubblica; una sorta di prosecuzione concettuale del diritto di partecipazione politica all'esercizio della sovranità che ha nell'art. 48 Cost. la sua formulazione più caratteristica e, tuttavia, non l'unica; particolarmente in una realtà statale in cui l'amministrazione ha visto crescere i propri compiti e le sue funzioni costituzionali²⁵. Ed è un'esigenza, questa, propria di ogni ordinamento che affermi la strumentalità dell'autorità rispetto alla libertà, e che, dall'esperienza giuridica romana, giunge sino a noi, nella Carta costituzionale, che a quell'esperienza giuridica di tanto è debitrice.

²³ P. CATALANO, *Alcuni principi costituzionali alla luce della dottrina di Giorgio La Pira*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, cit., 114 ss., riporta alcune pagine del La Pira tese ad affermare la preminenza della persona sullo Stato, che per lo studioso si trovava espressa "magistralmente" in Herm. D. 1.5.2: *Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit: primo de personarum statu, ac post de ceteris ordinem Edicti perpetui secuti, et his proximos atque conjunctos applicantes titulos, ut res patitur, dicemus*.

²⁴ P. CATALANO, *Alcuni principi costituzionali alla luce della dottrina di Giorgio La Pira*, cit., 116 ss. L'A. richiama alcune pagine del La Pira in cui sono citate opere di Cicerone (*De Rep.*, I, § 39) e di Alfeno Varo (in D. 5.1.76).

²⁵ E. FORSTHOFF, *Il problema politico dell'autorità*, tr. it., in *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. AMIRANTE, Milano, 1973, 137 ss.

MICHELE DELLA MORTE

**Tendenze e prospettive dei diritti sociali in Europa:
dalla Carta di Nizza al Pilastro di Göteborg**

SOMMARIO: Brevi cenni sui diritti sociali nella Carta di Nizza. – 2. I limiti della Carta ed il problema del bilanciamento. – 3. La filosofia sociale dell'Unione. – 4. La crisi del modello duale. – 5. La risposta della Corte di giustizia. – 6. Il Pilastro dei diritti sociali. – 7. La strategia di attuazione: problemi aperti.

1. Brevi cenni sui diritti sociali nella Carta di Nizza

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, solennemente dichiarata a Nizza in data 7 dicembre 2000, contempla e promuove un numero significativo di principi e diritti ritenuti essenziali per la tenuta e l'implementazione del modello sociale europeo¹. Essi, come è noto, hanno quali destinatari le istituzioni, gli organismi, gli uffici e le agenzie dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà nonché gli Stati membri nella misura in cui diano attuazione alla normativa dell'Unione europea. Si tratta di un documento molto noto e commentato, tanto nelle premesse metodologiche e culturali che hanno condotto alla sua proclamazione, quanto in relazione alle sue potenzialità e ai suoi limiti, di applicazione e di efficacia². Per quanto non inserita formalmente nel testo del Trattato di Lisbona, così da indurre la dottrina a parlare di una sua "decostituzionalizzazione", la Carta ha assunto, a seguito dell'entrata in vigore del suddetto Trattato, valore vincolante sul piano giuridico, pur non estendendo in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati³. L'art. 6 del Trattato, nella sua versione consolidata, recita, peraltro, che "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati".

In relazione ai diritti relativi al campo sociale, oggetto di questa analisi, va ricordato che la Carta, ai sensi del suo preambolo, ha valenza prevalentemente ricognitiva, riaffermando, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, disposizioni precedentemente dedicate ai diritti, derivanti, in particolare, dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte europee in materia sociale nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e da quella della CEDU⁴. A conferma di tale dato, il titolo IV della Carta dei diritti fondamentali, significativamente dedicato alla solidarietà, proclama numerosi diritti già menzionati dalla Carta sociale europea riveduta e dalla Carta

¹ A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, in *Giur. cost.*, 2001, 1, 193 ss.; S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla carta europea dei diritti fondamentali*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2001, 168 ss.; A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.

² Cfr. P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2008 (8.VI.2008), secondo il quale con l'approvazione della Carta di Nizza si realizza "il più avanzato tentativo di costituzionalizzazione dei diritti sociali" in Europa. Una valutazione critica della sistemazione dei diritti sociali in epoca precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona in M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 2000, 367 ss.; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali. I limiti di applicazione*, Milano, 2018. In argomento, con rilievi critici, v. anche A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in *Id.*, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 2016, spec. 119 ss.

³ A. LUCARELLI, *Il modello sociale*, cit., 124.

⁴ C. De FIORES, *Diritti e giurisdizione nell'Unione europea*, in *Democrazia e Diritto*, 3-4, 2011, 251, che segnala la valenza prevalentemente comunicativa della Carta, non valutandola valuta sorretta né da "finalità costitutive sul piano ordinamentale" né, tantomeno, da "pretese costituenti".

comunitaria dei Diritti Sociali fondamentali dei lavoratori, proclamata a Strasburgo nel dicembre del 1989. Come si diceva, ed è stato ricordato dalla dottrina cui questo contributo è dedicato, la Carta, nella sostanza, “riassume ed organizza, non senza qualche profilo innovativo, l’*acquis communautaire* formatosi sia per effetto dell’*hard law* rappresentato dai trattati e dal *soft law* delineato dalle varie Carte (cui non sono estranee anche importanti Convenzioni dell’Organizzazione internazionale del lavoro)”⁵.

Il campo dei diritti sociali contemplati come oggetto di regolazione è, peraltro, molto ampio, per certi versi aperto. Per quanto, come si è accennato, la sua principale fonte sia rappresentata dal titolo IV della Carta (solidarietà), inaugurato dai diritti sindacali, il tema dei diritti sociali non è ridotto ai diritti dei lavoratori o ai diritti di sicurezza e assistenza sociale. Come ebbe a notare proprio la dottrina lavoristica, la categoria, nella Carta di Nizza, è, insomma, oggetto di definizione elastica, essendo contemplati altri diritti e principi “il cui oggetto è rappresentato da beni che potremmo genericamente definire di rilievo sociale: basti pensare ai diritti del bambino, dell’anziano, del disabile (che non riguardano soltanto l’inserimento professionale)”⁶.

Restando, per il momento al Titolo IV, “dominato dai diritti sociali”, è il caso di notare che la logica della *riaffermazione* si appalesa, in alcuni casi, non priva di ambiguità: caratteristica notata dalla dottrina in riferimento alla sistematica ed al contenuto di numerosi diritti contemplati dagli estensori della Carta⁷. Secondo autorevole dottrina, lo stesso lessico utilizzato per la definizione dei contenuti dei diritti sociali si presta a critiche di merito e metodo, che, a ben vedere, rivelano che la declamata indivisibilità sia formula suadente ma poco aderente alla realtà. Per questi diritti, secondo tale lettura, le formule utilizzate sono, infatti, “letteralmente diverse dalle espressioni con le quali vengono proclamati i diritti di libertà e i diritti civili tradizionali...è del tutto evidente ed incontestabile che affermare...«l’aver diritto a» è diverso dal dire che si «riconosce e rispetta» un diritto così come risulta definito da un altro ordinamento (quello di ciascuno degli Stati membri) ma secondo le modalità, cioè alle condizioni, cioè nei limiti, stabiliti dall’ordinamento comunitario”⁸.

Procedendo ad una velocissima ricognizione, oscurità di non facile comprensione (di contenuto e, come si diceva di lessico) sono state osservate, ad esempio, in relazione all’art. 27, sul diritto dei lavoratori all’informazione e alla consultazione nell’ambito di impresa, all’articolo 28, in materia di negoziazione e di azioni collettive, all’articolo 29, sul diritto di accesso ai servizi di collocamento. In determinate circostanze, peraltro, i riferimenti alle Carte sociali europee, espressamente richiamate

⁵ Cfr. P. COSTANZO, *Il sistema di protezione*, cit., 8.

⁶ Cfr. R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 3, 2001, 339; P. COSTANZO, *Il sistema di protezione*, cit., 9, che rileva la protezione sociale disegnata dalla Carta interessa un campo materiale assai esteso che va al di là delle più specifiche tematiche legate al diritto del lavoro, alla sicurezza sociale e ai beni e ai servizi d’interesse generale, per coinvolgere anche quelle connesse alla vita familiare, all’educazione, alle relazioni di genere, alle politiche contro l’esclusione sociale e alla tutela delle categorie deboli e disabili”. Cfr. anche, in senso critico, T. TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo?* in *Lavoro e Diritto*, 2000, 443.

⁷ Cfr. R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 342. Molto critica sulla cultura dei diritti sociali nella Carta di Nizza è la posizione di A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in questi stessi scritti, Secondo questa dottrina, infatti, “I diritti sociali nella Carta europea dei diritti fondamentali si riconoscono, quindi, in una forma di Stato in cui la tipica divisione *weberiana* Stato-società risulta superata da modelli partecipativi e di confusione pubblico-privato, dove l’interesse pubblico rischia di disperdersi o frammentarsi, o peggio ancora, di essere sostituito da un interesse collettivo espressione di una sommatoria di interessi individuali e di contingenti mediazioni. Partecipazione di tipo neo-corporativo che tende all’esaltazione delle istanze individualistiche o al confusionismo sociale e che esprime disagio verso la centralizzazione e burocratizzazione delle prestazioni sociali”.

⁸ Cfr. G. FERRARA, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: un atto giuridicamente non identificabile, ora in Id., Per la democrazia costituzionale. Scritti scelti*, Napoli, 2020, 489, secondo il quale la categoria dell’indivisibilità è da intendersi “allo stesso modo in cui è indivisibile la coppia servo-padrone, vittima-aguzzino, lavoro salariato e capitale”.

nel Preambolo, si rivelano poco congruenti, come dimostra proprio la scelta, espressa dall'art. 28 della Carta, di "bypassare il contenuto essenziale della libertà di associazione e organizzazione sindacale, per dirigersi immediatamente – diversamente da quanto era stato fatto negli artt. 11 e 12 della Carta di Strasburgo del 1989 – verso la garanzia della libertà di contrattazione collettiva, che della prima è uno svolgimento pur necessario"⁹. Analogamente, l'art. 27, prima menzionato, disciplina i diritti di partecipazione del lavoratore nell'ambito dell'impresa in senso "debole", diversamente da quanto precedentemente stabilito dall'art. 18 della Carta di Strasburgo.

2. I limiti della Carta ed il problema del bilanciamento.

Non è il caso, tuttavia, di essere apocalittici o integrati nel senso reso celebre da Umberto Eco, né, tanto meno, di trascurare le posizioni emerse in dottrina impregnate di realismo critico o quelle, di segno opposto, improntate ad una valorizzazione della Carta nel disegno di progressiva democratizzazione sociale dell'Unione: posizioni che, sia detto incidentalmente si ripropongono sistematicamente in ambito scientifico, a riprova di un diverso approccio culturale ed ermeneutico alla questione¹⁰. Come dimostrano le aperture contenute in altri articoli della Carta dedicati ai diritti sociali, nell'art. 31, ad esempio, che tratta della limitazione della "durata massima del lavoro" (e non della giornata lavorativa, come previsto dall'art. 36 Cost. secondo comma), nell'art. 30, che limita i poteri e le prerogative dell'imprenditore, dell'art. 34 ecc., pare, infatti, evidente che si possano esprimere ragioni culturalmente e giuridicamente fondate che inducono a criticare (anche duramente) l'assetto raggiunto in tema di diritti sociali e ragioni, speculari, che invitano a non devalorizzare eccessivamente il lavoro svolto dalla Convenzione in questo specifico campo. Per questo motivo, a distanza di vent'anni, ritengo del tutto improduttivo soffermarsi ulteriormente su questioni di principio già ampiamente esaminate dalla dottrina o stabilire, una volta per tutte, se la Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza sia da considerarsi come "cavallo di troia delle istituzioni di Bruxelles" o, diversamente come topolino partorito da una montagna, se, cioè, essa debba essere considerata come documento arretrato "rispetto alle conquiste di civiltà conseguite dal costituzionalismo del novecento" o come catalogo che segna un ineludibile passo in avanti sul terreno sociale¹¹.

Quanto a mio avviso è più utile fare è misurare la tenuta sul campo dei diversi approcci, verificando se, a vent'anni dalla sua proclamazione, le scelte compiute in ambito sociale abbiano prodotto cambiamenti significativi nella filosofia dell'Unione, se, ancora, la risoluzione della questione sociale sia, e continui ad essere, obiettivo privilegiato dell'azione delle istituzioni europee e se, infine, l'assetto dell'Unione abbia retto o meno all'impatto della crisi e della sua regolazione, anche attraverso l'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Ciò come si dirà in seguito, anche per comprendere il senso dell'enfatica proclamazione di Göteborg del 2017 relativa al nuovo Pilastro dei diritti sociali, che, anche in ragione dell'emergenza causata dagli eventi pandemici, vive, come si dirà, una fase cruciale e delicatissima¹².

⁹ Cfr. R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 343.

¹⁰ Cfr. U. ECO, *Apocalittici e integrati: comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano, 1964.

¹¹ Cfr., per la diversa interpretazione, G. FERRARA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 490; R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 344

¹² Cfr., in senso critico, S. GIUBBONI, *Oltre il pilastro dei diritti sociali. Per un nuovo riformismo sociale in Europa*, in G. Bronzini (a cura di), *Verso un Pilastro sociale europeo, Fondazione Lelio e Lisli Basso*, Roma, 2018, 17, secondo il quale più che nuova pietra miliare, il Pilastro andrebbe interpretato come "non-evento, palesemente inidoneo a rifondare su nuove basi – e men che meno su di un «pilastro» dal solido ancoraggio costituzionale – le politiche sociali e del lavoro dell'Unione europea".

Prima di provare a rispondere a queste domande è però possibile una considerazione di carattere generale. Come può desumersi dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, cui si accennerà in seguito, è difficile parlare di diritti sociali nella Carta come insieme omogeneo, nella consapevolezza che proprio tale affermazione non si pone in contrasto con la proclamata indivisibilità dei diritti civili e sociali che, secondo molti, ha rappresentato uno dei principali profili d'interesse della Carta¹³. Sta a significare, piuttosto, che ogni diritto [sociale] pare fare storia a sé¹⁴. E' appena il caso di notare, infatti, che tra i diritti riconosciuti dalla Carta, alcuni sono rimasti lettera morta, altri hanno progressivamente acquisito forza (si pensi al godimento del diritto alle ferie, oggetto, recentemente di pronunce assai significative), altri, ancora, hanno sofferto più di altri le difficoltà del bilanciamento e scontato la non sempre lineare giurisprudenza della Corte di giustizia (si pensi ad esempio alle disposizioni in tema di licenziamento o di sciopero), altri ancora, come il diritto all'istruzione, sono stati al centro di un dialogo tra le Corti non propriamente fecondo¹⁵.

3. La filosofia sociale dell'Unione.

In relazione al primo punto di domanda, se, cioè l'entrata in vigore della Carta abbia prodotto effetti sulla complessiva filosofia "sociale" dell'Unione europea, la risposta non può che essere negativa¹⁶. Ciò dipende, essenzialmente, dalle caratteristiche intrinseche alla Carta stessa, che entra in vigore con determinate premesse, come è noto collegate all'allora ipotesi di Trattato costituzionale, in un momento (ora come allora, verrebbe da dire) di enorme crisi della questione sociale e di complementare esaltazione del post-moderno, declinato in maniera contraddittoria sul piano dei rapporti di forza e produzione¹⁷. In tal senso, la Carta, come acutamente osservato in dottrina, è evidentemente un documento rappresentativo "del nuovo millennio", traducendosi in diritti e principi, incapaci, senza supporto politico e risorse di bilancio, di convertirsi in istanze di rovesciamento dei paradigmi tradizionali, in *primis* economici.

¹³ Cfr., per tutti, le osservazioni critiche di G. AZZARITI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel «processo costituente europeo»*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2000, spec. 39.

¹⁴ Cfr. J. LUTHER, *Il futuro dei diritti sociali dopo il "social summit" di Göteborg: rafforzamento o impoverimento?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), numero speciale, 4, 2018, 50, il quale notava che "le norme giuridiche relative ai diritti sociali oggi non possono più essere ritenute (presuntivamente) solo programmatiche e non azionabili, ma nonostante la promessa di indivisibilità dei diritti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, possono tuttora avere forme di tutela più deboli in ambito internazionale e costituzionale conseguenti alla loro particolare complessità".

¹⁵ Cfr. M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza sulle ferie*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 10, 2019. Ai nostri effetti si consideri anche il riferimento mosso da questa dottrina alle conclusioni dell'Avvocato generale Giovanni Pitruzzella, nella causa C-55/18, CCOO, rese in data 31 gennaio 2019, ECLI:EU:C.2019:87, "il quale propone di riconoscere l'effetto diretto anche al diritto del lavoratore a una limitazione della durata massima dell'orario di lavoro e al riposo giornaliero e settimanale, avendo tali posizioni soggettive, nell'art. 31, par. 2, della Carta, la stessa struttura del diritto alle ferie". Sulle ferie e sull'art. 31 della Carta cfr. anche la recentissima decisione della Corte di giustizia nelle cause riunite C-762/18; C-37/19 *Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria*. In tema di licenziamenti collettivi cfr. la recentissima Ordinanza della Corte di giustizia, 4 giugno 2020, C-32/2020 nel caso *Balga* (che, tra le altre cose, aveva attirato l'attenzione della dottrina costituzionalistica, vertendosi in un'ipotesi di doppia pregiudizialità, cfr. A. RUGGERI, *Sliding doors per la "doppia pregiudizialità" (traendo spunto da Corte App. Napoli, I Unità, Sez. lav., 18 settembre 2019, in causa n. 2784 del 2018, XY c. Balga)*, in *Giustizia Insieme* (www.giustiziainsieme.it) 25 maggio 2020.

¹⁶ Sul modello culturale cfr. M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Napoli, 2016.

¹⁷ Sull'impiego, in campo costituzionale, di queste categorie, cfr. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013; R. E. KOSTORIS, *Percorsi giuridici della post-modernità*, Bologna, 2018.

Diversi diritti sociali contemplati dalla Carta, scontano, peraltro, come si accennava, il problema del bilanciamento “ineguale” perché implicante categorie (stabilità dei prezzi e crescita competitiva) ritenute prioritarie sul piano valoriale. È proprio su questo terreno, del resto, che si colgono le differenze più significative tra la Carta di Nizza e la nostra Costituzione¹⁸. Nel proporre la centralità del lavoro come chiave interpretativa dei rapporti di forza, la Costituzione ha, infatti, impresso un “senso” teoretico di fondamentale importanza al successivo bilanciamento tra diritti confliggenti in materia economica e sociale¹⁹. Per questo motivo – è stato detto – i diritti sociali hanno potuto presentarsi, in alcuni casi, effettivamente come fondamentali e conseguentemente imporsi rispetto alle leggi dell’economia e del mercato²⁰.

Quella di Nizza, insomma, è una Carta in cui i diritti non agiscono quali elementi trainanti di un sistema ispirato a basi ideologiche storicamente fondanti la garanzia delle tutele democratiche e sociali, non rappresentano fattori di conquista da parte delle classi meno abbienti, non stanno a testimoniare il contrasto e semmai la fine di soluzioni regressive inerenti alla relazione tra Stato e mercato, ma costituiscono esito di un processo di riconoscimento che ha la pretesa di proporsi come quasi *neutrale*. In tal senso, la Carta sembra effettivamente adeguata ai tempi in cui fu scritta: tempi segnati, sia a livello nazionale che a livello dell’Unione europea, da narrazioni improntate al culto dell’efficienza, della neutralità, della spoliatura del conflitto (per quanto machiavellicamente, e dunque produttivamente, inteso) dell’equivalenza e della simmetria tra pubblico e privato (non vi alcun accenno, nella Carta, all’essenzialità del “carattere pubblico” degli organi e delle istituzioni competenti in materia sociale, a differenza di quanto dispone l’art. 38, comma quarto Cost., che, come è noto, fa espresso riferimento allo “Stato”)²¹. Appare chiaro, peraltro, che nel collocare il lavoro “il più oscuro tra i diritti sociali”²², come diritto tra i diritti, la Carta abbia inteso aderire ad una precisa filosofia del welfare e dello Stato, ad uno specifico spirito del tempo²³. Non deve, dunque, stupire se, come notato anche dai più fiduciosi tra i commentatori, le scelte operate comportano il non “impegnarsi minimamente sul livello delle prestazioni” e il rimettersi, per tali aspetti, alle soluzioni ipotizzate “dai singoli Stati nel quadro di compatibilità finanziarie condizionate, a loro volta dal rispetto dei parametri di Maastricht”²⁴.

Insomma, per tornare alla considerazione di ordine generale prima esposta in merito alla sistematica, la logica seguita era perfettamente in linea con la costruzione di un modello sociale

¹⁸ Cfr. C. De FIORES, *Diritti e giurisdizione*, cit., 264.

¹⁹ Sul lavoro in Costituzione, sulle sue trasformazioni, sulla dimensione individuale e su quella collettiva cfr., ora, la ricchissima ricostruzione di L. NOGLER, *Dal «principio lavorista» al diritto costituzionale sull’attività umana*, in M. Della Morte – F.R. De Martino – L. Ronchetti (a cura di), *L’attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant’anni*, Bologna, 2020, 156 ss.

²⁰ Sul tema del bilanciamento cfr. B. Brancati (a cura di), *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche in Europa. Un’analisi di alcuni importanti casi giurisprudenziali – Corte costituzionale – Servizio studi – Stage 2014*, Roma, gennaio 2015.

²¹ Cfr. G. FERRARA, *I diritti politici nell’ordinamento europeo*, ora in ID., *Per la democrazia costituzionale...*, cit., 397. Su questi argomenti cfr. anche A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, cit., 16. La realtà neo-liberale, che alcuni, non tutti, pensano come (in)evitabile conseguenza della crisi del modello keynesiano, ha infatti posto in radicale discussione i fondamenti di civiltà politica e giuridica appena menzionati, mal celando il favore verso una società individualistica, atomizzata, in ciò paradossalmente omogenea e perfettamente in grado di piegarsi al credo capitalistico e consumistico. L’obiettivo è chiaro: sminuire il valore della rappresentanza significa, riprendendo Otto Bauer, sminuire la forma politica che costituiva il «risultato delle lotte di classe nella società capitalistica»; de-valorizzare la condizione che, ci ricorda la dottrina, nasceva «dall’incontro tra storia statale e storia della lotta di classe, dall’incontro-scontro tra sovranità statale e sovranità popolare», cfr. O. BAUER (1936), *Tra due guerre mondiali? La crisi dell’economia mondiale, della democrazia e del socialismo*, Einaudi, Torino, 1979, 86, richiamato da G. FERRARA, *La crisi della democrazia costituzionale agli inizi del XXI secolo*, Roma, 2012, 85.

²² Cfr. L. NOGLER, *Dal «principio lavorista» al diritto costituzionale*, cit., 152.

²³ Cfr. R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 343.

²⁴ Cfr. R. DEL PUNTA, *op. et loc. ult. cit.*

europeo compatibile con un “liberismo socialmente evoluto”, fondato sull’autonomia individuale e sulla libertà di mercato, e del tutto congruente con l’assenza di un modello di società costituzionale, di una scala di valori improntata prioritariamente alla giustizia sociale, vero e proprio tabù della contemporaneità²⁵. Come ha iconicamente notato la dottrina, pur protesa a valorizzare gli aspetti progressivi della configurazione dei diritti sociali proposta dalla Carta, l’obiettivo dei “costituenti” di Nizza non era, infatti, l’eguaglianza sostanziale “qualunque cosa essa significhi [sic]” bensì una “più limitata ...eguaglianza delle opportunità, oltretutto circoscritta prevalentemente (nel campo del lavoro) alle donne e ai disabili”²⁶. Non c’è, insomma, l’eguaglianza sostanziale (e non casualmente il corpus dei diritti sociali è rubricato sotto l’etichetta della solidarietà e non dell’eguaglianza); non è questo valore a delineare l’infinito campo delle possibilità. Nell’ottica della liquidità, non “ha senso che vi sia”, in quanto come si desume dalla Carta “la vita economica deve rimanere consegnata...ai principi dell’autonomia, della soggettività, e se vogliamo della responsabilità esistenziale individuale”²⁷.

4. La crisi del modello duale.

Come si diceva, dunque, la questione sociale si pone al centro delle contraddizioni che investono l’Unione, da tempo, ma ancor più oggi, in un’epoca segnata da eventi di epocale rilievo, quali la Brexit e, ora, la Pandemia da Covid-19, potenzialmente in grado di alimentare ancor di più, se possibile, la preoccupazione dei cittadini e di minare ulteriormente la fiducia dei paesi europei intorno al potenziale unificante democratico di una costruzione sovranazionale. È stato osservato, correttamente che la soluzione principale di questo cruciale problema è, allo stesso tempo nota ed irrealizzabile, consistendo in una “mutualizzazione a lungo termine su larga scala del debito e su massicce misure distributive sia tra gli stati membri che tra le classi sociali”²⁸. Tale auspicabile condizione, è però, come pure è stato detto, “virtualmente impossibile sul piano politico” per gli evidenti contrasti socio-politici che emergerebbero all’interno dei paesi destinati a farsi carico di tale distribuzione²⁹. A ciò si aggiunga che le politiche emergenziali innescate dalla crisi economica (ma del tutto conformi al modello economico pre-crisi) e la strategia della condizionalità per l’accesso all’assistenza finanziaria dentro e fuori l’eurozona hanno prodotto, nel corso degli anni, una severa stigmatizzazione dell’austerità, considerata fattore disgregativo sul piano sociale e, potrebbe dirsi, *odioso* da parte dei cittadini degli stati membri (e di gran parte dell’opinione pubblica europea)³⁰. Così la dottrina, nel riformulare utilmente il suggestivo trilemma di Rodrik, ha potuto

²⁵ Cfr. A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, cit., 17; J. R. RUGGIE, *International regimes, transactions and change: embedded liberalism in the postwar economic order*, in *International Organizations*, 36, 1982, 379 ss.

²⁶ Cfr. R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 344

²⁷ Cfr. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 345 secondo il quale la sistematica e il contenuto della Carta di Nizza rispecchiano un “approccio alla vita che si va diffondendo soprattutto tra le nuove generazioni, le tendenze più visibili di una società aperta in cui i temi della libertà, della dignità e della soggettività acquisteranno sempre di più un ruolo di primo piano rispetto ai temi della giustizia sociale, e nella quale l’eguaglianza verrà sempre più intesa come volano della libertà e delle opportunità, e non più...come eguaglianza redistributiva tout court”.

²⁸ Cfr. C. OFFE, *Europe Entrapped. Does the EU Have the Capacity to Overcome its Current Crisis?*, in *European Law Journal*, 2013, 595, ripreso da S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Milano, 2019, 2. Sulla dimensione sociale e sui problemi dell’Europa cfr. anche la suggestiva analisi di E. BALIBAR, *Crisi e fine dell’Europa?*, Torino, 2016.

²⁹ Cfr. S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., 2.

³⁰ Cfr. S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., 3.

osservare che “non si possono contemporaneamente dare piena integrazione economica monetaria, sovranità sociale nazionale e democrazia”³¹.

Tale assunto, tanto provocatorio, quanto plausibile, è stato di fatto confermato dalla risposta dell'Unione alla crisi vissuta dall'eurozona nell'ultimo decennio, con profonde differenze, peraltro all'interno degli stessi Stati membri. Tale condizione ha aperto effettivamente, come efficacemente notato “il vaso di Pandora, portando in piena luce i mali di cui è capace l'economia capitalistica “deregolata”³². La situazione di questi ultimi anni, evidenziata dalla polarità esistente tra il caso limite della Grecia e la perdurante egemonia tedesca ripropone, infatti, antichi dilemmi, che risale, come più volte ricordato dalla dottrina, agli albori del processo integrativo³³. Da tempo, infatti, l'Europa fatica a rappresentarsi come comunità di diritto, come luogo culturale e (solo dopo) geografico in cui il diritto rappresenta il fattore principale del processo di integrazione, in grado di razionalizzare il fattore economico e di indirizzare la strategia politica. Tale deterioramento si spiega considerando la crisi della struttura duale (o, se si preferisce, dialettica), che implicava una relazione costante e necessaria tra stati membri e istituzioni sovranazionali e che si poneva il delicato obiettivo di scongiurare gli effetti più gravi di lungo periodo del deficit democratico e sociale dell'Unione. Era questo, infatti, lo schema prefigurato dal Trattato di Roma, fondato, cioè, sul riconoscimento agli stati membri di autonomia e libertà d'azione nella sfera delle politiche sociali e del lavoro e, più in generale nella sfera del *welfare*³⁴. Proprio la configurazione dialettica spiega, infatti, le scelte del Trattato di Roma e la complementare separazione funzionale tra mercato comune, la cui realizzazione era delegata principalmente alla sfera sovranazionale e programmazione delle politiche sociali, riservata alla dinamica democratica interna, con le inevitabili differenze proprie dei diversi sistemi nazionali³⁵. Tale prescritta condizione, consentiva, peraltro, alla comunità di proporsi come ordinamento rivolto alla garanzia delle libertà economiche ed alla protezione della concorrenza in ambito sovranazionale, senza implicazioni eccessive sul piano della politica economica e della complementare legittimazione delle istituzioni democratiche degli Stati costituzionali tenuti ad operare politicamente in dipendenza dei diversi interessi in gioco. In più di un'occasione, la dottrina ha osservato che, in termini originari, la politica sociale era trattata come ambito categoricamente separato, riservato, cioè, ai legislatori nazionali secondo le regole e le condizioni di equilibrio operanti all'interno dei diversi paesi, con un ridotto margine di coordinamento in sede sovranazionale³⁶.

Le stesse aperture dell'atto unico europeo del 1986, cui seguì, l'approvazione, nel 1989, della carta comunitaria dei Diritti Sociali fondamentali dei lavoratori, vanno lette nell'ottica considerata:

³¹ Cfr. S. GIUBBONI, *op. et loc. ult. cit.*

³² Cfr. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4, 2013; G. FERRARA, *La crisi del neoliberalismo e della governabilità coatta*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 1, 2013.

³³ Sulla violazione della Carta sociale europea delle misure imposte dal Memorandum della Trojka al Governo greco cfr. le valutazioni critiche del COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI in *General Federation of Employees of the National Electric Power Corporation (IKA-ETAM) v. Greece* (complaint), 76/2012, sulle quali si esprime in modo condivisibile a livello di analisi comparata A. BARAGGIA, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi. La condizionalità economica in Europa e negli Stati membri*, Torino, 2017, 105. Sulla storicità di questi problemi, cfr. G. BUCCI, *Dal governo democratico dell'economia alla crisi come dispositivo di governo*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1, 2020, 364 ss.

³⁴ Cfr. S. GARBEN, *The European Pillar of Social Rights: An Assessment of its meaning and significance*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 21, 2019, 101 ss.

³⁵ Cfr., sul punto, F. LOSURDO, *I diritti sociali condizionati nell'ordinamento della crisi*, in M. Salerno – M. Ferrara (a cura di), *Costituzione economica e democrazia pluralista*, Milano, 2017, 379, il quale correttamente osserva che nel disegno originario la realizzazione del mercato comune fondato sui pilastri delle quattro libertà fondamentali di circolazione “avrebbe dovuto porre le basi per una pacificazione delle relazioni internazionali, favorendo una crescita armoniosa dello spazio europeo”. Di controcanto, il sistema nazionale di welfare “costituiva la premessa per una rilegittimazione politica delle classi dirigenti statali del secondo dopoguerra”.

³⁶ Cfr., sul punto, F. LOSURDO, *I diritti sociali condizionati*, cit., 380.

come momenti, cioè, di recupero sociale funzionale a correggere le distorsioni del mercato. Anche nelle ipotesi considerate, infatti, le scelte distributive e la legittimazione ad operare le scelte prodromiche a garantire l'effettività dei sistemi di welfare restano nelle mani dei legislatori e dei Governi nazionali, come tali, dunque, aperte alla logica del conflitto e della mediazione proprie dell'agire politico. L'entrata in vigore del Trattato di Maastricht rompe decisamente questo schema, imponendo una logica esclusivamente funzionalista, parametrata sul modello tedesco, incompatibile con la separazione di cui si è detto che si reggeva sul compromesso tra Paesi (Germania, Gran Bretagna, Francia e Italia) e tra teorie economiche (ordoliberalismo e keynesismo)³⁷. Compreso nella strettoia del vincolo esterno della stabilità monetaria e finanziaria, identificata come bene supremo, il diritto, già in crisi in virtù della fine dei c.d. Trenta gloriosi e del collasso del sistema di Bretton Woods (1971), cessava di essere strumento di integrazione e di equilibrio³⁸. Si passava, come è stato efficacemente detto, da una comunità di diritto ad una comunità della stabilità, come espressamente ricordato dal Tribunale costituzionale tedesco nella notissima sentenza Maastricht del 12 ottobre 1993, nel cui ambito il "canone economico" diviene parametro granitico qualificante il livello sovranazionale, riducendo, conseguentemente, la discrezionalità strategica e politica degli Stati membri in materia sociale e non solo³⁹.

I due fattori della garanzia dell'ultra-valore della stabilità dei prezzi, che ai sensi degli artt. 119 e 127 del TFUE costituisce scopo "principale" dell'Eurozona (idoneo, in quanto tale, ad imporsi sui restanti obiettivi delineati all'art. 3 del TUE) affidato alla custodia della Banca Centrale Europea, indipendente dalla politica e della creazione del vincolo della stabilità finanziaria hanno, insomma, inciso sui diritti sociali, tanto sotto il profilo della loro garanzia ad opera degli stati nazionali quanto in relazione alla loro natura⁴⁰. A ciò si aggiungano le regole conseguenti all'entrata in vigore, nel

³⁷ Cfr. F. LOSURDO, *Italexit. Trasformazione del vincolo europeo e sovranità condizionata*, in *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), 1, 2020, 355; G. BUCCI, *Dal governo democratico dell'economia alla crisi*, cit., 363.

³⁸ Su questi argomenti, in senso ampio, cfr. il bel volume di W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013, nonché di recente, per la dottrina italiana, la ricca ricostruzione di F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, Unione europea e Costituzione*, Milano, 2019. Cfr. anche, l'illuminante ricostruzione di G. FERRARA, *Democrazia e rappresentanza politica*, in L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Atti del Convegno di Caserta, 6-7 maggio, 2005, Torino, 2006, 65, che pone in relazione crisi del sistema di Bretton Woods, rapporto Huntington e crisi del compromesso sociale interno, nello sfondo della perdita di valore del sistema rappresentativo.

³⁹ Cfr. F. LOSURDO, *I diritti sociali condizionati*, cit., 381, che ricorda opportunamente come a Maastricht sia stato consacrato il valore della stabilità dei prezzi, la cui custodia è stata affidata alla Banca Centrale europea (art. 127 TFUE), che opera in assoluta indipendenza al riparo dalle insidie della politica. Sul ruolo della BCE, cfr. anche, L. BUFFONI, *La politica della moneta e il caso decisivo*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2, 2016. In precedenza, fondate critiche sono state avanzate da M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 4, 1992, 580. Come utilmente segnala G. BUCCI, *Dal governo democratico dell'economia alla crisi*, cit., 373, nella fase precedente l'adozione del Trattato di Maastricht, alcuni indirizzi dottrinali avevano realizzato del resto una singolare reinterpretazione delle norme costituzionali in materia di «tutela del risparmio» e di «esercizio del credito». L'espressione «Repubblica» contenuta nel primo comma dell'art. 47 Cost., venne interpretata infatti come riferentesi alla Banca d'Italia, ovvero ad un fattore condizionante l'esercizio dell'«attività economica pubblica e privata», sicché la difesa della «stabilità monetaria» venne considerata prioritaria rispetto alla realizzazione dei «fini sociali» indicati dall'art. 41 Cost".

⁴⁰ Sulla natura dei diritti sociali cfr., per tutti, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 79 ss.; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, 2013. Non può non rilevarsi la contraddizione esistente tra l'art. 3 del TUE e i menzionati artt. 119 e 127 del TFUE ai sensi dei quali la stabilità dei prezzi è identificata quale "obiettivo principale" (art. 119, par.2) e, ancora, quale "obiettivo principale" del SEBC (Sistema europeo di banche centrali) (art. 127, par.1). L'art. 127 TFUE sancisce, peraltro, con indiscutibile chiarezza, che "fatto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il SEBC sostiene le politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti nell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea. Il SEBC agisce in conformità del principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo una efficace allocazione delle risorse e rispettando i principi di cui all'art. 119 [corsivo nostro]".

2007, del Patto di stabilità e crescita, che integrando i principi del diritto primario dell'Unione, nello stabilire il tendenziale principio del pareggio di bilancio, ha contribuito ulteriormente alla trasformazione che sinora si è sinteticamente descritta. Il vincolo della stabilità finanziaria (e del pareggio di bilancio) è stato poi definitivamente sancito nel 2012 a seguito dell'entrata in vigore del Fiscal Compact, che a sua volta seguiva numerose misure emergenziali adottate dall'Unione per far fronte alla perdurante crisi (*Euro Plus pack; Six Pack; Two pack; Mes, Programma OMT della Banca centrale europea*) cui ha fatto seguito l'internalizzazione del modello di pareggio di bilancio, sancito dal Patto di stabilità e crescita (art. 3, par. 1) (e, se si vuole, di una cultura) da parte degli ordinamenti nazionali che in alcuni casi hanno operato riforme di significativa portata rivolte a dare seguito, in termini costituzionali, alle direttive del Patto.⁴¹

È sulla scorta di tali eventi che la teoria del modello sociale europeo come insieme teorico, prima, e pratico, poi, si è progressivamente consolidata; in alternativa, dunque, e non a complemento del precedente assetto. L'esigenza di ri-legittimazione democratica e sociale di un'Unione profondamente mutata per effetto del vincolo esterno è passata, cioè, attraverso l'attrazione a livello sovra-nazionale della problematica sociale, per decenni, come si è detto, affidata alla cura degli Stati secondo procedure democratiche tipiche del compromesso tipizzante i regimi rappresentativi. Di ciò sono testimonianza non tanto il fragile protocollo sociale allegato al Trattato di Maastricht (con l'astensione dalla Gran Bretagna), quanto, in maggior misura, le innovazioni presenti nel Trattato di Amsterdam che, infatti, ha significativamente esteso le competenze dell'Unione in materia di diritti sociali classici, quali ambiente, istruzione, cultura⁴². Tale modello sociale ha, tuttavia, incontrato sin dall'inizio numerosi problemi di effettività, causati, per quanto si è detto, tanto dalla natura primigenia dell'Unione quanto dai cambiamenti posteriori a Maastricht e dalla successiva crisi che ha investito il continente nel 2008. Dinanzi ad uno sconvolgimento dei parametri, il transito ad un sistema di regole e sanzioni fortemente asimmetriche, ispirate al credo economico neo-liberista, non poteva non determinare effetti infausti per i sistemi di welfare nazionale che, infatti, hanno subito pesanti ripercussioni, su vari piani⁴³.

Proprio la riconfigurazione verso il basso dei sistemi di welfare nazionali, che si può osservare da almeno un ventennio, ha rappresentato, infatti, la leva a disposizione degli Stati per rispondere alle esigenze dell'*austerità*, tratto portante della configurazione post-crisi. Il cosiddetto diritto europeo della crisi, la cui legittimità è stata criticata da autorevolissimi commentatori nel corso di questo ultimo decennio, ha prodotto, dunque, mutamenti significativi nella cultura dei diritti, definiti sociali proprio perché necessari all'eguaglianza *della* e *nella* società, ovvero funzionali alla logica emancipatrice che in Italia è limpidamente garantita dall'art. 3, secondo comma, Cost.

⁴¹Anche per fare chiarezza su alcune questioni dibattute circa l'utilizzo del MES in epoca post Covid-19, si ricorda che ai sensi della decisione 2011/199/UE adottata dal Consiglio europeo in data 25 marzo 2011, l'art. 136 del TFUE è stato modificato nel senso che segue: "Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per garantire la stabilità dell'intera zona euro. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta ad una rigorosa condizionalità". Cfr. G. BUCCI, *Costituzione italiana, BCE e patto di stabilità*, in F. Gabriele – M. A. Cabiddu (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea, vol.1*, Milano, 2008, 79 ss; F. BILANCIA, *Note critiche sul cd. "Pareggio di Bilancio"*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2012; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>), 3, 2013; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 20 ss;

⁴² Cfr. P. LANGE, *Il Protocollo sociale di Maastricht: perché l'hanno fatto?* in *Stato e mercato*, 1993, 9 ss. Cfr., tuttavia, R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, VII ed., Torino, 2016, 59, che inquadra il protocollo come fondamento di una effettiva politica sociale dell'Unione. Sulle aperture sociali del Trattato di Amsterdam cfr., per tutti, I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european constitution-making revised?* in *Common Market Law Review*, 1999, 703 ss.

⁴³ Cfr. R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 3, 2013, spec. 13.

Già da Maastricht, (ma in verità sprazzi di questa emergevano già nell'Atto unico europeo) e a maggior ragione dopo il 2008, il ruolo delle istituzioni nazionali diviene quello di riesaminare le forme di tutela dei diritti sociali, operando sul contenuto della garanzia e sul ripensamento delle categorie che ne costituivano il fondamento (si pensi, in prospettiva interna, alla logica della *spending review* a livello nazionale e, soprattutto, locale)⁴⁴. Le continue richieste di flessibilizzazione del mercato del lavoro, di riduzione delle tutele in caso di licenziamento, di decentramento della contrattazione collettiva, di ripensamento dei sistemi di sicurezza sociale, il taglio progressivo di beni e servizi in campi essenziali, come quello sanitario e, soprattutto, la logica della condizionalità sottesa ai programmi di sostegno al reddito rappresentano esempi lampanti di tale tendenza. Come non ha mancato di notare immediatamente la dottrina, il nuovo, inossidabile, credo, provoca, tra le altre cose, ulteriori riflessi sulla struttura del bilanciamento, che diviene più che ineguale, perché condizionato dalle esigenze di un sistema assunto come principio valoriale assoluto, al punto da chiedersi se possa continuare ad essere una categoria impiegabile in campo politico e, soprattutto, giurisdizionale, se considerato nella prospettiva della garanzia dei diritti sociali⁴⁵.

Lo scenario descritto – pare utile precisare – si desume dalla riflessione compiuta da parte delle stesse istituzioni comunitarie. Nel gennaio del 2015, ad esempio, il Parlamento europeo ha pubblicato un'analisi comparativa dettagliata relativa all'impatto su diversi diritti sociali delle misure di austerità imposte in risposta alla crisi da sette Stati membri dell'UE: Belgio, Cipro, Grecia, Irlanda, Italia, Spagna e Portogallo, fornendo un quadro d'insieme preoccupante⁴⁶. L'analisi del Parlamento si è concentrata su una serie di diritti tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dalla Carta sociale europea, quali istruzione, assistenza sanitaria, lavoro, pensione, accesso alla giustizia, libertà di espressione e riunione, alloggio, proprietà e alcuni diritti inerenti al campo del lavoro. I risultati dello studio danno conto, peraltro, di un drastico ridimensionamento delle garanzie poste a presidio della condizione dei soggetti deboli o svantaggiati, osservando che tra le conseguenze delle misure anti-crisi figura anche l'incremento delle discriminazioni dirette e indirette⁴⁷.

In relazione ai singoli diritti sociali esaminati, la suddetta analisi ha chiarito, ad esempio, che nel campo dell'istruzione (il primo considerato), l'impatto delle misure anti-crisi ha determinato una riduzione del numero delle scuole, del numero degli insegnanti, della qualità del rapporto studenti-docenti, del personale e delle dotazioni tecnico-amministrative. Si è potuta osservare anche un'incidenza negativa sui servizi dedicati ai soggetti vulnerabili (situazioni limite; alunni con disabilità; alunni rom o migranti). L'impatto complessivo delle misure, a detta del Parlamento europeo: *"cannot yet be fully evaluated, but include a danger to the overall quality of education and children's success at school, an increase in unemployed workers in education; reduced availability of services such as transport to school; deterioration of general conditions in classrooms, such as*

⁴⁴ Sulla cui logica cfr. A. PERTICI, *La Costituzione spezzata*, Torino, 2016, 45 ss.

⁴⁵ Cfr. F. COSTAMAGNA, *The Court of Justice and the Demise of the Rule of Law in the EU Economic Governance: The Case of Social Rights*, WP 2016/11/15, 22 "Ensuring the financial stability in the euro area has become a sort of a trump card that just needs to be invoked in order to prevail over any other competing objective. 61 Furthermore, the refusal of the Court to engage in any sort of proportionality review of the measures send a worrisome message to future applicants. Should the Court confirm this approach, the chance of success of actions brought against austerity measures are almost non-existent, since all these measures aim at restoring or preserving the stability of the euro area."

⁴⁶ EUROPEAN PARLIAMENT, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS, *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU. Comparative analysis*: i campi materiali oggetto dell'analisi sono molteplici: istruzione, sanità, diritti dei lavoratori, garanzia pensionistica, accesso alla giustizia, diritti di libertà e di partecipazione, diritto all'abitazione e social housing, sicurezza sociale, divieto di discriminazione, diritto all'acqua e altri diritti correlati a quelli menzionati.

⁴⁷ "As the present study has shown, austerity measures often disproportionately affected disadvantaged groups. While the continuing crisis is a real threat, it must not be used as an excuse, nor can it serve as a tool for discriminating against people".

cleaning and heating. Children with disabilities, Roma, travellers' children, as well as children of migrants, appear to have been disproportionately affected by the measures imposed"⁴⁸.

In riferimento al diritto alla salute, la situazione è ancor meno rosea. Sebbene in questo campo si osservino strategie differenti nei Paesi oggetto di valutazione comparativa, lo studio offre un'immagine spietata dell'impatto delle misure adottate dagli Stati membri sotto osservazione per far fronte alla crisi, anche in questo caso considerate sovente sproporzionate e rivolte alla diminuzione della tutela nei riguardi dei soggetti più fragili e degli anziani⁴⁹.

Stesso ragionamento può essere svolto per i diritti del campo lavoristico, nel cui ambito lo studio segnala una generale riduzione delle garanzie di fatto (a dispetto delle innovazioni formali concernenti la parità tra uomo e donna) per le lavoratrici di sesso femminile e i medesimi problemi in ordine alla garanzia della dignità del lavoro (ed alla dignità umana) per i soggetti svantaggiati o migranti. Situazione simile, se non più grave, concerne, infine, la garanzia del sistema pensionistico, con casi limite, come quello greco, in cui le misure hanno riguardato, addirittura, la riduzione o l'eliminazione retroattiva del diritto alla pensione per i parenti dei ragazzi affetti da disabilità, con le conseguenze sociali facilmente immaginabili che tale scelta ha potuto provocare sul piano della tenuta sociale del Paese. La stessa falsariga (diminuzione delle garanzie; riduzione delle tutele; aggravio della condizione dei soggetti deboli, riduzione delle spese organizzative ecc.) è osservabile, con poche o marginali sfumature, in relazione a tutti i diritti oggetto dello studio.

5. La risposta della Corte di giustizia.

In tale scenario, che ruolo ha recitato la Corte di giustizia? Può evidenziarsi una risposta giurisdizionale omogenea e coerente della Corte di Lussemburgo ai problemi sollevati dalla crisi economica ed al suo impatto sul modello europeo di tutela dei diritti sociali?

Anche in questo caso la risposta deve essere articolata.

In relazione al primo punto di domanda, è utile analizzare prioritariamente un punto problematico della relazione tra Carta di Nizza e garanzia dei diritti sociali, inerente alla distinzione tra diritti e principi (ed alla definizione di norme per la loro interpretazione) menzionata dall'art. 52, par. 5, della Carta, che "incide sulla giustiziabilità della disposizione"⁵⁰. Come segnalato in dottrina, infatti, l'articolo appena richiamato ha provocato non trascurabili problemi interpretativi, sia per il profilo concernente la determinazione degli effetti dei principi e dell'insieme di atti comunitari e nazionali sindacabili, sia per la "mancata individuazione delle disposizioni che contengono «principi»

⁴⁸ EUROPEAN PARLIAMENT, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS, *The impact of the crisis*, cit., 12-13.

⁴⁹ Traducendosi in "reduced access to healthcare; additional financial burden for citizens; reduction in the number of medical staff and facilities; increases waiting times for appointments and surgeries; alternatives to public health care, e.g. private services or NGO-run services; increased unmet medical needs; decreased preventive and protective care; changes in the pharmaceuticals market – including shortages in supplies and decreased prices. Poor and homeless people, older people, people with disabilities and their families, women, and undocumented migrants, are among the groups which were disproportionately affected by the measures imposed".

⁵⁰ Che recita: "Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea e da atti degli Stati membri allorché danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di tali atti". In argomento cfr. F. FERRARO – N. LAZZERINI, *Art. 52 (Portata e interpretazione dei diritti e dei principi)*, in R. Mastroianni – O. Pollicino – S. Allegrezza – F. Pappalardo – O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 1073 ss; T. GROPPi, sub *Art. 52, Portata dei diritti garantiti*, in R. Bifulco – M. Cartabia – A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 351 ss.

(o di criteri atti ad individuarli)”⁵¹ Come si è correttamente osservato, infatti, “non c’è niente nella Carta o nelle sue Spiegazioni che condanni al più modesto regime dei principi tutte le disposizioni relative ai diritti sociali fondamentali”⁵². La verità, come la dottrina non ha mancato di evidenziare, è che la distinzione in oggetto è stata utilizzata in modo strategico per vincere la resistenza dei Paesi più timorosi di un ingresso dirompente di diritti sociali (Regno Unito *in primis*) in un documento destinato, all’epoca, a divenire la parte seconda del Trattato costituzionale europeo⁵³. Se la Spiegazione corrispondente all’art. 52, par. 5, menziona espressamente quali principi gli artt. 25 (diritti degli anziani), 26 (inserimento di persone con disabilità, in aderenza a quanto disposto dalla Carta sociale europea) e 37 (tutela dell’ambiente), non per questo deve pensarsi che la categoria in esame identifichi complessivamente le disposizioni del Titolo IV (Solidarietà) dedicate ai diritti sociali. In ogni caso, con ricadute sul sistema dei diritti fondamentali nella materia sociale, interessanti sono le considerazioni svolte dalla Corte nella sentenza *Glatzel*, che, tuttavia, non risolve i molteplici dubbi interpretativi concernenti la portata dell’art. 52, par. 5⁵⁴. Quanto appare utile segnalare, tuttavia, è che in quella decisione la Corte, nell’attenersi strettamente alle Spiegazioni, lascia aperta una “prospettiva interessante per i diritti sociali fondamentali”, sancendo che in determinate ipotesi è possibile che “un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto che di un principio, ad es. gli articoli 23 [parità tra donne e uomini], 33 [vita familiare e vita professionale] e 34 [sicurezza sociale]”⁵⁵. In ogni caso, è appena il caso di sottolineare che in questo, come in altri casi, il lessico sconta sin troppo la dimensione compromissoria del procedimento di approvazione della Carta, confermando i dubbi espressi dalla dottrina sia in riferimento alla codificazione attraverso principi sia in merito all’esistenza di diritti sganciati da corrispondenti doveri⁵⁶.

Altrettanti interrogativi suscita la risposta fornita dalla Corte di Lussemburgo alle numerose questioni giunte alla sua attenzione in merito alla garanzia dei diritti sociali in epoca di rigore post-crisi, con particolare riguardo al tema del diritto di sciopero e dei diritti lavoristici, già oggetto di attenzione specifica nei casi, ormai celebri, *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Lussemburgo*, precedenti all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁵⁷. Nonostante le innovazioni (formali) di Lisbona e la stessa *cultura* della Carta dei diritti, la giurisprudenza non ha mostrato sempre particolare favore per i lavoratori, seguendo a considerare, in alcune importanti decisioni, equivalenti garanzie dei soggetti e prerogative delle imprese (*Dano*) ovvero a valutare in senso assai criticabile la nozione di

⁵¹ Cfr. F. FERRARO – N. LAZZERINI, *Art. 52*, cit., 1074.

⁵² Cfr. F. FERRARO – N. LAZZERINI, *Art. 52*, cit., 1074.

⁵³ Cfr. F. FERRARO – N. LAZZERINI, *Art. 52*, cit., 10745, che rilevano come i principi abbiano reso possibile l’introduzione di disposizioni specifiche dedicate ai diritti sociali “vincendo il timore, condiviso da alcuni Stati membri, che l’applicazione di questi diritti avrebbe finito per erodere le competenze nazionali, con ripercussioni significative sulle finanze nazionali”.

⁵⁴ Cfr. anche D. GUÐMUNDSDÓTTIR, *A renewed emphasis on the charter’s distinction between rights and principles: is a doctrine of judicial restraint more appropriate?* in *Common Market Law Review*, 52, 2015, 685 ss.

⁵⁵ Cfr. N. LAZZERINI, *La Corte di giustizia ed i “principi” della Carta dei diritti fondamentali nella sentenza Glatzel*, in *SIDIBlog* (<http://www.sidiblog.org/>), 4 giugno 2014.

⁵⁶ Cfr. le considerazioni critiche di C. De FIORES, *Diritti e giurisdizione*, cit., 252 e quelle, in precedenza segnalate, di G. FERRARA, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., 489. Sulla corrispondenza diritti/doveri cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritti e doveri*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Percorsi giuridici della post-modernità...cit.*, 93.

⁵⁷ Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, a. XXII, n. 2, primavera 2008, 383 ss.; nonché S. SCIARRA, *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, in A. Andreoni – B. Veneziani (a cura di), *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Ruffert, Lussemburgo*, Roma, 2009, 23 ss. In argomento cfr. anche A. LO FARO, *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, in L. Corazza – R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, 219; A. GUAZZAROTTI, *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?* in *Diritto Pubblico*, 3, 2013, 1011 ss.

cittadinanza europea (nonché quella di solidarietà) in relazione alle prestazioni di assistenza sociale (*Alimanovic*)⁵⁸. I diritti sociali vengono in rilievo anche in relazione alla fattispecie del dialogo tra le Corti, come si deduce dalla notissima decisione attinente all'abuso dei contratti a termine per i precari della scuola (caso Mascolo) e dalla conseguente posizione della Corte costituzionale italiana (sent. 187 del 2016), sulla quale la dottrina non ha mancato di esercitare rilievi critici condivisibili⁵⁹.

In via generale, però, può dirsi che la Corte non ha utilizzato appieno le potenzialità della Carta dei diritti fondamentali UE, nonostante i diversi auspici della dottrina e, ancor più in generale, che la giurisprudenza in tema di diritti sociali in epoca post-crisi si è caratterizzata per una certa disomogeneità⁶⁰. A fronte della crisi, della "condizionalità asimmetrica", di complessi procedimenti tecnici, di strumenti informali (le famose lettere della BCE), dell'istituzioni di organismi ibridi quali il MES, la Corte non ha rappresentato un argine convincente, non riuscendo o non volendo, o, ancora, non potendo, rompere quel percorso a rime obbligate che segna, sin da Maastricht, l'esperienza comunitaria, stretta tra le maglie di un bilanciamento, come si è detto, condizionato *ab origine*.⁶¹ Ipotizzare, del resto, che i giudici possano, tramite decisioni assunte in merito a casi puntuali, risolvere il dilemma tragico della contrapposizione tra garanzia dei sistemi di welfare nazionali, durezza del credo e potenza dell'immaginario collettivo prodotto dal neo-liberismo, è operazione utopica, che non restituisce la dovuta dignità alla grandiosità del tema, che ha implicazioni giuridiche, sociali, filosofiche, economiche e antropologiche⁶².

Ciò non toglie, tuttavia, che dalla Corte era possibile, se non lecito, aspettarsi qualcosa in più⁶³. L'esito raggiunto nelle note sentenze *Pringle* e *Sindacato dos Bancariós do Norte* non era, ad esempio, scontato. Nella prima decisione, *Pringle*, concernente il Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (MES), la Corte di Lussemburgo ha concluso per l'inapplicabilità della Carta dei diritti fondamentali al complesso di atti e procedimenti, ispirati alla nebulosa *soft law*, che hanno istituito il MES, con conseguenze di sistema che anche oggi, ad esito della Pandemia da Covid-19, possiamo osservare⁶⁴. Esito non scontato, si diceva, anche in quanto, come rilevato in dottrina, la scelta della Corte di considerare che gli Stati membri non attuano il diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 51, par.1, della Carta di Nizza, nel momento in cui instaurano un meccanismo di stabilità

⁵⁸ Cfr. L. PONZETTA, *L'Unione europea tra esigenze economico-fiscali e la garanzia dei diritti sociali. Brevi spunti di riflessione alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in M. Salerno – M. Ferrara (a cura di), *Costituzione economica e democrazia pluralista*, cit., 421 ss.; S. GIUBBONI, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico*, in *Politiche sociali*, 1, 2016, 169 ss.

⁵⁹ Si tratta della sentenza della CGUE, sezione terza, del 26 novembre 2014, in C-22/13. Sul dialogo (irrisolto) tra le Corti, cfr. R. CALVANO, *"Cattivi consigli sulla buona scuola"? La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sentenza della Corte di Giustizia sul caso Mascolo*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4, 2016; M.P. IADICICCO, *Il precariato scolastico tra giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), gennaio 2014.

⁶⁰ Cfr. P. COSTANZO, *Il sistema di protezione*, cit., 15;

⁶¹ Cfr. F. LOSURDO, *Italexit*, cit., 359. Sulla celebre lettera della BCE al Governo italiano del 2011, cfr. E. OLIVITO, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1, 2014.

⁶² Cfr. F. LOSURDO, *I diritti sociali condizionati*, cit., 386, che correttamente evidenzia un limite oggettivo della giurisdizione dinanzi a valori di sistema considerati assiologicamente prevalenti.

⁶³ Secondo S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., 22: "la deludente *performance* giurisprudenziale dei diritti sociali riconosciuti nella Carta di Nizza non sorprende, ed anzi dà una conferma piuttosto definitiva alla tesi di chi ravvisava nell'uso crescente del linguaggio costituzionale in quest'ambito niente più che un esercizio di «constitutional gesture»"; nello stesso senso C. De FIORES, *Diritti e giurisdizione*, cit.

⁶⁴ Cfr. F. LOSURDO, *I diritti sociali condizionati*, cit., 386; S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., 23; R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali*, cit., 10 ss. Sull'impiego di strumenti di *soft law* in ambito comunitario cfr. A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine dell'ordinamento democratico?* in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 3, 2016, 255 ss.

come il MES, per l'istituzione del quale i Trattati non attribuiscono alcuna specifica competenza dell'Unione, è frutto di un ragionamento forzato, poco congruente con quello sviluppato in vicende analoghe (alle quali si dirà in seguito).⁶⁵ Ancor meno convincente, la stringata posizione assunta nel 2013 nel caso *Sindicato dos Bancariós do Norte*, nel quale la Corte di giustizia si è dichiarata incompetente a giudicare su di un rinvio pregiudiziale formulato dal Giudice del lavoro di Porto per chiedere di valutare la compatibilità con la Carta di Nizza (artt. 20; 21 e 31) di alcune misure adottate dal Portogallo in esecuzione del Memorandum negoziato con la Troika in conformità con quanto sancito dal piano di assistenza finanziaria (riduzione degli stipendi dei pubblici dipendenti e misure di flessibilizzazione del lavoro), motivando la propria decisione, come per una sorta di coerenza interna, sull'impossibilità di giudicare la legge di bilancio portoghese del 2011, rispettosa degli impegni assunti, come diretta ad attuare il diritto dell'Unione⁶⁶.

Attenta dottrina, nel giudicare criticamente le argomentazioni della Corte, ha, peraltro, segnalato che in altre occasioni la Corte ha interpretato in modo più aperto la prescrizione dell'art. 51 della Carta relativa alle parole "nell'attuazione", ai sensi del quale, lo si ricorda, le sue disposizioni si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, nel rispetto del principio di sussidiarietà, così come agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione⁶⁷. Il rinvio, in questo caso, è alla notissima sentenza *Åkerberg Fransson*, nel cui ambito, tra le altre cose, si stabilisce la coincidenza tra ambito di applicazione del diritto dell'Unione e ambito di applicazione dei diritti fondamentali (inclusi quelli sociali) garantiti dalla Carta⁶⁸. Secondo la dottrina in precedenza richiamata, infatti, in questa occasione il collegamento tra fatti contestati e il tema dell'attuazione del diritto dell'Unione è stato interpretato in senso maggiormente elastico rispetto ai casi in precedenza citati, che peraltro, avevano ad oggetto misure adottate "in the context of structural adjustment programs negotiated with EU institutions, in accordance to procedures governed by EU law and to pursue objectives, such as the reduction of the excessive deficits,

⁶⁵ Sentenza del 27 November 2012, *Pringle*, C-370/12. Come correttamente osservato da F. COSTAMAGNA, *The Court of Justice and the Demise of the Rule*, cit., 20, nel caso di specie "Regrettably, the Court did not conclusively address the other issue on the table, i.e. whether the Charter applies when EU institutions, such as the Commission and the European Central Bank, act within the context of the ESM Treaty, as it happens, for instance, when they participate to the definitions of the conditions attached to the assistance package. In this regard, it is worth considering that, in her conclusions on the case, Advocate General Kokott made clear that the Commission "as such is bound by the full extent of European Union law, including the Charter of Fundamental Rights". Diversamente opina J. ZILLER, *Art. 51 (Ambito di applicazione)*, in R. Mastroianni – O. Pollicino – S. Allegrezza – F. Pappalardo – O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1048, che considera scontato che la Commissione e la BCE siano soggette alle disposizioni della Carta quando applicano il MES per il quale il problema giuridico non concerne l'applicazione della Carta "quanto il fatto che i pareri adottati dalle due istituzioni in questo ambito abbiano la natura di atti preparatori e cioè potrebbero limitare le possibilità di controllo giurisdizionale". Il punto, tuttavia, come si dirà, è stato superato dalla sentenza *Ledra*.

⁶⁶Sul caso cfr. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 25, che ha giudicato il rinvio del giudice portoghese, di taglio provocatorio. Cfr. S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., 25, secondo il quale sinché non si supererà lo scoglio del bilanciamento ineguale "che spinge ad estromettere dal controllo di compatibilità con i diritti fondamentali l'ordinamento parallelo costituito dalla nuova *governance* economico-monetaria dell'eurozona, sarà difficile immaginare uno spazio per nuove formule di bilanciamento".

⁶⁷ In tal senso anche R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali*, cit., 14.

⁶⁸ Sentenza del 26 febbraio 2013 C-617/10. Cfr. N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 96, 2013, 88; J. ZILLER, *Art. 51*, cit., 1054; E. LONGO, *La sentenza nella causa C-617/10 Åkerberg Fransson*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 1/2013. Cfr. anche la successiva sentenza *Siragusa*, C-206/13 in cui la Corte ha precisato che deve sussistere un "collegamento di una certa consistenza tra l'atto nazionale in questione e la norma di diritto dell'Unione diversa dalla Carta", così N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 251.

sanctioned by EU norms. In a word, they clearly have a much stronger link with the EU legal order than those in *Åkerberg Fransson*⁶⁹.

Al riguardo, tuttavia, la sentenza *Ledra* ha chiarito molti profili legati all'ambito di applicazione della Carta, statuendo che "se anche l'attività degli Stati membri all'interno del MES non rientra di per sé nell'ambito di applicazione della Carta, il coinvolgimento delle istituzioni dell'Unione svolge una funzione di «cerniera» che consente, anzi esige, un allineamento allo standard di tutela della Carta, che dovrebbe essere considerato come una soglia minima di protezione"⁷⁰

Alcune recenti prese di posizione lasciano, poi, intravedere spiragli interessanti, e seppur non presentandosi come esempio di chiaro cambio di prospettiva, sono interpretabili certamente come un passo in avanti nella direzione di una maggiore tutela. Ci si riferisce alle decisioni assunte dalla Corte di giustizia nel corso del 2018 aventi ad oggetto il tema del diritto del lavoro europeo e, ancora, i problemi applicativi della Carta nel campo sociale. Le due sentenze adottate della grande Sezione della Corte di giustizia del 6 novembre 2018 *Bauer e Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, lette assieme alla sentenza *Smith* del 7 agosto 2018 e alla sentenza *Egenberger* del 17 aprile dello stesso anno, sanciscono, infatti, l'applicazione diretta nelle controversie tra privati delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali di contenuto imperativo e categorico, qualora chiare, precise e incondizionate sulla portata del diritto "come già accertato con l'art. 21 sul divieto di discriminazione, con l'art. 47 sul giusto processo, con l'art. 31, paragrafo 2, sul diritto alle ferie annuali e, si aggiunge, con l'art.20 sul diritto di tutte le persone all'uguaglianza davanti alla legge"⁷¹.

I descritti interventi della Corte di giustizia, dei quali non va sottovalutata l'importanza, vanno letti nella prospettiva dell'implementazione del pilastro sociale europeo anche, se, per le ragioni che si diranno, non ci sembra di ravvisare nella giurisprudenza segnali generali e del tutto convincenti di inversione della logica funzionalista caratterizzante da decenni il percorso dell'integrazione europea. Seppur, come si è detto, sarebbero forse state possibili altre strade, il problema rimane politico, di progettazione, ma, a questo, punto, soprattutto di disponibilità di bilancio e di effettività, come tale irrisolvibile dalla *solà* giurisprudenza, costretta tra le maglie di un bilanciamento che segue ad apparire fortemente ineguale⁷².

6. Il Pilastro dei diritti sociali.

In tale scenario, che ruolo può recitare il nuovo Pilastro sociale europeo? Siamo dinanzi ad un cambio di passo? Ad una riconfigurazione del modello di tutela dei diritti sociali fondamentali? O, più semplicemente, dinanzi all'ennesima proclamazione di diritti finalizzata a rinfrancare la fiducia

⁶⁹ Cfr. F. COSTAMAGNA, *The Court of Justice*, cit., 22

⁷⁰ Sulla sentenza *Ledra* cfr. N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: i limiti di applicazione*, Milano, 2018, 154, secondo la quale, tuttavia, è dubbio che la tutela giurisdizionale effettiva, nonostante la sentenza *Ledra*, possa concernere l'ipotesi del MES "dal momento che l'accertamento della violazione della Carta da parte di una istituzione europea non si riflette automaticamente sull'atto del MES alla cui adozione tale istituzione ha concorso". Sul punto cfr., anche, S. VEZZANI, *Sulla responsabilità extracontrattuale dell'Unione europea per violazione della Carta dei diritti fondamentali: riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia nel caso Ledra*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2017, 154 ss.

⁷¹ Cfr. V. DE MICHELE, *Il pilastro sociale europeo e la Carta dei diritti fondamentali Ue nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in G. Bronzini (a cura di), *Verso un Pilastro sociale europeo*, cit., 72 ss.

⁷² G. BRONZINI, *Introduzione*, in Id. (a cura di) *Verso un Pilastro sociale europeo*, cit., 8, che, commentando le sentenze del 2018, parla di un "notevole rilancio" della Carta nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo anche in materia sociale. Cfr. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 25, secondo la quale il "cammino giurisprudenziale sui diritti sociali come «diritti di cittadinanza» si va compiendo senza che spinte decisive al suo sviluppo derivino dall'interpretazione giurisprudenziale della Carta, oggetto di una lettura "minimalista" da parte del Giudice europeo".

dei cittadini in un'epoca di enorme crisi sistemica (aggravata, oggi dagli effetti della nefasta pandemia da Covid-19)?

Analogamente a quanto detto in precedenza, anche rispondere a queste domande non è semplice. Da un punto di vista formale, il documento proclamato congiuntamente dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione al vertice sociale per l'occupazione equa e la crescita di Göteborg del 17 novembre 2017, da molti enfaticamente considerato come nuova *pietra miliare* del progressivo consolidamento di un reale modello sociale europeo, consiste, in realtà (verrebbe da dire, ancora una volta) in una dichiarazione riassuntiva di taglio programmatico di diritti sociali fondamentali, destinati a concretizzarsi attraverso una serie di misure ipotizzate e predisposte (sinora, in minima parte) dalla Commissione europea con la collaborazione prioritaria degli Stati membri⁷³. La proclamazione relativa al Pilastro, priva di valore giuridico vincolante, ad esito della consultazione pubblica avviata dalla Commissione nella primavera del 2016, prende, infatti, atto dei seri problemi di credibilità del modello sociale europeo, essenzialmente sul piano dell'effettività⁷⁴.

Prima di entrare brevemente nel merito del documento, un primo elemento di curiosità è rappresentato dall'utilizzo della nozione di pilastro, ricorrente nel lessico comunitario, che, tuttavia, evoca, come spiegano i teorici della scienza delle costruzioni e del restauro, un elemento strutturale imprescindibile, intimamente e irrimediabilmente connesso alla progettazione iniziale della struttura.

Il Pilastro, come noto, è, infatti, l'elemento realizzato immediatamente dopo le fondamenta, con le quali è in contatto e sulle quali scarica i pesi che su di esso gravano. Proprio la scienza delle costruzioni spiega, inoltre che è più corretto discorrere di "pilastri", essendo, il pilastro al singolare, coincidente con la colonna, una struttura, insomma, autoportante.

I pilastri, al plurale, sono destinati, al contrario, a sopportare in maniera omogenea i carichi, che vanno equamente ripartiti. In assenza di uno solo dei pilastri portanti la struttura, insegna ancora la statica, è a repentaglio. Da una condizione progettata come iper-statica può passarsi dunque, immediatamente, ad una condizione labile, a seguito della quale si innescano dei cinematici che immediatamente spingono in direzione del collasso. Se i cinematici già si sono innescati, se cioè si ragiona *ex post*, il sostegno può essere garantito, con minor sicurezza, tramite la diversa figura strutturale del "puntello", presidio attivo eterogeneo destinato a ridurre i danni derivanti dalla labilità di cui si diceva.

La curiosità circa l'impiego di questa figura retorica è stata condivisa dalla dottrina, che ha chiarito che nel caso di specie, essa non renderebbe affatto la natura dell'iniziativa, che, al contrario, si segnala per la sua *liquidità*, per il suo fluire dinamico, per la sua azione ad ampio spettro⁷⁵. Al

⁷³ Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dal titolo Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali COM (2017), alla quale si affianca una solenne proclamazione inter-istituzionale COM (251). Cfr., inoltre, la Raccomandazione (UE) 2017/761 della Commissione e l'iniziativa della stessa Commissione per sostenere l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare di genitori e prestatori di assistenza che lavorano COM (2017) 251. A tali atti ha fatto seguito la proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sull'oggetto dell'iniziativa della Commissione e la contestuale modifica, ampliamento e conseguente abrogazione della direttiva 2010/18/UE in tema di congedi parentali del Consiglio COM (2017) 254 che, pure, contiene qualche innovazione in tema di congedo di paternità e di congedo per prestatori di assistenza. In argomento, cfr. S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2017; 953 ss; A. CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione per i diritti sociali*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), numero speciale, 4/2018, 20 ss.; J. LUTHER, *Il futuro dei diritti sociali*, cit., 48 ss.; S. GARBEN, *The European Pillar of Social Rights: An Assessment of its meaning and significance*, cit., 101 ss.

⁷⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione, Avvio di una consultazione su un pilastro europeo dei diritti sociali, COM (2016), 127, 8 marzo 2016.

⁷⁵ Cfr. S. GARBEN, *The European Pillar of Social Rights: An Assessment of its meaning and significance*, cit., 101 "The static imagery evoked by the notion of a pillar arguably does not capture the true nature and potential of the initiative,

contempo, rileva la sua natura programmatica, fondandosi sulle iniziative che saranno assunte in funzione dei suoi principi. In tal senso, per prendere sul serio la metafora del Pilastro, certamente non può essere considerato elemento portante di una diversa idea della relazione tra Stato sociale e mercato – deponendo, in senso contrario, come si diceva innanzi, la sua natura prevalentemente riassuntiva e ricognitiva di diritti e principi formanti l'*acquis* sociale comunitario, la cui (mancata) effettività segue a costituire il “problema” al quale si intende rimediare.

Da un punto di vista strettamente formale, il Pilastro consiste in un catalogo di venti principi e diritti, suddivisi in tre capitoli, caratterizzati da un fraseggio significativo: a) pari opportunità e accesso al mercato del lavoro (che include diritto all'istruzione, apprendimento permanente, divieto di discriminazioni fondate sul genere, razza, sull'appartenenza etnica, religiosa, sulle opinioni personali, sul sesso, sulla disabilità, l'eguaglianza tra uomo e donna e il supporto all'impiego); b) condizioni eque di lavoro (che include best practices, supporto informativo sulle condizioni di lavoro e la protezione in caso di licenziamento, dialogo sociale e coinvolgimento dei lavoratori, protezione dei dati personali e ambiente di lavoro salubre); c) inclusione e protezione sociale (che include assistenza all'infanzia e ai minori, protezione sociale, sussidi di disoccupazione, reddito minimo, reddito e pensioni di vecchiaia, assistenza sanitaria, inclusione delle persone affette da disabilità, assistenza a lungo termine, housing sociale e assistenza ai senzatetto, accesso ai servizi essenziali).

Come la dottrina ha osservato in relazione alla Carta di Nizza, in un catalogo di diritti e principi, la sistematica, la scansione, la metrica, non costituiscono, come intuibile, elementi neutrali, rivelando, piuttosto, la filosofia ispiratrice del documento. Opportunamente, dunque, la dottrina ha segnalato il ruolo egemone affidato alla c.d. “giustizia di accesso”, che, naturalmente, non coincide con la giustizia sociale sostanziale. L'attenzione ai temi della flessibilità in entrata e in uscita (la c.d. *flexicurity*), la mancata evidenza di un contrasto al *dumping* sociale, la riconfigurazione in termini procedurali delle garanzie contro i licenziamenti, l'enfasi sulla nozione – per noi del tutto controversa – di eguaglianza delle opportunità, sono, nel loro insieme, elementi che, con altri, esemplificano il permanere del modello culturale ed economico retrostante la Raccomandazione inerente al Pilastro.

L'approccio fragile alla *main question* relativa al modello macro-economico prevalente ed al ruolo “condizionato” dei poteri pubblici statali non è, insomma, priva di conseguenze, provocando ricadute che si riflettono sulla struttura e sull'operatività dei diritti e dei principi menzionati nel pilastro. Bene ha fatto, dunque, la dottrina a rimarcare che ci si trova innanzi ad una delle “enunciazioni più limpide della nuova costellazione neoliberale dei diritti di libertà...del soggetto di prestazione”⁷⁶.

In realtà, come spesso accade dinanzi ad iniziative di un certo spessore avanzate in ambito europeo, si riscontrano posizioni molto diverse in letteratura.

Se, come si è detto, in prospettiva critica, alcuni hanno rimarcato la funzione regressiva del Pilastro rispetto alla Carta di Nizza, considerandolo documento formalmente e contenutisticamente fragile (Raccomandazione e Proclamazione inter-istituzionale) e, dunque, in grado di rappresentare addirittura un fattore di destabilizzazione del percorso di progressiva costituzionalizzazione dei diritti sociali europei condotto sulla scorta della Carta dei diritti fondamentali e del Trattato di Lisbona, nonché, potrebbe aggiungersi, documento che sconta sin troppo la sua natura programmatica, deficitario, dunque, proprio in funzione della fluidità che dovrebbe rappresentare il suo elemento caratteristico, altri hanno adottato una posizione più ottimistica, segnalando il potenziale dell'iniziativa della Commissione e la sua attitudine a ripensare l'Agenda europea in senso

which is dynamic and fluid, wide ranging, and permeating”; *Id*, *The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?*, in *European Constitutional Law Review*, 14, 2018, 210.

⁷⁶ Cfr. S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., 58.

sociale e a rinforzare la relazione tra Unione europea, Consiglio d'Europa e Organizzazione internazionale del lavoro (OIL).

In questa scia, è stato osservato che la scelta di elaborare un documento che riunisce, essenzialmente a fini di maggiore visibilità, principi e diritti sociali già presenti in differenti strumenti (presentati, in realtà, sotto la veste di obiettivi) va guardata con benevolenza, implicando la loro ri-attualizzazione a vent'anni dalla proclamazione della Carta dei diritti fondamentali, non a caso evocata dalla Commissione in riferimento al metodo seguito per giungere alla proclamazione del Pilastro⁷⁷. Peraltro – potrebbe aggiungersi – il documento in oggetto ripropone l'antica *querelle* – alla quale si è in precedenza accennato – relativa all'oscurità della distinzione tra diritti e principi, con l'aggravante (dovuta all'assenza di Spiegazioni) di porre tutti gli obiettivi indicati sullo stesso piano, a differenza di quanto faceva la Carta dei diritti fondamentali e ha fatto la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia (*Glatzel*), seppur con le difficoltà che in precedenza si sono indicate⁷⁸. A supporto della tesi regressiva, va osservato che diritti sociali sono ora ri-considerati, diversamente da quanto avvenuto nella Carta di Nizza, come nucleo isolato, nettamente distinto rispetto ai diritti civili e politici: la dimensione dell'indivisibilità, da tanti apprezzata in passato, diviene, dunque, recessiva. Evidentemente un passo indietro, o, forse, in diversa prospettiva, un'operazione di maggiore coerenza e sincerità⁷⁹.

A conferma di una caratterizzazione imprecisa, il Pilastro rappresenta un documento in cui figurano vecchi e nuovi diritti, che rilancia iniziative da tempo arenate, che assorbe precedenti proposte, che ne aggiunge e sostituisce altre, che si propone di inserire elementi, come, ad esempio, la creazione di un'Autorità europea del lavoro, funzionali alla riconfigurazione istituzionale delle competenze europee nel campo dei diritti sociali⁸⁰. Al riguardo, anche la dottrina orientata ad interpretare favorevolmente il contenuto del Pilastro non ha potuto non segnalare diverse ambiguità, non tanto relative al metodo utilizzato, giudicato benevolmente, perché in linea con la strategia aperta caratterizzante il documento, quanto sul versante del contenuto, dell'effettività della sua implementazione, della relazione tra diritti sanciti dal Pilastro e corrispondenti diritti garantiti dalla Carta di Nizza.

Sul primo punto, ad esempio, è stato osservato che il catalogo presenta lacune di primaria importanza (suscitando complementari dubbi interpretativi), mancando disposizioni inerenti a diritti di rango primario, corrispondenti a quelli di cui all'art. 31, par. 2, della Carta e non facendo riferimento a principi fondamentali della cultura giuridica, quali quelli della complessiva dignità del lavoratore. Altra ambivalenza segnalata è fondata sulla dimensione territoriale inerente alla sua efficacia. Prioritariamente concepito per i Paesi della zona euro, come si desume dalla Raccomandazione, il tema, ridefinito dalla Proclamazione inter-istituzionale, che pare fare riferimento ad ogni Stato membro, provoca comunque un certo imbarazzo, non parendo congruo che un documento dotato di tale simbolismo (almeno sulla carta) possa essere oggetto di implementazione diversificata⁸¹.

⁷⁷ Nel primo senso, cfr. S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti*, cit., 960; nel secondo S. GARBEN, *The European Pillar of Social Rights: An Assessment of its meaning and significance*, cit., 105. Per una lettura equilibrata delle disposizioni del Pilastro cfr. F. GUARRIELLO, *Il Pilastro europeo e la riscoperta delle parti sociali*, in G. Bronzini (a cura di), *Verso un Pilastro sociale europeo*, cit., 57 ss. Secondo parte della dottrina, peraltro, il Pilastro indebolirebbe la Carta, privilegiando l'aspetto della diffusione a scopo conoscitivo dei diritti sociali rispetto a quello della loro garanzia giuridica, cfr., in tal senso, A. O. COZZI, *Perché il Pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2018, 517.

⁷⁸ Cfr. N. LAZZERINI, *La Corte di giustizia UE*, cit, 3.

⁷⁹ Cfr. A. O. COZZI, *Perché il Pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta*, cit., 517

⁸⁰ Cfr., il Regolamento (UE) 2019/1149 del Parlamento e del Consiglio che istituisce l'Autorità europea del lavoro

⁸¹ Per questa lettura, cfr. S. GARBEN, *The European Pillar of Social Rights: An Assessment of its meaning and significance*, cit., 110 ss.

7. La strategia di attuazione: problemi aperti.

Sul versante dell'attuazione, la strategia (dichiaratamente funzionalista) delineata dalle istituzioni comunitarie si fonda su atti normativi (in verità residuali, come è naturale stante le competenze prioritaria degli Stati membri) e su svariati strumenti di *soft law*⁸².

Se le soluzioni ipotizzate hanno ricevuto diverse critiche di parte della dottrina, la scelta di "verificare nel processo reiterativo di *governance* macroeconomica (il "semestre europeo") le modalità di perseguimento degli obiettivi contenuti nel Pilastro sociale" è stata oggetto di valutazioni improntate ad un maggiore ottimismo, perché considerata una potenziale "correzione di rotta, in linea con l'art. 9 TFUE, che impone di vagliare tutte le politiche e le misure normative alla luce degli obiettivi sociali enunciati nel Trattato"⁸³. Al di là delle diverse, possibili interpretazioni, in epoca post-pandemica (per quanto la situazione attuale di diffusione del virus a livello mondiale renda questa definizione poco più che un auspicio), l'attuazione del Pilastro si pone come elemento imprescindibile per sostenere i soggetti che più hanno sofferto lo shock economico causato dal Covid-19. In quest'ottica si pone, peraltro, la Dichiarazione dei Ministri delle finanze dell'Unione europea del 23 marzo 2020 sul Patto di Stabilità e crescita relativa all'utilizzo della clausola di salvaguardia generale.

Il ricorso alla clausola, per quanto evidentemente necessitato e strettamente collegato all'emergenza, è una novità che va salutata con favore, potendo garantire la flessibilità necessaria – si legge nella Dichiarazione – per adottare le misure adeguate a sostenere i sistemi sanitari europei, di protezione civile e di tutela delle economie nazionali. In campo sociale, tra le diverse misure predisposte, particolare attenzione merita poi l'attivazione di uno specifico strumento (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency -SURE*), che, pur non costituendo uno strumento di effettiva politica sociale (peraltro temporaneo), si pone, mediante l'erogazione di prestiti agevolati, l'obiettivo di aiutare la popolazione, alimentando la fiducia verso le istituzioni comunitarie nell'ottica della risposta alla crisi e la modifica del Fondo di solidarietà dell'Unione europea, il cui ambito di applicazione è esteso alla emergenze in campo sanitario⁸⁴. È intuitivo considerare, peraltro, che gli effetti nefasti della crisi pandemica, imprevisi ed imprevedibili, comporteranno cambiamenti nella strategia della Commissione nei mesi a venire e che il piano d'azione prefigurato

⁸² Sul cui utilizzo generale in ambito sovranazionale si sofferma F. TERPAN, *Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2014, 6 ss. Allo stato, nell'ambito del Pilastro, sono state approvate alcune iniziative: a) Direttiva (UE) 1159/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza (di cui si è detto in precedenza); b) Regolamento (UE) n. 2019/1149 del Parlamento europeo e del Consiglio in pari data, che istituisce l'Autorità europea del lavoro; c) Direttiva (UE) 2019/983 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, sulla protezione dei lavoratori dai danni derivanti dall'esposizione ad agenti cancerogeni o mutageni durante il lavoro; d) Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni dal titolo Un'Europa sociale forte per transizioni giuste COM, 14 fin., 14 gennaio 2020, che segna (nelle intenzioni) la strada per l'attuazione del Pilastro. Questo documento indica il percorso temporale identificando nel novembre del 2020 la data entro la quale le istituzioni comunitarie e i partner hanno l'onere di presentare proposte e osservazioni ai fini di concretizzazione dei diritti e dei principi fissati nel Pilastro.

⁸³ Cfr. F. GUARRIELLO, *Il Pilastro europeo e la riscoperta delle parti sociali*, cit., 58. Alcune analisi hanno peraltro evidenziato come la strategia di implementazione connessa alla *socializzazione* del semestre si sia rivelata, sinora, piena di ostacoli, cfr. N. MACCABIANI, *Il duplice "stress test" del Pilastro europeo dei diritti sociali nell'UEM in via di completamento: nuove iniziative, vecchie questioni*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 24, 2018.

⁸⁴ Sul punto le valutazioni preoccupate di F. COSTAMAGNA, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla Pandemia Covid-19 (SURE): un avanti nella giusta direzione ma che da solo non basta*, in *SIDIBlog* (<http://www.sidiblog.org/>), 5 aprile 2020.

dal documento dal titolo: *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, subirà qualche aggiustamento⁸⁵.

Quello che è certo è che proseguire nell'attuazione dei diritti e dei principi indicati dal Pilastro sembra, oggi, operazione veramente indefettibile (pur con i limiti dello strumento che si sono sinteticamente evidenziati). Se questo potrà avvenire, tuttavia, seguendo a non affrontare la questione principale, relativa alla relazione tra Stato e mercato caratterizzante il modello economico egemonico, non è dato saperlo. Come non è dato sapere se in ambito europeo possa seguitarsi a privilegiare la funzione rispetto alla struttura, per parafrasare Bobbio⁸⁶. Quanto sappiamo, però, è che l'economia non può che essere *politica*, e che ad ogni modello economico corrisponde, con Marx, un determinato assetto della società.⁸⁷ Per questo motivo appare chiaro che, a maggior ragione in questa delicatissima fase storica, i cittadini europei difficilmente potranno accontentarsi di dichiarazioni roboanti e formali, per quanto dotate di valore simbolico significativo, ma deficitarie sul profilo della garanzia effettiva dei crescenti bisogni.⁸⁸

Il pericolo che corre l'Europa in questa delicatissima fase è, infatti, quello di non reggere alle spinte del risentimento popolare, connesso al cortocircuito tra aspettative e impotenza, alimentato ad arte dalla vocazione bieca e populista di diverse formazioni politiche operanti all'interno degli Stati membri. Uno scenario da scongiurare ad ogni costo, da contrastare proprio sul piano dell'effettività dei diritti sociali, rispetto alla quale un "puntello" rischia di rivelarsi insufficiente.

⁸⁵Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, Bruxelles, 14.1.2020 COM(2020) 14 final.

⁸⁶ Il riferimento è a N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.

⁸⁷ Cfr., ora, i diversi contributi pubblicati nel fascicolo monografico dal titolo *Marx e il diritto*, in *Democrazia e Diritto*, 2, 2019.

⁸⁸ Sul valore simbolico del Pilastro, cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), numero speciale 4/2018, 38

RAFFAELE BIFULCO

Sovrappopolazione, qualità della democrazia e sviluppo sostenibile

SOMMARIO: 1. Oggetto e metodo dell'analisi. – 2. Alcuni dati sulla popolazione mondiale. – 3. Il pianeta è già sovrappopolato? – Qualità della democrazia, sicurezza, ambiente. – 4.1. *Sovrappopolazione e qualità della democrazia* – 4.2. *Sovrappopolazione, sicurezza, migrazioni*. – 4.3. *Sovrappopolazione e questione ambientale*. – 4.4. *Le ragioni del silenzio in materia di sovrappopolazione*. – 5. Il dibattito internazionale sulla sovrappopolazione: dal *Kissinger Report* ai diritti riproduttivi. – 6. Tra diritto internazionale e diritto costituzionale: il diritto a procreare. – 7. Conclusioni.

1. Oggetto e metodo dell'analisi.

Diritti e libertà sono scritti nelle costituzioni. Ma ogni giurista sa che poi quei diritti e quelle libertà vivono nel mondo concreto e da questo sono condizionati nella più varia misura. E quindi una cosa è prevedere e garantire il diritto alla salute in un paese di 60-80 milioni di abitanti, altro è assicurarlo in un paese che non supera la decina di milioni; e ciò vale anche se si limita il confronto ai c.d. paesi sviluppati o ricchi. Tra questi fattori limitanti vi è appunto la popolazione, intesa come insieme degli individui che sono presenti in un certo paese in una certa fase storica. Se la popolazione cresce (o decresce) troppo rapidamente all'interno di uno Stato, è inevitabile che vi siano riflessi non solo sulla fruibilità dei diritti e delle libertà ma anche su altri profili che interessano da vicino il diritto, e in particolare il diritto costituzionale, visto che è questo il settore del diritto chiamato a dare ordine e regole alla collettività che insiste sul territorio di quello Stato¹. Come si vedrà, oggi il problema è ancora più complesso a causa della dimensione oramai raggiunta dalla popolazione mondiale e delle sue prospettive di ulteriore crescita; è più complesso perché è proprio la dimensione globale della popolazione mondiale che ha effetti pervasivi, come in un sistema di vasi comunicanti, sullo stato del pianeta e quindi anche su quegli Stati che vivono fasi di decrescita o di bassa natalità.

Le pagine che seguono si propongono di esaminare il problema della sovrappopolazione (da ora anche SP) in una prospettiva giuridica, *tendenzialmente* costituzionalistica. Il punto di osservazione non è legato ad un ordinamento statale in particolare; le lenti analitiche privilegiate saranno quelle costituzionalistiche, adattate per un complesso confronto con questioni che vanno oltre il perimetro tradizionale di riferimento del diritto costituzionale. Questa prospettiva così ampia è dovuta ad una serie di difficoltà che chi scrive ha incontrato. La prima è legata alla mancanza di competenze specifiche del giurista in relazione ad un tema che rientra, da sempre e principalmente, nell'ambito della demografia e della scienza economica². Di conseguenza sono anche pochi gli scritti giuridici in argomento. La seconda è legata alla natura dell'oggetto di analisi: il tema della sovrappopolazione non si presta ad essere analizzato con gli occhiali del diritto nazionale, indipendentemente dal fatto che a indossarli sia un privatista o un pubblicista. Rimane ovviamente fermo che alcuni profili della SP sollevano questioni che possono interessare maggiormente un certo ramo del diritto rispetto ad

¹ In chiave comparatistica cfr. B. OPESKIN, E. NWAUCHE, *Constitutions, populations and demographic change*, in M. TUSHNET, T. FLEINER, C. SAUNDERS (eds), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, London-New York, 2013, 455-459, che nell'ampiezza, nella distribuzione, nella struttura e nei processi individuano quattro dimensioni rilevanti della popolazione per l'organizzazione costituzionale.

² M. P. GOLDING, N. HOTZMAN GOLDING, *Ethical and Value Issues in Population Limitation and Distribution in the United States*, in 24 *Vanderbilt Law Review*, 3/1971, 500; C. J. DILLARD, *Rethinking the Procreative Right*, in *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 10, 1/2007, 3, sul ritardo della scienza giuridica nel 'population field'.

un altro (come ad esempio la questione dell'esistenza del diritto a procreare). Non da ultimo vi è pure la consapevolezza che l'Italia vive problemi demografici apparentemente lontani da quelli della sovrappopolazione, attraversando una fase di denatalità che coinvolge anche altri Stati dell'Unione europea³.

Stanno in sintesi qui le ragioni che hanno portato a privilegiare una prospettiva di analisi, per così dire, orizzontale piuttosto che verticale: l'intento è, in altri termini, quello di individuare le principali questioni giuridiche che solleva il problema della sovrappopolazione e di segnalarne le ricadute su questioni rilevantissime per gli ordinamenti giuridici contemporanei. Neppure saranno fornite soluzioni confezionate a tali questioni. Le risposte che il diritto può fornire a un tema del genere non sono rinvenibile in un *corpus* compiuto di norme, sia essa una legge o un codice. E difatti l'idea che ha spinto a problematizzare la questione della SP è la convinzione che essa intercetti il diritto indirettamente, nell'ambito di questioni che sono prettamente giuridiche (come la titolarità dei diritti fondamentali, la garanzia di determinate prestazioni sociali, la disponibilità di adeguate risorse ambientali, l'eguaglianza di genere e così via).

E tuttavia –lo si ribadisce fin da queste righe iniziali- popolazione è oggetto eminentemente, *naturalmente* giuridico. A guardar bene, popolo e territorio sono, insieme al governo, all'origine dell'entità statale; ne sono anzi il presupposto fisico. Dunque, per il diritto costituzionale popolo e territorio sono come la matita e il compasso per l'architetto o l'ingegnere (prima dell'avvento di Internet). Certo, popolazione è concetto non coincidente con quello di popolo e tuttavia è rilevante per il diritto costituzionale; basti pensare al delicatissimo profilo della titolarità dei diritti fondamentali, e cioè se essi spettino ai soli cittadini o anche agli stranieri oppure ai problemi legati alle grandi concentrazioni urbane e alle diseconomie di scale che esse comportano⁴.

In ragione dello stato attuale cui è giunta la popolazione mondiale e dei preoccupanti mutamenti dell'ambiente, la questione della (sovrap)popolazione è dunque parte inscindibile e preponderante di quel modello di sviluppo sostenibile a cui tutti i paesi del mondo sviluppato dicono di voler partecipare. È dunque una questione globale e nazionale allo stesso tempo: globale, perché può essere affrontata solo se discussa e risolta all'interno della comunità internazionale; nazionale, perché tocca da vicino le singole collettività nazionali (i popoli) e soprattutto perché le concrete politiche pubbliche dirette ad affrontare il problema sono ancora in mano ai singoli Stati⁵.

Il contributo si dipana nella seguente maniera. Nel prossimo paragrafo verranno forniti alcuni dati relativi alle dimensioni della popolazione mondiale, mentre in quello successivo, partendo dalla presa d'atto che il mondo è già sovrappopolato, saranno rese evidenti le interrelazioni tra SP e qualità della democrazia, che rendono poco giustificabile la mancata iscrizione nell'agenda della comunità internazionale del tema della SP.

Nel par.5, attraverso un rapido esame delle conferenze internazionali in materia di popolazione, si darà conto della progressiva emersione dei c.d. diritti riproduttivi, giungendo a sostenersi, nel paragrafo successivo, che il diritto alla procreazione, pur avendo lo *status* di diritto umano, può entrare in bilanciamento con interessi contrapposti, che giustificano politiche regolative. Le conclusioni sono dedicate all'analisi di alcuni problemi posti dalle politiche regolative, con riferimenti ad esperienze concrete, e contengono una proposta di arricchimento del concetto di sviluppo sostenibile.

³ Cfr. A. ROSINA, *Un paese che ha abolito i figli non può sperare nella rinascita*, in *Il Sole 24 Ore* (<https://www.ilsole24ore.com/>), 13 giugno, 2020, 22.

⁴ M. LIVI BACCI, *Storia minima della popolazione del mondo*, Bologna, il Mulino, 2016, V ed., 324-5.

⁵ J. A. CASSILS, *Overpopulation, Sustainable Development, and Security: Developing an Integrated Strategy*, in *Population and Environment*, 25, 3/2004, 176.

2. Alcuni dati sulla popolazione mondiale.

Gli *Highlights* del *World Population Prospects 2019*, curati dalle Nazioni Unite, confermano che la popolazione mondiale continua a crescere. A metà del 2019 essa ha raggiunto i 7,7 miliardi di individui; dal 2007 si è aggiunto un miliardo di individui e dal 1994 due miliardi. Ci si aspetta che la popolazione raggiunga gli 8,5 miliardi nel 2030, per salire a 9,7 nel 2050 e 'arrestarsi' a 10,9 nel 2100⁶. Il dato prospettico dice che -dei due miliardi di individui che si aggiungeranno tra il 2019 e il 2050- 1,05 provverrà dai paesi dell'Africa sub-sahariana, mentre un altro 25% arriverà dall'Asia centrale e meridionale⁷.

Altro rilevante dato è che il pianeta vive un 'population moment', una sorta di slancio della popolazione dovuto alla tendenza della popolazione a crescere, nonostante un tasso di fertilità calante, a causa dell'alta concentrazione di individui in giovane età⁸. La crescita si concentrerà in particolare in nove Stati: India, Nigeria, Pakistan, Repubblica democratica del Congo, Etiopia, Repubblica Unita di Tanzania, Indonesia, Egitto e Stati Uniti d'America⁹.

Tuttavia, la notizia di maggior valore è forse quella che riguarda quanto accaduto proprio nel 2019: in questo anno, per la prima volta nella storia, la popolazione mondiale con un'età uguale o maggiore a 65 anni ha superato il numero di bambini con un'età inferiore a 5 anni. Ciò vuol dire che, nel 2050, in 48 paesi -situati per lo più in Europa, Nord-America, Asia orientale e sud-orientale- il rapporto tra individui in età lavorativa (tra i 25 e i 64 anni) e persone sopra i 65 anni sarà inferiore a 2 (nell'Africa sub-sahariana, nel 2019, è stato di 11,7). Questa inversione avrà indubbie conseguenze sul mercato del lavoro e sul riparto generazionale della pressione fiscale con probabili ricadute negative per gli individui anziani riguardo all'assistenza pubblica sanitaria, pensionistica e di assistenza sociale¹⁰.

I pochi dati appena indicati ci raccontano di una popolazione mondiale in continua espansione, anche se in alcune parti del pianeta la crescita si è fermata e la popolazione decresce. Eppure, per quanto impressionanti, le cifre, prese nella loro absolutezza, non riescono a trasmettere la dimensione storica della crescita, la sua proiezione nel tempo. A tal fine basti considerare che - nell'arco di oltre due millenni, prendendo in considerazione il periodo di tempo che va dal 400 a.C. al 1800- la popolazione mondiale cresce da 153 a 954 milioni, mentre, nello spazio di due secoli, essa passa da 954 milioni a 6.127 miliardi¹¹.

3. Il pianeta è già sovrappopolato?

Nonostante la tendenza alla crescita della popolazione sia indiscutibile, è invece molto controverso quando possa effettivamente parlarsi di SP. Il termine ha indubbiamente una valenza

⁶ UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, POPULATION DIVISION, *World Population Prospects 2019* (Highlights), 2019, 5.

⁷ *Ibidem*, 6.

⁸ *Ibidem*, 8. È evidente che il 'population moment' risulta da una considerazione globale della crescita della popolazione, visto che in circa la metà degli Stati esistenti, e quindi per un totale di popolazione pari a circa il 40% di quella mondiale, il tasso di natalità è al di sotto del tasso di mantenimento: sul punto cfr. M. BALTER, *The Baby Deficit*, in *Science*, 312, n. 5782, 30/2006, 1894. Il tasso di mantenimento, che assicura l'equilibrio della popolazione mondiale, è fissato dai demografi a due (2 o 2.1) figli per coppia.

⁹ *Ibidem*, 12.

¹⁰ *Ibidem*, 19-20. Sul punto anche E. HOLODNY, *The world is about to see an unprecedented demographic shift*, in *World Economic Forum* (<https://www.weforum.org/>) 18.5.2016, 1, che ritiene tale inversione di tendenza una delle più grandi transizioni demografiche della storia.

¹¹ I dati sono tratti da LIVI BACCI, *Storia minima della popolazione del mondo*, cit., 42.

negativa, alludendo a un eccesso di popolazione. Tenendo conto di ciò, alcuni autori ritengono che non si potrebbe parlare di SP fintantoché non si arrivi ad uno scenario malthusiano in cui le persone muoiono di fame per effetto dell'eccesso di popolazione¹²; per altri, invece, lo stato di SP può considerarsi raggiunto molto prima, e cioè al manifestarsi di fenomeni di povertà, di conflitti, di mancanza di cure mediche, di riscaldamento terrestre, di deforestazione e così via¹³. Stando al primo approccio non si potrebbe ragionare, oggi, di SP, mentre, aderendo al secondo, ci si troverebbe già in uno stato di SP¹⁴.

Coloro che criticano il ricorso al concetto di SP hanno un punto a favore, poiché, per parlare di sotto o sovrappopolazione, bisogna pur far riferimento a un parametro che dica quante persone può contenere un determinato luogo (nel caso, il pianeta terra). È la questione della misura ideale (optimum size) di popolazione, che tuttavia scivola inevitabilmente in questioni morali, poiché ad essere in gioco non è la mera sopravvivenza ma una qualche idea del buon vivere¹⁵. Che la terra possa sopportare un carico di popolazione oscillante intorno agli 11 miliardi può senz'altro ammettersi¹⁶; il punto è come vivranno le persone in un contesto simile, come ci arriveranno, quali nuovi e ulteriori conflitti ciò potrà scatenare¹⁷.

L'atteggiamento mentale dei critici della SP sottovaluta tuttavia il ruolo che l'eccesso di popolazione ha svolto e sta svolgendo come causa principale o concausa del degrado ambientale del pianeta. Anche a non volere accedere alle tesi di chi ritiene che la sovrappopolazione sia la causa principale o primaria di fenomeni come l'effetto serra, la desertificazione e il cambiamento climatico¹⁸, appare difficilmente revocabile in dubbio che la SP sia tra le concause del degrado

¹² J. RYBERG, *The Argument from Overpopulation – Logical and Ethical Considerations*, in *Population and Environment*, 19, 5/1998, 413 ss.

¹³ S. CONLY, *The Right to Procreation: Merits and Limits*, in *American Philosophical Quarterly*, 42, 2, 2005, 111.

¹⁴ Per un esame delle differenti posizioni C. N. RADAVOI, *Thoughts on the U.N. 2017 Population Prospects: Procreation-Related Internationally Wrongful Acts, and Overpopulation ad Global Risk*, in *Pace International Law Review* (<http://pilir.blogs.pace.edu/>), 20, 1/2017, 130-2.

¹⁵ Ad esempio, seguendo il ragionamento di RYBERG, *The Argument from Overpopulation*, cit., 413-414, bisognerebbe chiedersi innanzitutto quale sia il valore da perseguire; poi il criterio per massimizzare tale valore; infine le circostanze da prendere in considerazione per calcolare tale valore ottimale. Secondo l'Autore una possibile definizione di popolazione ideale sarebbe "the population size which, under the actual state of affairs at t1, maximizes well-being over time" (416); v. anche J. A. ROBINSON, *Provisional Thoughts on Limitations to the Right to Procreate*, in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 18 (2), 2015, 356-7; sulla questione della dimensione ottimale della popolazione degli Stati Uniti d'America cfr. D. PIMENTEL, R. HARMAN, M. PACENZA, J. PECARSKY, M. PIMENTEL, *Natural Resources and an Optimum Human Population*, in *Population and Environment*, 15, 5/1994, 363.

¹⁶ Ma già G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968, 1244 osservava che "the optimum population is, then, less than maximum. The difficulty of defining the optimum is enormous".

¹⁷ Scrivendo nel 2007, J. A. BRANDER, *Viewpoint: Sustainability: Malthus revisited?*, in *Canadian Journal of Economics*, 40, 1/2007, 16, si chiede quale sia il limite di popolazione che può sopportare la terra. Facendo riferimento al 'Terrestrial Net Primary Production' (TNPP), vale a dire al complesso dei prodotti che derivano da processi di fotosintesi (land-based photosynthesis), l'Autore osserva che, al 2007, gli esseri umani consumano già più del 30% del TNPP disponibile. Il problema diventa quindi quello della velocità con cui la popolazione mondiale crescerà e il modo in cui tale aumento si realizzerà. Quanto al primo aspetto, tra il 1963 e il 2006 la popolazione mondiale è raddoppiata (da 3.2 a 6.5 miliardi). La stima dell'Autore è che la terra potrebbe sopportare un ulteriore raddoppio, senza che ciò provochi un declino degli standard di vita; tuttavia un ulteriore raddoppio sarebbe non tollerabile. Quanto al secondo aspetto, l'Autore ammette che non è possibile prevedere se un'ulteriore crescita della popolazione si realizzerà pacificamente o sarà causa di tensioni e guerre.

¹⁸ In tal senso cfr. CASSILS, *Overpopulation, Sustainable Development, and Security*, cit., 172, secondo cui "Overpopulation is the chief cause of ongoing ecological damage; overpopulation is the fundamental cause of growing insecurity; overpopulation is the prime reason that sustainable development remains beyond reach"; G. SARTORI, in G. Sartori, G. MAZZOLENI, *La terra scoppia. Sovrappopolazione e sviluppo*, Milano, Rizzoli, 2003, 22; G. KUO, *MegaCrisis? Overpopulation Is the Problem*, in *World Future Review*, Fall 2012, 25, a proposito del rapporto tra SP e cambiamento climatico. Respingono invece con forza quella che definiscono la 'people-population fallacy' GOLDING, HOTZMAN GOLDING,

ambientale. I problemi legati allo sviluppo sostenibile e molti di quelli legati alla sicurezza non possono più essere considerati in maniera separata rispetto alla questione dell'aumento della popolazione, crescente a ritmi esponenziali¹⁹. Di seguito si proverà a fornire una conferma di quanto appena affermato.

4. Qualità della democrazia, sicurezza, ambiente.

4.1. Sovrappopolazione e qualità della democrazia

La crescita della popolazione incide anche sulla qualità della democrazia. È ovviamente difficile, se non impossibile, stabilire dei precisi rapporti di causa ed effetto tra crescita della popolazione ed effetti sulla collettività di riferimento, molto dipendendo dalle concrete esigenze di quella determinata realtà storica²⁰. In ogni caso, la crescita demografica impatta sulle politiche sociali, previdenziali, assistenziali, economiche, ambientali, di sicurezza²¹. Di conseguenza, riuscire ad assicurare un giusto equilibrio tra nascita e morte vuol dire porre le condizioni per mantenere lo Stato sociale su basi solide.

Al di là di queste ovvie considerazioni, va posta attenzione sul rapporto tra democrazia e crescita demografica. Al crescere della dimensione della popolazione, infatti, cambiano le forme della democrazia. La storia mostra l'evoluzione che dalla democrazia diretta delle città-Stato della Grecia classica ha condotto alla democrazia rappresentativa degli attuali ordinamenti statali. Il continuo espandersi della popolazione all'interno di una collettività ha un sicuro impatto sui meccanismi della democrazia rappresentativa sia perché diminuisce il grado di rappresentatività degli eletti²² sia

Ethical and Value Issues in Population Limitation and Distribution in the United States, cit., 503, secondo cui "the attribution of many 'evils' solely to population size that instead should be allocated to people and their behavior patterns".

¹⁹ Con le parole degli Autori di una importante ricerca sul rapporto tra risorse naturali e dimensione ideale della popolazione: "World leaders seem not to understand or acknowledge the interdependencies existing among individual standard of living, population density, availability of life-supporting resources, and the quality of the environment. Local, national, and global problems exist because governments have not tried to develop cohesive and cooperative policies that recognize how supplies of the natural resources are affected by human numbers and consumption levels" (PIMENTEL, HARMAN, PACENZA, PECARSKY, PIMENTEL, *Natural Resources and an Optimum Human Population*, cit., 365).

²⁰ A mo' di esempio può ricordarsi che in India, nel 1976, è intervenuta una modifica costituzionale che ha fissato la popolazione al censimento del 1971, senza possibilità di aggiornamenti fino al 2026, al fine di evitare che gli Stati del Nord, in crescita demografica, potessero prendere un numero di seggi maggiori rispetto ad altri Stati con tassi di crescita della popolazione più bassi: sul punto OPESKIN, NWAUCHE, *Constitutions, populations and demographic change*, cit., 460.

²¹ Sul rapporto di tensione tra demografia e democrazia cfr. S. BENHABIB, *Democracy, Demography, and Sovereignty*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2, 2/2008, 4: "If demography is the attempt of define the boundaries of the democratic people by including some and excluding others, democracy is a political form which challenges boundedness and introduces reflexive instability in defining the boundaries of demos". Proprio tenendo presente le parole della Benhabib, conviene ricordare che l'art.1, sez.2, della Costituzione degli Stati Uniti d'America, pur contenendo una norma che permetteva un pronto adeguamento del numero dei rappresentanti della Camera dei rappresentanti in funzione dell'avanzare della conquista verso Ovest, prevedeva l'esclusione degli Indiani e degli schiavi dal computo statistico diretto a determinare il numero dei membri della Camera dei rappresentanti (la disposizione è stata poi modificata con gli emendamenti XIII-XV); nello stesso senso dispone l'art.127 della Costituzione australiana che esclude gli aborigeni dal computo della popolazione.

²² OPESKIN, NWAUCHE, *Constitutions, populations and demographic change*, cit., 456, ricordano che il miglioramento delle condizioni di vita della popolazione derivante dalla rivoluzione industriale ha riguardato anche la sfera politica riflettendosi sull'ampiezza delle assemblee legislative e sulla formazione dello Stato.

perché rende più complessa la soluzione dei problemi legati appunto alla crescita della popolazione²³.

La crescita demografica viene oggi avvertita come problema soprattutto in relazione a due funzioni affidate agli Stati nazionali: la sicurezza ma soprattutto la tutela dell'ambiente. Conflitti armati, migrazioni di massa, devastazione ambientale sono eventi collegati, in maniera più o meno evidente, alla SP e incidenti sulla qualità della democrazia.

4.2. Sovrappopolazione, sicurezza, migrazioni

Dire che all'origine delle future crisi mondiali vi sarà la SP è sicuramente eccessivo perché il conflitto è un fattore antropologico, che certo non emerge solo in situazioni di SP²⁴.

È più plausibile osservare che la SP è una delle concause del cattivo uso delle risorse ambientali. Ciò non porta necessariamente a conflitti; tuttavia, come è stato opportunamente osservato attraverso analisi empiriche, questi ultimi possono materializzarsi se il controllo di tali risorse ambientali diventa l'oggetto di competizione tra élites politiche²⁵. Inoltre cambiamenti demografici all'interno di paesi politicamente instabili –come la rapida crescita di forza lavoro in economie poco dinamiche, la crescita di giovani istruiti alla ricerca di posizioni di élite quando tali posizioni sono scarse o difficilmente raggiungibili, la crescita demografica diseguale all'interno di diversi gruppi etnici o migrazioni che cambiano gli equilibri tra gruppi etnici, l'urbanizzazione eccessiva rispetto ai ritmi di crescita dell'economia- possono essere sintomi di rischio di conflitti all'interno delle collettività che subiscono tali eventi²⁶.

Quanto appena detto evoca il fenomeno delle migrazioni di massa, che caratterizzano sempre di più gli scenari geopolitici del nuovo secolo. Il citato rapporto dell'Onu ricorda che, in alcune parti del mondo, le migrazioni sono divenute la componente principale del mutamento demografico. In particolare, in Europa e in America del Nord il flusso migratorio, nella decade 2010-2020, ha raggiunto il numero di 25,9 milioni di individui. Per lo più le migrazioni sono legate alla ricerca di occasioni lavorative o alle situazioni di crisi e conflitto armato²⁷.

Da più parti tale fenomeno viene ricollegato alla crescente popolazione. Il problema è risalente, come dimostra l'analisi di T. Malthus del rapporto che esiste tra abitudini e culture di un popolo e migrazioni²⁸. E tuttavia i fenomeni attuali di migrazione non possono essere in alcun modo

²³ Come osserva LIVI BACCI, *Storia minima della popolazione del mondo*, cit., 324-5, col crescere numerico degli aggregati, i problemi di ordine sociale, sanitario e ambientale crescono in maniera più che proporzionale. A. A. BARTLETT, *Democracy Cannot Survive Overpopulation*, in *Population and Environment*, 22, 2/2000, 66-7 esemplifica questo problema considerando la questione dell'inquinamento atmosferico di una città: i cittadini possono vedere annullati i propri sforzi di diminuirlo se la popolazione intorno alla città aumenta velocemente. Il problema, in questo modo, passa dalla scala locale a quella regionale.

²⁴ In tal senso KUO, *MegaCrisis? Overpopulation Is the Problem*, cit., 23, secondo cui la sovrappopolazione mondiale sarebbe "an evil that is the mother of all others".

²⁵ J. A. GOLDSTONE, *Population and Security: How Demographic Change Can Lead to Violent Conflict*, in *Journal of International Affairs*, 56, 1/2002, 4-5.

²⁶ In tal senso ancora GOLDSTONE, *Population and Security*, cit., 4-5. Cfr. anche lo studio di M. BRÜCKNER, *Population Size and Civil Conflict Risk: Is There A Causal Link?*, in *The Economic Journal*, 120, 2010, 535 ss., sui rapporti tra crescita della popolazione e conflitti negli Stati subsahariani in un periodo di tempo che va dal 1981 al 2004. Da tale ricerca emerge l'importanza di due fattori, l'ampiezza della popolazione e la stabilità economica: mentre il primo tende ad accentuare il rischio di conflitti, il secondo tende a diminuirlo.

²⁷ UNITED NATIONS, *World Population Prospects 2019*, cit., 32-3.

²⁸ Cfr. in particolare i capp. VI, IX, X, XI del libro primo di T. R. MALTHUS, *Saggio sul principio di popolazione* [1798], Torino, Utet, 1965. In un breve scritto B. K. HOLLAND, *A View of Population Growth Circa A.D. 200*, in *Population and*

paragonati all'esperienza dei paesi europei –relativa al secolo XIX e ad una buona parte del XX- in quanto non esistono più paesi 'vuoti', aperti all'emigrazione ²⁹.

In questo ambito, il rischio di strumentalizzazione politica dell'analisi è notevolmente alto, soprattutto da parte di quelle correnti politiche che della tutela dell'identità nazionale fanno un tratto caratterizzante della propria azione politica. Le cause delle migrazioni di massa sono troppo complesse per essere assolutezzate e ricondotte alla SP. E tuttavia una parte dell'opinione pubblica occidentale rinviene nella SP l'origine delle migrazioni di massa ³⁰. Il passo è breve per giungere a sostenere che, se si vuole preservare la sicurezza, la democrazia e l'ambiente del proprio paese, bisogna impegnarsi a frenare le migrazioni ³¹. Da ultimo vi è stato anche chi, con prospettiva più giuridica, si è posto il problema della responsabilità dello Stato che, contando sul principio del *non refoulement*, provochi emigrazioni di massa dal proprio paese col proposito di danneggiare i paesi confinanti, così esercitando pressioni sulla sovranità dello Stato che subisce la migrazione. Indubbiamente stabilire una responsabilità internazionale per questi comportamenti, ammesso che siano accertabili con chiarezza, è estremamente difficile ³². E tuttavia si affaccia sullo scenario della geopolitica contemporanea un uso della popolazione -intesa come massa, come strumento biopolitico di pressione- quale strumento di minaccia nei confronti degli altri Stati. Non è fuori luogo ricordare, a tale proposito, la dichiarazione di Erdogan del marzo 2017 in cui il Premier della Repubblica di Turchia ha invitato i suoi connazionali residenti in Europa a fare più di tre figli al fine di alterare gli equilibri demografici europei ³³.

Anche alla luce di questi esempi appare con evidenza l'utilità di politiche regolative rispetto ad un uso strumentale delle migrazioni. Le migrazioni internazionali, tra l'altro, possono essere uno strumento molto utile per attenuare la decrescita della popolazione nei paesi in cui il numero dei decessi supera quello delle nascite ³⁴.

4.3. Sovrappopolazione e questione ambientale

Non pare utile entrare nell'acceso e risalente dibattito sul rapporto tra SP e questione ambientale. Non pochi autori hanno sostenuto che le analisi di T. Malthus avrebbero riacquisito

Development Review, 19, 2/1993, 328-9, riprende alcuni passi del *De anima* nel quale Q.S.F. TERTULLIANO, circa duecento anni dopo Cristo, esprimeva già preoccupazione per la crescita demografica.

²⁹ In tal senso LIVI BACCI, *Storia minima della popolazione del mondo*, cit., 178 e 323.

³⁰ Cfr., ad esempio, RADA VOI, *Thoughts on the U.N.2017 Population Prospects*, cit., 129, che menziona i fenomeni migratori che interessano l'Italia e la Grecia.

³¹ Anche questo argomento è risalente e non è un'esclusiva dei movimenti nazionalisti. A conferma cfr. CASSILS, *Overpopulation, Sustainable Development, and Security*, cit., 187-8, secondo cui "the era of mass migration is coming to an end. It is impossible that even a significant proportion of the current global annual population expansion of about seventy-nine million a year (Population Reference Bureau, 2003), almost all of which is occurring in underdeveloped nations, could be incorporated into developed nations". Toni più fermi sono usati in POPULATION-ENVIRONMENT BALANCE, *Why Excess Immigration Damages the Environment*, in *Population and Environment: A Journal of Interdisciplinary Studies*, 13/4, 1992, 303 dove, con riguardo all'ordinamento statunitense, la limitazione dell'immigrazione è collegata alla capacità di popolamento (carrying capacity) degli Stati Uniti e alla tutela dei cittadini statunitensi meno abbienti.

³² Lo stesso Autore che propone il caso riconosce la difficoltà di accertare una tale responsabilità: RADA VOI, *Thoughts on the U.N.2017 Population Prospects*, cit., 126-7.

³³ Cfr. R. GOLDMAN, 'You are the Future of Europe', *Erdogan Tells Turks*, in *The New York Times*, 17 marzo 2017, in cui l'intento di alterare la demografia dell'Occidente è denunciato con chiarezza. RADA VOI, *Thoughts on the U.N.2017 Population Prospects*, cit., 124-5, si chiede se la dichiarazione di Erdogan non possa essere qualificata, alla luce dell'art. 2.4 della Carta delle Nazioni Unite, come un intervento o almeno un'interferenza nella sovranità di altri Stati.

³⁴ UNITED NATIONS, *World Population Prospects 2019*, cit., 35.

nuovo smalto con l'emersione delle tematiche legate all'inquinamento e al degrado ambientale, che avrebbero sostituito lo scenario originario malthusiano di povertà e morte³⁵.

Sta di fatto che altre e più recenti tendenze nell'ambito del dibattito pubblico sull'ambiente hanno preso il sopravvento, tendenze che puntano a richiamare l'attenzione più sulle conseguenze (le varie forme di inquinamento ambientale) che sulle cause nonché sull'esaurimento delle risorse ambientali, con i relativi limiti alla crescita³⁶.

Per convincersi di quanto appena detto può riflettersi sul ruolo centrale che ha svolto, a livello mondiale, il concetto di sviluppo sostenibile. Il Brundtland Report³⁷—che, come è noto, è all'origine di questo concetto - tiene fuori dall'ambito definitorio dello sviluppo sostenibile il fattore causale della popolazione, puntando piuttosto sugli effetti benefici dello sviluppo economico, nell'auspicio, mutuato dalla teoria della transizione demografica, che ad un maggiore benessere corrisponda anche un abbassamento della fertilità³⁸. Anche nelle declinazioni più recenti dello sviluppo sostenibile il fattore popolazione è assente, concentrandosi l'attenzione, come appena ricordato, sull'inquinamento ambientale e sull'esaurimento delle risorse ambientali³⁹. Per quanto apprezzabile, tale attenzione ha tuttavia lasciato completamente sullo sfondo gli effetti nefasti che la crescita della popolazione ha sulle risorse ambientali⁴⁰.

4.4. Le ragioni del silenzio in materia di sovrappopolazione

Le evidenti connessioni tra SP e qualità della democrazia rendono ingiustificabile non tanto la discussione sulla soglia superata la quale è possibile parlare di sovrappopolazione —perché, in questo caso, vorrebbe dire che la discussione è almeno avviata— quanto lo sconcertante silenzio che è oramai calato sull'argomento nei grandi fori internazionali e tra gli attori della politica internazionale.

Con l'inizio degli anni Novanta dello scorso secolo, la questione della SP è sostanzialmente sparita dall'agenda pubblica internazionale. Le cause possono essere diverse. Giocano sicuramente alcuni

³⁵ Tra questi hanno esercitato una grande influenza HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., 1243 ss. e P. R. EHRlich, *The Population Bomb*, New York, Ballantine, 1968. Per numero e autorevolezza dei sottoscrittori va ricordato anche l'appello "Warning to Humanity" — a Declaration by Scientist on Global Issues, in *Population and Development Review*, 18/4, 1992, 783, nel quale si indica come rimedio alla distruzione dell'ambiente anche la stabilizzazione della popolazione: "We must stabilize population. This will be possibile only if all nations recognize that it requires improved and social economic conditions, and the adaptation of effective, voluntary family planning"; v. anche il manifesto POPULATION-ENVIRONMENT BALANCE, *Why Excess Immigration Damages the Environment*, cit., 303 ss.; CASSILS, *Overpopulation, Sustainable Development, and Security*, cit., 180; Brander, *Viewpoint*, cit., 2.

³⁶ Sui limiti alla crescita è doveroso il richiamo al pioneristico rapporto di D. H. MEADOWS, D. L. MEADOWS, J. RANDERS, W. W. BEHRENS III, *I limiti dello sviluppo*, Milano, Mondadori, 1972 (commissionato dal c.d. Club di Roma, su cui cfr. MAZZOLENI, in Sartori, Mazzoleni, *La terra scoppia*, cit., 172).

³⁷ WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our Common Future*, Oxford University Press, 1987.

³⁸ CASSILS, *Overpopulation, Sustainable Development, and Security*, cit., 182 ss.

³⁹ Un'autorevole eccezione è il citato studio di PIMENTEL, HARMAN, PACENZA, PECARSKY, PIMENTEL, *Natural Resources and an Optimum Human Population*, cit., 348 ss.

⁴⁰ A conclusione del suo volume LIVI BACCI, *Storia minima della popolazione del mondo*, cit., 320, osserva che "tre punti debbono essere riaffermati: il primo è che la crescita demografica non è neutra nei confronti dell'ambiente; il secondo, che segue dal primo, è che un rallentamento della crescita può facilitare la soluzione di vari problemi; il terzo è che mai nel passato l'impatto dell'attività umana che minaccia l'ecosistema planetario è stato così forte come oggi. È quindi prudente moderare i rischi, e il rallentamento della crescita demografica contribuisce a questo fine".

atteggiamenti culturali ⁴¹, pressioni legate a motivi ideologici e religiosi ⁴², l'emersione delle tematiche ambientaliste ⁴³, il discorso sui diritti umani ⁴⁴, l'eccessiva enfasi sugli interessi delle donne ⁴⁵, una soverchia fede nel progresso tecnologico ⁴⁶, il progressivo rafforzamento della teoria economica neoliberale ⁴⁷ e, paradossalmente, le contrapposte teorie redistributive ⁴⁸, infine una certa idea del rapporto tra crescita demografica e sviluppo economico ⁴⁹ e della c.d. transizione demografica ⁵⁰.

È possibile che questo insieme di fattori culturali abbia contribuito a mettere un tappo sul problema della SP ⁵¹. E tuttavia, per meglio fotografare l'altalenante svolgersi del dibattito in una

⁴¹ A tal proposito M. CAMPBELL, *Why the silence on population?*, in *Population and Environment*, 28, 2007, 237, osserva che nelle aule universitarie del mondo occidentale è stato detto o comunque suggerito agli studenti, nelle ultime decadi, che non sussiste un nesso tra SP e inquinamento ambientale. A proposito delle sensibilità culturali Brander, *Viewpoint*, cit., 6 osserva perspicuamente: "When academics of European or East Asian descent suggest the need to reduce high facilities rates, it sounds to some as if they are saying 'there are too many of you and not enough of us'. The underlying ethnic, religious, and nationalist sensitivities make focusing on population issues an uncomfortable approach in many contexts"; sul punto v. anche SARTORI, in SARTORI, MAZZOLENI, *La terra scoppia*, cit., 35.

⁴² Antiabortisti, leader religiosi, politici conservatori hanno opposto, in varie parti del mondo, una fiera resistenza a politiche di controllo delle nascite e più ampiamente a politiche dirette a rafforzare il ruolo della donna nei processi riguardanti la procreazione: rende conto di questo mix di interessi conservatori A.-B. COE, *From Anti-Natalist to Ultra-Conservative*, in *Reproductive Health Matters*, 2004, 56 ss., con riguardo alle alterne vicende dell'esperienza peruviana di pianificazione familiare; sul ruolo della Santa Sede cfr. SARTORI, in SARTORI, MAZZOLENI, *La terra scoppia*, cit., 45-51, e le critiche alle posizioni del Vaticano, da una prospettiva femminista, espresse da R. POLLACK PETCHESKY, *From Population Control to Reproductive Rights: Feminist Fault Lines*, in *Reproductive Health Matters*, 6, 1995, 152.

⁴³ Come si è osservato, l'estesa e crescente attenzione ai temi dell'inquinamento ambientale non è stata affiancata, negli ultimi decenni, a una parallela attenzione alla questione della SP.

⁴⁴ Le traumatiche politiche di controllo delle nascite in Cina, India e Perù hanno spinto i movimenti a favore dei diritti umani a bollare tali esperienze in termini molto negativi, contribuendo così a fornire la falsa idea per cui parlare di SP alluda necessariamente a forme di controllo pubblico lesive dei diritti umani (il c.d. imperialismo demografico).

⁴⁵ In tal senso CAMPBELL, *Why the silence on population?*, cit., 241-2, secondo cui "Drawing attention to any connection between population and environment became taboo –again, because it was viewed, or promoted, as disadvantageous to women. It became inappropriate to say that slowing population growth will make it more possible to preserve the environment for future generations"; inoltre Sartori, in SARTORI, MAZZOLENI, *La terra scoppia*, cit., 45-5172, a proposito della strana alleanza tra Chiesa cattolica, Cina e femministe contro una tematizzazione della SP; nello stesso volume anche MAZZOLENI, 131-2, ricorda che al Vertice della Terra di Rio del 1992 la proposta di perseguire un tasso di fertilità di 2,1 non fu accolta per la combattività di un piccolo gruppo di delegate contrarie alla pianificazione intesa come controllo sul corpo delle donne.

⁴⁶ BRANDER, *Viewpoint*, cit., 19, il quale osserva che "faith in technological progress is probably the most important reason for the relative unconcern regarding population pressures".

⁴⁷ Il neoliberalismo entra in contrasto frontale con le idee maturate nelle Conferenze mondiali sulla popolazione, che puntavano alla richiesta di sistemi sanitari efficienti ed estesi a tutela della salute delle donne: S. BERNSTEIN, *The Changing Discourse on Population and Development: Toward a New Political Demography*, in *Studies in Family Planning*, 36, 2/2005, 127-8.

⁴⁸ Questo orientamento economico, pur non negando i problemi legati all'inquinamento ambientale, ritiene che essi siano da collegare alla ingiusta distribuzione del benessere tra popoli e nazioni.

⁴⁹ Demografi ed economisti discutono da tempo su tale rapporto. Indubbiamente, se si concentra l'analisi sugli ultimi due secoli dell'Occidente, la crescita demografica può essere ritenuta una molla della crescita economica. Tuttavia, non pare che, da un punto di vista teorico, possa stabilirsi un rapporto di causalità (in tal senso LIVI BACCI, *Storia minima della popolazione del mondo*, cit., 253).

⁵⁰ Con tale locuzione si allude a quel processo che ha attraversato l'Occidente negli ultimi due secoli anche a seguito della 'rivoluzione industriale', caratterizzato dai seguenti elementi indicati da LIVI BACCI, *Storia minima della popolazione del mondo*, cit., 148: moltiplicazione per quattro della popolazione; allungamento della speranza di vita da 25/35 a 80 anni; riduzione del numero dei figli per donna da 5 a 2; riduzione della natalità e della mortalità da valori che oscillavano a circa il 30-40% a valori prossimi al 10%.

⁵¹ A tal proposito BRANDER, *Viewpoint*, cit., 5-6 osserva che, poiché gli accademici che si occupano di tali problemi vivono in paesi dove la teoria della transizione demografica si è effettivamente concretizzata, ciò aiuterebbe a spiegare il silenzio.

materia che ha una dimensione globale, conviene volgere lo sguardo al modo in cui la questione è stata affrontata dall'organizzazione naturalmente deputata al suo trattamento, l'ONU ⁵².

5. Il dibattito internazionale sulla sovrappopolazione: dal Kissinger Report ai diritti riproduttivi

Le conferenze dedicate alla popolazione prendono il via con la Conferenza Mondiale della Popolazione tenutasi a Roma nel 1954, seguita da quella di Belgrado del 1965 ⁵³. Questi due primi incontri furono caratterizzati dall'assenza delle rappresentanze degli Stati e dall'assenza di risoluzioni adottate al termine dei lavori. Dal dibattito che si svolse prevalentemente tra demografi ed economisti emerse come gli alti tassi di fertilità e la forte crescita demografica rappresentassero una zavorra per lo sviluppo dei paesi poveri; nacque da tali incontri l'idea di promuovere programmi di pianificazione familiare per queste realtà ⁵⁴.

Già nel 1968, nell'ambito della Conferenza internazionale dei diritti umani di Teheran, fu infatti adottata una proclamazione non vincolante, il cui par. 16 afferma che «i genitori hanno il diritto umano fondamentale di determinare liberamente e responsabilmente il numero dei figli e l'intervallo tra le nascite» ⁵⁵. La proclamazione può essere letta come una presa di posizione della comunità internazionale per esercitare pressione sui paesi meno sviluppati che resistevano alla diffusione dell'uso di contraccettivi ⁵⁶.

Alla Conferenza mondiale della popolazione di Bucarest, nel 1974, convocata sotto gli auspici dell'Onu, parteciparono anche i delegati dei vari Stati. Venne così adottato il primo *World Population Plan of Action*, un programma ventennale di ricerca e interventi collegati alla popolazione e allo sviluppo. Nell'incontro di Bucarest l'amministrazione statunitense –fortemente convinta della necessità di frenare la crescita demografica mondiale– svolse un ruolo centrale chiedendo, agli Stati in via di sviluppo, programmi riguardanti la popolazione come preconditione per lo sviluppo ⁵⁷. Ad essa si opposero tuttavia proprio i paesi in via di sviluppo secondo cui la crescita della popolazione non poteva considerarsi un ostacolo allo sviluppo. Questa opposizione era anche legata alla volontà di contrapporsi all'emergere del c.d. Nuovo ordine economico internazionale ⁵⁸. I contrasti stavano per far fallire qualsiasi accordo allorché si raggiunse un compromesso stabilendosi che, se la crescita della popolazione era un fattore di sviluppo, lo sviluppo, allo stesso tempo, tendeva a ridurre i tassi di crescita della popolazione ⁵⁹.

⁵² In proposito molto utile BERNSTEIN, *The Changing Discourse on Population and Development*, cit., 127-130.

⁵³ F. J. C. M. RATH, *Population problems: a constituent of general culture in the 21st century*, in *International Review of Education*, 39, 1993, 7, ricorda che già nel 1948 Julian Huxley, primo Direttore generale dell'Unesco, dichiarava alla *General Conference* che la questione della popolazione “is of grave concern to Unesco; it can drastically affect the type of civilization possible and the rate of its advance”.

⁵⁴ Cfr. sul punto il report di F. A. A. MENZER, *The World Population Conference, Rome 1954*, in *Transactions of the Faculty of Actuaries*, vol. 23, n. 188 (1954-56), 265.

⁵⁵ «Parents have a basic human right to determine freely and responsibly the number and the spacing of their children» (U.N. Doc. A/CONF. 32/41 at 3 (1968)).

⁵⁶ L. P. FREEDMAN, S. L. ISAACS, *Human Rights and Reproductive Choice*, in *Studies in Family Planning*, 24/1, 1993, 21.

⁵⁷ È bene ricordare che nel 1974 gli Stati Uniti elaborarono una strategia molto attenta al controllo delle nascite, contenuta nel 'National Security Study Memorandum NSSM 200. Implications of Worldwide Population Growth For U.S. Security and Overseas Interests' (The Kissinger Report). Tale strategia ebbe vita difficile e alla fine non fu implementata a causa delle critiche che essa ricevette dagli esponenti di diverse confessioni religiose, dai sostenitori dei diritti umani e da coloro che non volevano limiti all'immigrazione. Sul punto cfr. CASSILS, *Overpopulation, Sustainable Development, and Security*, cit., 181

⁵⁸ BERNSTEIN, *The Changing Discourse on Population and Development*, cit., 127-130.

⁵⁹ Cfr. par. 14, lett. c, della Dichiarazione.

Nel corso degli anni Ottanta gli Stati Uniti cambiarono completamente la loro posizione. Difatti, alla Conferenza mondiale di *Città del Messico* nel 1984, ancora sotto gli auspici dell'Onu, l'amministrazione statunitense si posizionò su prospettive molto conservatrici, secondo le quali lo sviluppo macroeconomico non sarebbe toccato dalle dinamiche demografiche. Venne tuttavia riaffermata la validità del *Plan of Action* adottato a Bucarest dieci anni prima.

Gli anni Ottanta registrarono importanti novità con riguardo al tema in esame: da un lato prese forza e si consolidò un movimento internazionale per i diritti delle donne, che culminò nella Conferenza sui diritti umani del 1991 a Vienna⁶⁰; dall'altro emersero nuove tendenze in apparente contraddizione: i demografi che insistevano sulle interrelazioni tra popolazione, crescita economica e sicurezza nazionale; i sostenitori dei diritti umani (declinati con attenzione particolare alla salute della donna); gli ambientalisti che mettevano in correlazione la crescita demografica e l'inquinamento ambientale⁶¹.

Si arriva così ad un tornante centrale nella questione della sovrappopolazione, la Conferenza internazionale sulla popolazione e lo sviluppo, tenutasi al *Cairo* nel 1994 (International Conference on Population and Development, ICPD), sempre su iniziativa dell'Onu. Le tre tendenze appena ricordate riescono a convivere ma l'attenzione si concentra sul ruolo e sulle esigenze delle donne, in particolare sulla c.d. salute riproduttiva⁶². Questo orientamento è confermato l'anno successivo a Pechino, nel corso della Quarta Conferenza Mondiale sulle Donne, dove il tema dell'eguaglianza di genere trova ulteriore supporto.

La Conferenza del Cairo, pur rappresentando il momento culminante di anni di dibattito in tema di SP, segna l'inizio di quella fase di declino cui si è fatto riferimento nel precedente paragrafo. Le successive tappe della comunità internazionale non registreranno infatti un'uguale attenzione al tema della SP. All'Aia il Forum su popolazione e salute riproduttiva del febbraio 1999 e la sessione speciale sull'ICPD dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del giugno 1999 non hanno prodotto nuovi risultati.

Si arriva così al *Millenium Summit* tenutosi nel settembre del 2000 a *New York* che, per quanto idealmente legato all'ICPD, ha prodotto un risultato molto diverso rispetto alle precedenti esperienze finora esaminate. Difatti, i noti *Millenium Development Goals* (MDGs) non prendono in considerazione diretta la SP e le questioni ad essa correlate. Tuttavia, il *World Summit* del 2005 ha posto al centro dell'attenzione la salute riproduttiva e l'eguaglianza di genere. Nell'*Outcome* finale si ribadisce l'impegno a raggiungere un «universal access to reproductive health by 2015, as set out at the International Conference on Population and Development» (par.57, lett.g). La precisazione è importante perché tale impegno non rientrava tra i fini del *Millennium Development Goals*. È stato inoltre notato che il riferimento alla salute riproduttiva contenuto nell'*Outcome* potrebbe esprimere l'emersione di un consenso internazionale sull'esigenza di tutelare la salute riproduttiva⁶³.

⁶⁰ Già nella Dichiarazione finale della prima Conferenza mondiale sulla condizione della donna, svoltasi a Città del Messico nel 1975, agli artt. 11 e 12, fu stabilito un diritto alla scelta riproduttiva fondato sui concetti di integrità e di controllo del proprio corpo da parte della donna. È stato opportunamente notato che questo diritto alla scelta riproduttiva fu rivendicato dal movimento per i diritti delle donne non in accordo bensì in opposizione al movimento per il controllo sulla popolazione: FREEDMAN, Isaacs, *Human Rights and Reproductive Choice*, cit., 23.

⁶¹ BERNSTEIN, *The Changing Discourse on Population and Development*, cit., 128.

⁶² Il *Programme of Action*, adottato al Cairo nell'ambito della Conferenza, così definisce la nozione di salute riproduttiva: «Reproductive health is a state of complete physical mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes. Reproductive health therefore implies that people are able to have a satisfying and safe life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so» (45).

⁶³ L. D. GURUSWAMY, *International Environmental Law in a Nutshell*, St. Paul, Thomson West, 2007, 3 ed., 141; in questo senso anche C. E. BROLAN, P. S. HILL, *Sexual and reproductive health and rights in the evolving post-2015 agenda: perspectives from key players from multilateral and related agencies in 2013*, in *Reproductive Health Matters*, 22, 2014,

In conclusione, può dirsi che, per quanto il Programma di Azione elaborato al Cairo nel 1994 sia stato un punto di approdo importante per la comunità internazionale, i suoi principi (espressi nel Cap. II) non hanno rappresentato l'occasione per la cristallizzazione di norme consuetudinarie internazionali o di condensazione di *soft law* in materia di SP. Osservando il susseguirsi di conferenze internazionali, ciò che può dirsi con sufficiente sicurezza è che l'idea di pianificazione e di controllo delle nascite, ancora presente fino alla conferenza del Cairo del 1994, è stata progressivamente soppiantata dall'enfasi posta sui diritti riproduttivi⁶⁴. Ed è a questa tipologia di diritti che conviene volgere lo sguardo per valutare la loro conciliabilità con interessi contrapposti che potrebbero giustificare politiche pubbliche dirette ad un controllo della crescita demografica.

6. Tra diritto internazionale e diritto costituzionale: il diritto a procreare

In ragione delle differenze esistenti in materia di diritti riproduttivi tra il mondo occidentale⁶⁵ e i paesi di religione musulmana (all'interno del quale vi sono tuttavia notevoli differenze), per quelli collocati nella parte meridionale del continente asiatico e per quelli dell'Africa sub-sahariana, è primaria l'esigenza di comprendere cosa si debba intendere con la locuzione 'diritti riproduttivi'.

Nella Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 non vi è cenno ad un diritto alla procreazione, che può essere considerato il più rappresentativo tra i diritti riproduttivi. Il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, all'art. 23, par. 2, riconosce, invece, il diritto alla libera procreazione, senza l'apposizione di alcun limite («Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio»); anche il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali prevede, all'art.10, par.1, la protezione e l'assistenza più ampia per la famiglia, considerata «il nucleo fondamentale della società»⁶⁶.

Sempre in ambito ONU l'art.16, par.1, lett. e), della Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW), adottata dall'Assemblea generale nel 1979, riconosce a uomini e donne, in maniera estremamente ampia, «gli stessi diritti di decidere liberamente, e con cognizione di causa, il numero e l'intervallo delle nascite, e di accedere alle informazioni, all'educazione ed ai mezzi necessari per esercitare tali diritti»⁶⁷.

Nell'ambito del diritto internazionale non vincolante (*soft law*), poi, il diritto di procreare è riconosciuto in maniera anche più ampia. Si è già detto della proclamazione di Teheran del 1968, dove fu affermato il diritto dei genitori «di determinare liberamente e responsabilmente il numero dei figli e l'intervallo tra le nascite». In questo senso depongono anche le conferenze di Città del Messico del 1984 e poi in del Cairo del 1994 (ICPD) e i relativi documenti da esse prodotte.

Da quanto detto finora, anche alla luce della ricostruzione del dibattito sulla SP, è possibile affermare che a livello internazionale esiste un diritto delle coppie e degli individui al controllo della propria riproduzione in maniera libera e responsabile⁶⁸.

66, che sottolineano il contesto molto favorevole per i diritti riproduttivi soprattutto nella fase finale dei MDGs (fissata al 31.12.2015).

⁶⁴ BROLAN, HILL, *Sexual and reproductive health and rights in the evolving post-2015 agenda*, cit., 66.

⁶⁵ Basti pensare alle sentenze delle giurisdizioni costituzionali statunitense, tedesca e italiana in materia di interruzione della gravidanza: una rapida sintesi in M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2018, 478-484.

⁶⁶ C. S. ROBB, *Liberties, Entitlements, and Trumps: Reproductive Rights and Ecological Responsibilities*, in *The Journal of Religious Ethics*, 26/2, 1998, 289.

⁶⁷ «The same rights to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and to have access to the information, education and means to enable them to exercise these rights».

⁶⁸ FREEDMAN, ISAACS, *Human Rights and Reproductive Choice*, cit., 23. Cfr. tuttavia, la posizione più restrittiva di DILLARD, *Rethinking the Procreative Right*, cit., 28-31, che tende a rinvenire nei due Patti –in particolare negli artt. 12 del Patto sui diritti civili e 11 del Patto sui diritti sociali- diritti e doveri che agirebbero da contrappeso a tale diritto.

In questo punto diritto internazionale e diritto costituzionale si intrecciano giacché quanto emerge dal diritto internazionale può ritenersi parte essenziale del patrimonio costituzionale di molte democrazie costituzionali, per quanto le risposte che queste ultime diano all'esistenza di un tale diritto fondamentale si diversificano a seconda dei diversi contesti ordinamentali, del modo in cui sono costruiti i diritti della persona, dell'esistenza di limiti generali o solo specifici ai diritti fondamentali, e così via ⁶⁹.

Il punto di partenza, quando si parla di un diritto a procreare, è, per un verso, la natura eminentemente interpersonale dell'atto procreativo (come atto) ⁷⁰ e, per l'altro, l'ineludibile legame che esiste tra il corpo della donna e la procreazione (come processo che porta alla formazione di un nuovo essere vivente).

Per quanto le tecniche mediche portino oggi alla sostituibilità dell'atto sessuale procreativo in via artificiale⁷¹, le tecniche mediche non possono però, almeno per ora, sottrarre il processo procreativo al corpo materno, che rimane, quindi, il punto di riferimento di ogni diritto alla procreazione. Il diritto alla procreazione nella sua dimensione processuale diventa così diritto alla libertà procreativa della donna, fondato sul principio di autonomia e sul diritto alla salute ⁷².

Così inteso, il diritto alla libertà procreativa contiene una pretesa allo stesso tempo positiva (libertà di procreare) e negativa (libertà di non procreare).

Maggiore sarà la libertà delle donne riguardo al pieno controllo del proprio corpo, maggiore si ritiene che sarà il declino della fertilità e la possibilità di invertire la rotta della SP ⁷³.

La questione immediatamente successiva è se tale diritto sia illimitato -con la conseguenza che esso porta alla pretesa di avere un numero imprecisato di figli- o sopporti invece limitazioni.

In astratto, nessun diritto è privo di limiti, neanche il più strettamente inerente alla dignità della persona, come accade per il diritto alla libertà personale o per il diritto alla riservatezza e così via.

Si tratta di un punto acquisito negli ordinamenti delle democrazie costituzionali ⁷⁴. Se è così, vanno allora individuati gli interessi, con uguale fondamento costituzionale, in grado di entrare in bilanciamento con il diritto alla libertà procreativa.

In via astratta essi sono diversi.

Un plesso di posizioni piuttosto radicali sostiene che esiste un diritto a procreare ma non ad avere un numero di figli illimitato in quanto ciò interferirebbe con le libertà degli altri. L'eccesso di filiazione inciderebbe su svariati diritti che vanno dal diritto all'ambiente al diritto di esser lasciato solo.

Inoltre, alcuni autori hanno enfatizzato il riferimento alla decisione non solo libera ma anche *responsabile* della riproduzione, presente nel citato par. 16 della proclamazione di Teheran (e poi sostanzialmente ripreso nell'art. 16, par.1, lett. e, CEDAW), per sottolineare che la libertà di

⁶⁹ Sul punto, si v. OPESKIN, Nwauche, *Constitutions, populations and demographic change*, cit., 462, che osservano come, in materia di fertilità, interessi individuali e interessi degli Stati non sempre coincidano.

⁷⁰ DILLARD, *Rethinking the Procreative Right*, cit., 50-51, con riguardo all'ordinamento costituzionale statunitense; sul punto anche ROBINSON, *Provisional Thoughts on Limitations to the Right to Procreate*, cit., 347, con riguardo alla giurisprudenza costituzionale sudafricana.

⁷¹ Sul punto cfr. anche la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 221/2019.

⁷² FREDMAN, ISAACS, *Human Rights and Reproductive Choice*, cit., 19.

⁷³ Sottolinea le evidenze statistiche che legano istruzione delle donne e riduzione della fertilità A. SEN, *Fertility and Coercion*, in *University of Chicago Law Review*, 63, 1996, cit., 1052; cfr. anche CAMPBELL, *Why the silence on population?*, cit., 245.

⁷⁴ ROBINSON, *Provisional Thoughts on Limitations to the Right to Procreate*, cit., 351; con riguardo all'ordinamento italiano cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 85/2013.

procreare deve tener conto di un mondo sovrappopolato⁷⁵. Ma anche gli interessi legati alla sicurezza possono rappresentare un motivo per limitare la libertà di procreazione senza limiti⁷⁶.

Per dare concretezza a un bilanciamento che rischia di essere troppo astratto, conviene dunque fare un passo indietro e chiedersi quali siano gli interessi in gioco nell'atto procreativo. Oltre a quelli personalissimi di chi decide di procreare, vi è sicuramente quello della persona che nascerà⁷⁷. Non può escludersi che vi sia però anche un interesse pubblico riguardante tutti coloro che sono interessati dalla nascita di una nuova persona. Fino ad oggi la prevalenza di questo interesse pubblico non è stato problematizzato negli ordinamenti costituzionali europei, mentre ha acquistato forma in ordinamenti come quelli della Repubblica popolare cinese o dell'India (per citare i casi più noti). In queste esperienze, segnate fortemente dal fenomeno della SP, l'interesse pubblico o generale ad una limitazione delle nascite ha posto vincoli a quelli che sono ritenuti diritti fondamentali della persona⁷⁸. In India l'interesse contrapposto a quello della libera procreazione ha preso forma costituzionale, visto che l'art. 246, sch. 7, List III-20A, della Costituzione indiana, prevede un 'concurrent power' relativo a 'population control and family planning'.

Anche la Corte costituzionale italiana, in una recente sentenza, ha avuto l'occasione di porsi la questione dell'esistenza del diritto di un adulto di procreare, partendo dall'assunto che si tratti di un diritto «che non sarebbe garantito in modo assoluto dall'ordinamento» (sent. 221/2019). Più specificamente la Corte si è chiesta se, alla luce degli sviluppi della tecnica che consentono di scindere l'atto sessuale dalla procreazione, «il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque sia, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate: e ciò particolarmente in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato». Il giudice costituzionale ha dato una risposta restrittiva a tale quesito, in sintonia con lo stato dell'ordinamento giuridico italiano.

Pare di poter dire, in conclusione, che diritto alla libertà procreativa e politiche regolative della crescita demografica, dirette a disincentivare le coppie ad avere figli oltre il tasso di sostituzione, non siano inconciliabili⁷⁹.

7. Conclusioni

Non è compito di chi scrive immaginare il tipo di politiche regolative da suggerire agli Stati con eccessi di crescita demografica. Le soluzioni vanno cercate e trovate nell'ambito della comunità internazionale e poi calate nei contesti culturali relativi alle differenti aree geografiche. In questa

⁷⁵ Si v. in particolare L. T. LEE, *Law, Human Rights and Population: A Strategy for Action*, in *Virginia Journal of International Law*, 12, 1972, 317, secondo cui "the 'individual' right of family planning [must] be harmonized with the 'collective' right under certain circumstances, as for example, where the resources, both actual and potential, of a country dictate the limitation of the size of its population in the interest of all"; CONLY, *The Right to Procreation*, cit., 109; DILLARD, *Rethinking the Procreative Right*, cit., 62.

⁷⁶ In tal senso può leggersi un passaggio nel cap. IV di J. S. MILL, *Saggio sulla libertà* [1859], Milano, il Saggiatore, 1999, 92.

⁷⁷ È chiaro che più è ampio il diritto alla procreazione riconosciuto oggi, più ristretto sarà lo stesso diritto per le generazioni a venire: DILLARD, *Rethinking the Procreative Right*, cit., 58.

⁷⁸ Queste esperienze sembrano dare ragione a DILLARD, *Rethinking the Procreative Right*, cit., 63, che conclude il suo ampio saggio affermando: "The right to procreate, correctly defined, is a right at least to replace one self, and at most to procreate up to a point that optimizes the public good".

⁷⁹ In tal senso cfr. anche ROBB, *Liberties, Entitlements, and Trumps*, cit., 284-5, nell'ambito di un articolato percorso diretto a contrapporre i diritti come 'entitlements' rispetto ai diritti come 'trumps'.

sede va solo osservato che le politiche regolative possono entrare in conflitto con quei diritti riproduttivi che dominano la scena internazionale ⁸⁰.

Va tuttavia osservato che giudizi astratti non se ne possono dare, dovendosi valutare la specificità del contesto in cui si applica la politica di regolazione dal punto di vista culturale, politico, sociale, economico. La situazione di conflitto può essere più evidente laddove le politiche siano di tipo coercitivo (*directly coercive policies*), limitando direttamente le coppie o gli individui nella loro scelta di avere figli (dall'aborto alla sterilizzazione, dall'infanticidio alla proibizione di rapporti sessuali non protetti).

A questa tipologia può essere ricondotta la politica del figlio unico (*one-child-per-couple policy*), introdotta in Cina nel 1979.

Dal 2001 il rigore di tale politica di forte regolazione delle nascite si è ammorbidito, venendo meno le forme più coattive di controllo. In ogni caso, grazie alla 'one-child policy', il tasso di fertilità, tra il 1979 e il 1991, è crollato da 2.8 a 2.0 ⁸¹.

A questo scenario, fondato sulla costrizione e, proprio per questo, autorevolmente criticato ⁸², possono contrapporsi altri, capaci di dialogare con i diritti riproduttivi.

A tal proposito vanno menzionate le politiche che offrono opportunità di scelta alle coppie e ai singoli, come la contraccezione e un'adeguata educazione in materia riproduttiva soprattutto a favore delle donne (*choice-providing measures*), nonché le politiche che favoriscono cambiamenti di abitudini nelle pratiche riproduttive (qui gli strumenti possono essere molto diversificati: dalle campagne educative ad incentivi economici, come contributi o agevolazioni per le coppie con uno o due figli, ad incentivi negativi, come la revoca di benefici o agevolazioni) (*incentive-changing policies*) ⁸³.

Di recente è stata anche rilanciata l'idea di K. Boulding che, già negli anni Sessanta, aveva immaginato un sistema di licenze alla procreazione commerciabili quale strumento per frenare la sovrappopolazione ⁸⁴.

⁸⁰ Mentre i diritti riproduttivi puntano alla libera scelta degli individui, gli incentivi o i disincentivi possono di fatto colpire, anche quando sono rimessi alla libera determinazione degli individui, alcuni gruppi o categorie di individui (per esempio i più poveri o determinate minoranze). Si pensi alle politiche regolative dell'India che prevedevano compensi a chi si lasciasse sterilizzare e ai procacciatori di soggetti da sterilizzare: sulle politiche indiane di pianificazioni familiari cfr. in particolare il documentato articolo di D. R. GWATKIN, *Political Will and Family Planning: The Implications of India's Emergency Experience*, in *Population and Development Review*, 5/1, 1979, 29 ss., nonché LIVI BACCI, *Storia minima della popolazione del mondo*, cit., 235-9; sui rischi legati al ricorso agli incentivi e ai disincentivi cfr. FREEDMAN, ISAACS, *Human Rights and Reproductive Choice*, cit., 25; B. S. LOW, A. L. CLARKE, K. A. LOCKRIDGE, *Toward an Ecological Demography*, in *Population and Development Review*, 18, 1/1992, 20; in ragione di tali rischi CONLY, *The Right to Procreation: Merits and Limits*, cit., 112, osserva che l'eguaglianza è meglio garantita da limitazioni generali valide per tutti piuttosto che da incentivi positivi, che finiscono per favorire gli individui più ricchi.

⁸¹ Non è questa la sede per ricostruire nel dettaglio il modo in cui si è sviluppata la pianificazione familiare in Cina nella seconda metà del Novecento: a tal fine si rimanda a LIVI BACCI, *Storia minima della popolazione del mondo*, cit., 239-46 e ROBINSON, *Provisional Thoughts on Limitations to the Right to Procreate*, cit., 354-6.

⁸² Cfr. in particolare SEN, *Fertility and Coercion*, cit., 1051, secondo cui "The alternative, then, is to seek a less breathless remedy that pays attention to issues of long-run *sustainability* as well as the exact *process* through which the reduction in population growth takes place".

⁸³ Terminologia e tipologia sono prese da E. CRIPPS, *Climate Change, Population, and Justice: Hard Choices to Avoid Tragic Choices*, in *Global Justice: theory practice rhetoric*, 8/2, 2015, 4-5, che ritiene oramai maturo il tempo per l'ultimo tipo di politiche regolative evidenziate nel testo; sulle tipologie v. anche FREEDMAN, ISAACS, *Human Rights and Reproductive Choice*, cit., 24; KUO, *MegaCrisis? Overpopulation Is the Problem*, cit., 26, con riguardo alle politiche praticate in Giappone tra il 1951 e il 1958 e in Iran dopo il 1989; GOLDING, HOTZMAN GOLDING, *Ethical and Value Issues in Population Limitation and Distribution in the United States*, cit., 509 ss., sono invece molto critici sull'uso di tali misure.

⁸⁴ K. BOULDING, *The Meaning of the Twentieth Century*, London, Allen e Unwin, 1964; l'idea è ripresa da D. DE LA CROIX, A. GOSSERIES, *Population Policy through Tradable Procreation Entitlements*, in *International Economic Review*, 50, 2/2009, 507 ss.

La realtà è che per realizzare politiche demografiche che non si pongano in contrasto con le primarie esigenze della persona e che quindi puntino sulla responsabilità⁸⁵ sono necessarie condizioni, politiche ed economiche innanzitutto, capaci di incentivare le responsabilità dei genitori nell'allevamento dei figli, di incoraggiare le donne a entrare nel mercato del lavoro, di rafforzare l'obbligo scolastico dei bambini, di sviluppare schemi di protezione della vecchiaia⁸⁶.

Riprodurre queste condizioni nei paesi poveri richiede uno sforzo della comunità internazionale, che non pare rintracciabile nel breve periodo. Ritorna allora con forza la conclusione, spietata ma lucida, di Hardin, espressa già nel celebre saggio del 1968, secondo il quale bisogna abbandonare la logica dei 'commons' nell'ambito riproduttivo perché la libertà di procreare conduce alla rovina di tutti⁸⁷.

Un punto di partenza è però possibile fissarlo e consiste in un ripensamento o meglio in un affinamento del concetto di sviluppo sostenibile. Per quanto l'introduzione di tale concetto abbia fortemente contribuito alla sensibilizzazione dell'opinione pubblica mondiale sulle tematiche ambientali, appare opportuno arricchirlo introducendovi, quanto alle cause dell'inquinamento ambientale, la crescita incontrollata della popolazione e, quanto agli obiettivi da perseguire, una migliore qualità della vita strettamente legata al concetto di capacità di popolamento (*carrying capacity*), vale a dire legata al numero di persone che l'ambiente può sopportare nel medio e lungo termine⁸⁸. In questa prospettiva appare più interessante un'altrettanto nota nozione di sviluppo sostenibile contenuta nel report 'Caring for the Earth – a strategy for sustainable living' in cui il concetto di sviluppo sostenibile è declinato in maniera molto più ampia perché inteso come un insieme di strategie dirette a "improving the quality of human life while living within the carrying capacity of supporting ecosystems"⁸⁹.

Il perseguimento di uno sviluppo sostenibile *qualitativo* (con ciò alludendo al miglioramento della qualità della vita umana) implica l'inclusione di due ulteriori profili, entrambi riconducibili al fattore popolazione. Il primo comporta che l'inerzia in materia di controllo della popolazione mondiale va giudicata negativamente perché porta ad un aumento della popolazione. Tale aumento si traduce, forse, in aumento del benessere aggregato, non di quello individuale⁹⁰. E in ogni caso se lo sviluppo e la crescita economica rimarranno al di sotto dell'aumento della popolazione, sarà inevitabile che il reddito *pro capite* continuerà a scendere con conseguente aumento della povertà⁹¹. Il secondo

⁸⁵ Su ciò si rinvia ancora alla posizione di SEN, *Fertility and Coercion*, cit., 1061, secondo cui "the solution to the population problem calls for *more* responsibility and freedom, not *less*"; anche LIVI BACCI, *Storia minima della popolazione del mondo*, cit., 162, sottolinea come il contributo decisivo al declino della natalità provenga dalla diffusione del controllo volontario delle nascite, uno strumento più efficiente del ritardo del matrimonio o dell'osservanza di un periodo più lungo per la durata dell'allattamento.

⁸⁶ Sono queste, secondo LIVI BACCI, *Storia minima della popolazione del mondo*, cit., 233 e 272, le politiche che favoriscono la riduzione della fecondità e che, insieme a programmi ben strutturati di pianificazione familiare e di salute riproduttiva per madri e bambini, accelerano la transizione demografica.

⁸⁷ HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., 1248.

⁸⁸ CASSILS, *Overpopulation, Sustainable Development, and Security*, cit., 174; BRANDER, *Viewpoint: Sustainability*, cit., 36. Più precisamente per 'carrying capacity' si intende la capacità di popolamento o portanza, ovvero la "popolazione massima sostenibile dati i vincoli di spazio, il livello di tecnologia, la qualità o livello di vita e senza produrre degrado ambientale": così LIVI BACCI, *Storia minima della popolazione del mondo*, cit., 295, che non manca di sottolineare la difficoltà concettuale della sua individuazione.

⁸⁹ WORLD CONSERVATION UNION/UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME/WORLD WIDE FUND FOR NATURE, *Caring for the Earth – a strategy for sustainable living*, Gland, Switzerland, World Conservation Union, 1991, 10.

⁹⁰ Ovviamente questo tipo di ragionamento già implica una proiezione verso il futuro, vale a dire un giudizio positivo sul fatto che, se esistono più esseri umani in futuro, ciò è necessariamente un bene. Si tratta di un assunto molto criticabile, ma diffuso: cfr. ad esempio GOLDING, HOTZMAN GOLDING, *Ethical and Value Issues in Population Limitation and Distribution in the United States*, cit., 507-8, secondo cui, appartenendo già le generazioni future al nostro orizzonte morale, sarebbe paradossale ritenere che ci sia un obbligo di limitare la popolazione.

⁹¹ MAZZOLENI, in SARTORI, MAZZOLENI, *La terra scoppia*, cit., 112.

profilo con il quale arricchire il concetto di sviluppo sostenibile è dato dal rapporto che vogliamo instaurare tra generazioni presenti e generazioni future. Il concetto di sviluppo sostenibile è strettamente legato alla consapevolezza che le nostre scelte incidono sull'esistenza e sulla qualità di vita delle generazioni future. Poiché una crescita esponenziale della popolazione sottrarrebbe alle generazioni a venire la fruizione di beni e risorse ambientali sempre più erose dai processi demografici, nel concetto di sviluppo sostenibile qualità della vita e esigenze di giustizia intergenerazionale dovrebbero assumere un ruolo più centrale ⁹².

Consulta Online

⁹² CRIPPS, *Climate Change, Population, and Justice*, cit., 1, osserva che “within a few generations, basic global justice and intergenerational justice could become incompatible if the human population grows fast enough. Future generations would be outside the circumstances of even basic justice”.

CATERINA DRIGO

Lotta alla povertà e all'esclusione sociale: una questione di dignità? Il panorama europeo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Povertà ed esclusione sociale: una questione di dignità? – 2.1. *La proteiforme dimensione della dignità umana.* – 2.2. *Povertà ed esclusione sociale: percorsi definitivi.* – 2.3. *Esistenza dignitosa e sistemi di welfare.* – 2.4. *Povertà ed esclusione sociale come ostacoli ad una cittadinanza attiva: spunti di riflessione.* – 3. Esistenza dignitosa e contrasto alla povertà: la dimensione europea. – 3.1. *Quadro introduttivo.* – 3.2. *Dimensione sociale dell'Unione Europea nella lotta alla povertà.* – 3.3. *Lotta alla povertà e all'esclusione sociale nel contesto del Consiglio d'Europa.* – 4. Riflessioni conclusive. – 4.1. *... in chiave comparativa.* – 4.2. *... e in chiave valoriale.*

1. Premessa

Una delle sfide maggiori per l'umanità è quella di combattere le situazioni di povertà ed indigenza¹. Viviamo in un'epoca in cui le disuguaglianze paiono prevalere sui diritti umani fondamentali e anche in contesti come quello europeo e nazionale, tradizionalmente benestanti, sempre maggiori segmenti della popolazione si trovano a fronteggiare situazioni di difficoltà economica che non raramente si traducono in stati di povertà e limitano, quando addirittura non impediscono, il godimento di molti diritti umani fondamentali, incrementando i fenomeni di emarginazione ed esclusione sociale.

Povertà, esclusione sociale, invisibili, ma spesso, barriere culturali, spingono interi settori della popolazione ai margini della società e li pongono in condizioni di enorme difficoltà e non in grado, così, di godere appieno dei diritti umani fondamentali e di partecipare attivamente alla vita politica e sociale di un Paese².

Ciò si riflette pesantemente sulla pienezza del concetto di cittadinanza e finanche sulla democraticità degli ordinamenti europei atteso che uno «Stato democratico deve realizzarsi attorno all'idea di inclusione e favorire l'effettiva partecipazione dei propri cittadini alla vita politica, sociale, economica e culturale»³.

Ma ciò influisce pesantemente anche sui processi di inclusione ed integrazione dei migranti - gli "ultimi arrivati", gli "altri", che molto spesso coincidono con i più poveri⁴ - e impone di riconsiderare le categorie stesse della cittadinanza, declinandola come una cittadinanza sociale, in quei contesti

¹ S. SHETTY, *Millennium Declaration and Development Goals: Opportunities for Human Rights*, in *Sur-Rede Universitária de Direitos Humanos* (<https://www.scielo.br/>), 2/2005, 7 ss.

² Povertà ed esclusione sociale, infatti, non sono solo ricollegabili al godimento dei diritti sociali, economici e culturali, ma anche al godimento dei diritti civili e politici. Diffusamente su questi profili, con particolare riferimento al contesto latino-americano: A.E. DULITZKY, *Pobreza y derechos humanos en el sistema interamericano. Algunas aproximaciones particulares*, in *Revista IIDH* (<https://www.iidh.ed.cr/>), 48/2008, 107 ss.; O. PARRA VERA, *Derechos humanos y pobreza en el Sistema Interamericano. El rol del análisis estructural a partir de informes y siete escenarios estratégicos basados en la responsabilidad internacional*, ivi, 56/2012, 273 ss.; J. P. BECA-FREI, *Pobreza: un problema de derechos humanos¿Qué hacer cuando la legislación profundiza la pobreza?*, in *Dikaion* (<https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/index>), 1/2018, 101 ss.

³ A. PÉREZ MIRAS, *Exclusión social y declaraciones de derechos estatutarios en España*, in *Italian papers on federalism* (<http://italianpapersonfederalism.issirfa.cnr.it/homepage.html>), 2/2018, 1 ss.

⁴ Ad esempio, secondo l'ISTAT in Italia un terzo delle famiglie straniere vive al di sotto della soglia di povertà (<https://www.istat.it/it/files/2019/06/La-povertà-in-Italia-2018.pdf>). Sul punto si vedano anche le considerazioni in Corte cost., sent. n. 44 del 2020.

ordinamentali che si definiscono democratici ed improntati al rispetto dell'uguaglianza sostanziale, della dignità umana e della solidarietà⁵.

Si può sostenere che la povertà si relazioni, e sia legata, al potere. I poveri rimangono spesso "senza voce" nelle democrazie rappresentative contemporanee: «i ricchi sono potenti, che spesso influenzano le decisioni politiche in proprio favore e sono in grado anche di "gestire" il potere politico»⁶. Si finisce per perdere il senso della *res publica* e di quella cultura, solidarietà e senso di condivisione, che dovrebbero caratterizzarla.

Muovendo da un'analisi empirica del quadro normativo europeo in materia di misure volte a combattere la povertà e l'esclusione sociale, lo scopo del presente lavoro è quello di tratteggiare il ruolo dell'Unione europea nell'implementazione del principio di eguaglianza sostanziale, e finanche di dignità umana. In particolare, è possibile derivare un dovere per le autorità pubbliche nella lotta contro la povertà? Il principio di dignità umana può essere considerato quale base di varie misure per combattere la povertà e può essere concepito in una prospettiva deontica? Queste sono le domande che hanno stimolato la presente riflessione.

2. Povertà ed esclusione sociale: una questione di dignità?

2.1. La proteiforme dimensione della dignità umana

Pare opportuno precisare che ogni studio che coinvolge dignità umana, povertà ed esclusione sociale, impone di procedere preliminarmente alla definizione dei tratti essenziali di tali concetti e all'evidenziazione dei vari aspetti problematici insiti in tale attività.

Come è noto, sia le scienze filosofiche, sia la dottrina giuridica, si sono approcciate allo studio della dignità umana giungendo a considerarla quale elemento fondativo e presupposto dei diritti umani fondamentali. La connessione fra dignità umana e diritti umani fondamentali è ampiamente riconosciuta fra gli studiosi, i quali concepiscono la dignità come precondizione e giustificazione per siffatti diritti. Nelle ricostruzioni teoretiche la dignità umana è stata spesso associata all'endiadi eguaglianza-libertà⁷ e, ai nostri fini, è dall'eguaglianza che pare imprescindibile muovere.

⁵ Sulla evoluzione della nozione di cittadinanza nelle società ove sono presenti significativi fattori di diversità culturale S. BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2006; A. MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel Terzo millennio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2015, 303 ss.; L. RONCHETTI, *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, in Id. (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti*, Giuffrè, Milano, 29 ss. Sul concetto di cittadinanza, v., altresì, G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, n. 1/1997, 37 ss.; ID., *Note sulla cittadinanza*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2000, 751 ss.; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Cedam, Padova, 1997 e, più di recente E.V. ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri. Profili comparatistici*, Cedam, Padova, 2016; C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016; A. CALORE, F. MAZZETTI, *I confini mobili della cittadinanza*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁶ R. PETRELLA, *El Derecho a soñar. Propuestas para una sociedad más humana*, Fundación Intermón Oxfam, 2006, spec. 61 (trad. nostra).

⁷ In tema di dignità umana la bibliografia è sterminata. Sia qui consentito richiamare, in via preliminare e non esaustiva, M. Krienke (a cura di), *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana: tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, Giappichelli, Torino, 2020; D. Grimm, A. Kemmerer, C. Mollers (a cura di), *Human dignity in context. Exploration of a contested concept*, Nomos, Baden Baden, 2018; S.P. LEHER, *Dignity and human rights*, Routledge, NY - Londra, 2018; A. SANGIOVANNI, *Humanity without dignity*, Harvard University Press, Cambridge Ma. Londra, 2017; A. BARAK *Human dignity. The constitutional value and the constitutional right*. Cambridge University Press, Cambridge, 2015; M. DÜWELL, *Human dignity: concepts, discussions, philosophical perspectives*, in M. Düwell-J. Braarvig-R. Brownsword-D.R. Mieth (a cura di), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 23 ss; C.

Povertà, dignità, eguaglianza e diritti umani fondamentali sono concetti inscindibilmente interconnessi⁸. Gli Stati hanno il dovere di rimuovere le diseguaglianze che, da un punto di vista sostanziale, concretamente esistono; hanno il dovere di consentire agli individui di esercitare appieno i diritti umani fondamentali di cui godono e di esprimere la propria personalità. Varie, però, sono le modalità d'azione e i vincoli imposti dalle Costituzioni statali⁹. Similmente, l'Unione Europea costruisce la Carta dei Diritti Fondamentali attorno a tre "pilastri", dignità, uguaglianza e solidarietà, che si saldano in un *unicum* inscindibile che nei Trattati trova significative potenzialità espansive¹⁰.

Stabilire in astratto il dovere di adoperarsi per rimuovere diseguaglianze e povertà come precipitato del riconoscimento giuridico della dignità umana non è, ovviamente, di per sé sufficiente a garantire un'effettiva tutela. Da un lato, sia gli studiosi, sia i giudici, concordano nel ritenere che il nucleo essenziale dei diritti umani, nella loro declinazione "negativa", resista alle limitazioni ed ai *vulnera* in ragione della loro intrinseca connessione con la dignità umana, declinata in termini assiologici; e ciò sebbene l'essenza di alcuni di tali diritti possa anche esprimere una declinazione culturale suscettibile di resistere ai tentativi di assimilazione e possa richiedere considerazioni *ad hoc* (come nel caso della libertà religiosa).

Sotto diverso profilo, è meno palese la connessione fra diritti sociali fondamentali e il valore/principio¹¹ di dignità umana.

Con riferimento ad almeno due aspetti i diritti sociali paiono contraddire l'universalità della dignità umana: in ragione della relatività del loro contenuto e dei loro profili applicativi¹². Tale relatività implica, in termini concreti, che il mero riconoscimento e garanzia formale dei diritti fondamentali in favore di coloro i quali sono marginalizzati o socialmente esclusi «è semplicemente ed ipocritamente un *flatus vocis*»¹³.

Coloro i quali si trovano in uno stato di bisogno non sono in grado di provvedere a sé stessi e di godere di quella vita dignitosa proclamata nella Dichiarazione Universale¹⁴, in moltissimi documenti internazionali e Costituzioni nazionali.

McCrudden (a cura di), *Understanding human dignity*, OUP, Oxford, 2014; C.C. KWAN-G. BOWPITT, *Human dignity and welfare systems*, The Policy Press, Bristol, 2005.

Nella dottrina italiana, *ex multis*, P. Becchi-K. Mathis (a cura di), *Handbook of human dignity in Europe*, Springer, Cham, 2019; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Giappichelli, Torino, 2018; C. DRIGO, *La dignità umana*, in L. Mezzetti (a cura di) *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino, 2013, 161 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e stato costituzionale*, Passigli editore, Firenze Antella, 2010; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma-Bari, 2009. In tema di dignità e povertà *ex multis*, M. RUOTOLO, *Sicurezza, Dignità e lotta alla povertà*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, specc. 205 ss.

⁸ Come costantemente ribadito anche nel contesto delle Nazioni Unite: si v. ad esempio, P. BRAVEMAN-S. GRUSKIN, *Poverty, equity, human rights and health*, in *Bulletin of the World Health Organization* (<https://www.who.int/publications/journals/bulletin/>), 81/7 2003, 539 ss., 543.

⁹ Con riferimento alla Costituzione italiana si v. C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 1/2015, 1 ss.; nonché ID., *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa*, Giappichelli, Torino, 2013. L'autrice approfondisce il tema della ricostruzione dei fondamenti costituzionali dello *ius existantiae* nel contesto italiano.

¹⁰ Su cui, *infra*, § 3.

¹¹ In punto di differenziazione fra valori e principi, *ex multis*, L. MEZZETTI, *Teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, spec. parte I.

¹² S. HUSTER, *The Universality of Human Dignity and the Relativity of Social Rights*, in D. Grimm, A. Kemmerer, C. Mollers (a cura di), *Human dignity in context. Exploration of a contested concept*, cit., 415 ss., 416. Sui diritti sociali F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, cit.; L. MEZZETTI, *Los derechos sociales fundamentales*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2015.

¹³ F. MODUGNO, *I diritti del consumatore: una nuova "generazione" di diritti?*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, II, 2008, Jovene, Napoli, 1363 ss., 1392.

¹⁴ Spec. artt. 22, 23, 25.

Coloro i quali si trovano a vivere in un grave stato di povertà patiscono l'esclusione sociale o forme di marginalizzazione più o meno severe e non sono in grado di godere effettivamente di molte libertà e diritti umani fondamentali, soprattutto, ma non esclusivamente, diritti sociali. Ed infatti, già nel 1948, Luigi Einaudi ricordava come anche le libertà civili e politiche «non possano stare da sé, anzi non abbiano vita vera se non siano accompagnate da un'altra libertà, quella economica», la libertà dal bisogno¹⁵.

Coloro i quali si trovano in uno stato di bisogno non sono in grado di essere realmente parte della comunità sociale nella quale sono inseriti: di conseguenza la loro dignità, giorno per giorno, è costantemente messa in crisi quando non addirittura negata. Pare significativo, a tal proposito, il concetto africano di *Ubuntu*¹⁶ secondo il quale la vera essenza di ogni essere umano si determina anche nel suo essere armoniosamente parte di una comunità e nel suo poter efficacemente interagire con i suoi membri. In tal senso la dignità umana è alimentata dalla pratica dell'*Ubuntu* ed è negativamente condizionata allorché sussistano condizioni, come una severa povertà o l'esclusione sociale, che impediscano un effettivo godimento, partecipazione, interazione, mutuo scambio, con la comunità. Di conseguenza, concepire i diritti umani attraverso il prisma della dignità umana, «come inclusiva del rispetto per l'umanità dell'altro» include necessariamente «la consapevolezza e la comprensione della nostra inevitabile interconnessione come membri di multiple comunità e società»¹⁷.

Tale "dimensione sociale" della dignità umana implica, pertanto, che gli strumenti per combattere la povertà «debbano concernere sia la dimensione fisica di un essere umano, sia la sua possibilità di mantenere relazioni interpersonali e un grado minimo di partecipazione alla vita sociale, culturale e politica»¹⁸.

2.2. Povertà ed esclusione sociale: percorsi definitivi

2.2.1. Alla luce di quanto precede, si può sostenere che esista un dovere dei pubblici poteri di combattere attivamente contro la povertà e l'esclusione sociale, ma per comprendere la sostanza e l'estensione di siffatto dovere è necessario tentare di fornirne le coordinate definitive¹⁹, peraltro

¹⁵ Ci si riferisce ad un articolo intitolato *Chi vuole la libertà*, comparso sul *Corriere della Sera* il 13 aprile 1948 e ripubblicato nell'opera L. EINAUDI, *Il Buon governo*, Laterza, Bari, 1954, 113, raccolta di scritti a cura di E. Rossi.

Le considerazioni sopra esposte nel testo hanno carattere universale e sono, quindi, applicabili a qualsiasi contesto ordinamentale. Ad esempio, con riferimento all'America latina, ove il problema della povertà è particolarmente sentito, la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* ha espressamente affermato che «*la pobreza constituye una violación de derechos humanos*» (v. il *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay* del 2001, all'indirizzo <http://www.cidh.org/countryrep/paraguay01sp/indice.htm>). Sul punto, diffusamente, E. FAUR, *La pobreza como problema de derechos humanos. Nuevas orientaciones para históricas privaciones*, in *Revista IIDH*, 47/2008, 165 ss. e A. DULITZKY, *Pobreza y derechos humanos en el sistema interamericano. Algunas aproximaciones particulares*, cit., 107 ss.

¹⁶ Sul concetto di *Ubuntu*, recentemente: J. Ogude (a cura di), *Ubuntu and the Reconstitution of Community*, 2019, Indiana University Press, U.S., 2019.

¹⁷ A.E. YAMIN, *Power, Suffering, and the Struggle for Dignity. Human Rights Frameworks for Health and Why They Matter*, University of Pennsylvania Press, U.S., 2015, 31.

¹⁸ In tal senso il Tribunale costituzionale tedesco (BVerfG, *Judgment of the First Senate* del 18 luglio 2012 - 1 BvL 10/10, nonché 1 BvL 2/11 del 2012 - specc. §§ 125 - 175).

¹⁹ Si è sostenuto che «è bene, quando si studia una polemica, verificare se i contendenti stanno parlando dello stesso oggetto...»: F. BARONCELLI, *Contro la carità discreta. Misericordia, raziocinio e volontà di non sapere in una polemica cinquecentesca sulla povertà*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/1985, 3 ss., 9.

con la consapevolezza che «l'oggetto "povertà" disegna [...] i limiti di un campo di trasformazioni, di tensioni, di composizioni variabili»²⁰.

Un elemento accomuna le varie fasi evolutive e possibili definizioni di povertà: è «l'evidenza di una mancanza», l'evidenza «di un deficit nell'accedere a standard di vita dignitosi»²¹. Muovendo da una prospettiva diacronica, richiamando la tradizione Cristiana²² - e finanche quella buddista - si devono considerare poveri coloro i quali non possiedono i beni materiali necessari alla propria sopravvivenza, che non esercitano su di essi «quel potere che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale»²³. Ma la mera assenza di un *dominium* sui beni essenziali non è di per sé una condizione imprescindibile – ancorché sia una condizione sufficiente - affinché si possa ritenere sussistente la condizione di povertà²⁴.

La povertà si è venuta a configurare quale una condizione esistenziale di impotenza: come una «incapacitazione fondamentale»²⁵, legata ad una pluralità di fattori e non semplicemente identificabile con uno stato di estrema indigenza causato dalla totale o semi-totale assenza di siffatto *dominium*.

La Povertà pregiudica le persone ogniqualvolta esplica effetti degradanti, svilenti, ogniqualvolta le riduca alla stregua di oggetti. Povertà, quindi, come «situazione subita o volontaria, permanente o temporanea, di debolezza, di dipendenza e di umiliazione, contraddistinta dalla mancanza, diversa a seconda delle epoche e delle società, degli strumenti di potenza e di considerazione sociale: denaro, influenza, sapienza o qualificazione tecnica, onorabilità di nascita, vigore fisico, capacità intellettuale, libertà e dignità personali»²⁶. La povertà, così, non può definirsi unicamente in riferimento alla distribuzione del reddito, ma va estesa anche al «concetto sociale delle condizioni minimali di esistenza»²⁷. Tali condizioni minimali sono «collegate alla concezione sociale di ciò che è necessario per vivere la propria esistenza», riflettono «il concetto di umanità prevalente in ogni società» nonché «l'idea di una soglia per la cittadinanza economica nella società»²⁸.

²⁰ L. COCCOLI, *Il Governo dei poveri all'inizio dell'età moderna*, Jouvence, Milano, 2017, 73. Un'efficace analisi diacronica delle modificazioni del concetto di povertà dall'età antica fino all'età contemporanea si v. in P. SASSIER, *Du bon usage de pauvres. Histoire d'un thème politique (XVI^e – XX^e siècle)*, Fayard, Parigi, 1990.

²¹ E. FAUR, *La pobreza como problema de derechos humanos. Nuevas orientaciones para históricas privaciones*, cit., 178.

²² G. TARELLO, *Profili giuridici della povertà nel francescanesimo prima di Ockham* in *Scritti in memoria di Antonio Falchi, Annali della Facoltà dell'Università di Genova*, III, Giuffrè, Milano, 1964, 5 ss.; R. LAMBERTINI, *La povertà pensata. Evoluzione storica della definizione dell'identità minoritica da Bonaventura ad Ockam*, Mucchi, Modena, 2000.

²³ M. RUOTOLO, *Sicurezza, Dignità e lotta alla povertà*, cit., 210.

²⁴ Esistono, infatti, poveri che possiedono terreni, ma non hanno i mezzi economici per sfruttarli e trarne un reddito. Sul punto: M. RUOTOLO, *Sicurezza, Dignità e lotta alla povertà*, cit., 213.

²⁵ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, Milano, 2000, 92

²⁶ M. MOLLAT, *En guise de préface. Les problèmes de la pauvreté*, in Id. (a cura di), *Études sur l'histoire de la pauvreté*, Vol I, Publications de la Sorbonne, Parigi, 1974, 11 ss., 12.

²⁷ A. MARGALIT, *The Decent Society*, Harvard University Press, Cambridge, Ma.- Londra, 1998, 229. In relazione a ciò, A. SEN sostiene che la povertà non vada considerata come pure e semplice «scarsità di reddito...» infatti «sull'incapacitazione – e quindi sulla povertà reale – agiscono altri fattori oltre al basso reddito», [*Lo sviluppo è libertà*, cit., 92.].

²⁸ A. MARGALIT, *The Decent Society*, cit., 229. Si v. anche R. SUSÍN BETRÁN [*La regulación de la pobreza: el tratamiento jurídico-político de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Logroño, Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2011, 244], secondo cui la povertà «comprende una carencia de bienes materiales, humanos y sociales que determina la falta de autonomía de la persona y su incapacidad para el ejercicio de su condición de ciudadano». O ancora, J.L. REY PÉREZ, [*El derecho al trabajo, ¿forma de exclusión social? Las rentas mínimas de integración y la propuesta del ingreso básico*, in *ICADE. Revista De La Facultad De Derecho* (<https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/about>), 62/2004, 239 ss.] secondo cui «[l]a pobreza ya no es... la simple falta de medios económicos, sino la falta de una serie de valores y posibilidades de los que las personas se ven privados una vez que empiezan el recorrido de la exclusión», 252.

La povertà ci mostra, pertanto, due aspetti complementari: da un lato l'insufficienza delle risorse economiche che preclude una vita dignitosa, per sé stessi e per la propria famiglia; dall'altro la difficoltà di partecipare alla vita pubblica, che implica la difficoltà di assicurare alla comunità cui si appartiene il proprio contributo per la realizzazione del bene comune e del progresso della comunità²⁹.

Povertà, quindi, non solo come carenza di beni materiali, ma anche come carenza di beni «umani e sociali», che implica una «mancanza di autonomia della persona e incapacità di esercitare il proprio *status* di cittadino»³⁰. In questo senso «la povertà appare come la negazione della dignità umana laddove questa può dirsi caratterizzata anche dal fatto di poter essere riconosciuti come cittadini» e, di conseguenza, la povertà esprime «la negazione della cittadinanza»³¹.

2.2.2. La dottrina individua diversi livelli di povertà distinguendoli in ragione della loro misurabilità e severità.

Si distingue, così, fra *povertà assoluta* e *relativa*, laddove la prima corrisponde ad un'assoluta impossibilità di ottenere accesso ai beni e a servizi che sono essenziali per la propria sopravvivenza³², mentre la seconda è collegata alla capacità di spesa per consumi, avendo quale termine di paragone gli standard della comunità di riferimento³³. Considerazioni parzialmente diverse vanno svolte in relazione alla *quasi povertà*. Essa si riferisce a quegli individui o famiglie che hanno spese per i consumi che sono molto vicine alla soglia di povertà, sebbene leggermente superiori ad essa. La nozione di *quasi povertà*, così come quella di *povertà relativa* dipendono strettamente dal contesto in cui una persona vive e cambia anche di molto da Stato a Stato, e finanche all'interno del medesimo ordinamento³⁴.

Va considerata altresì la c.d. *povertà transitoria*, legata alla forte precarizzazione del mondo del lavoro e all'instabilità dei rapporti familiari. Essa impatta significativamente nel contesto europeo atteso che nell'arco di cinque anni circa un terzo della popolazione europea almeno una volta, e per periodi di tempo più o meno lunghi, cade al di sotto della soglia della povertà, secondo dinamiche più o meno gravose a seconda del regime di welfare in essere nei vari Stati³⁵.

Per concepire, e valutare, le possibili politiche per contrastare la povertà, si deve muovere dalla consapevolezza che oggi il concetto (e il problema) della povertà non è un problema di carattere individuale, ma è diventato un problema politico e una questione di inclusione sociale attiva. Le società contemporanee si trovano ad affrontare nuove sfide a causa della significativa esclusione e

²⁹ Azioni queste di rilievo costituzionale in molti contesti. Con riferimento alla Costituzione italiana, v. artt. 3 e 4.

³⁰ R. SUSÍN BETRÁN, *La regulación de la pobreza...*, cit., 243. Si v., altresì, J.P. BECA-FREI, *Pobreza: un problema de derechos humanos*, cit., 101 ss.

³¹ R. PETRELLA, *Estrategias para acabar con la pobreza*, in *Fundació Alfonso Comín* (<http://www.fdacomin.org/>), 2010.

³² D. MENDOLA, *Approcci, metodologie e dati per le analisi di povertà*, in G. Carbonaro (a cura di), *Studi sulla povertà. Problemi di misura e analisi comparative*, Franco Angeli, Milano, 2002, 11 ss.

³³ Su questi temi, diffusamente: M. DALY, *Access to social rights in Europe*, COE Publishing, Strasburgo, 2002; L. DESPOUY, *Final report on human rights and extreme poverty / submitted by the Special Rapporteur (E/CN.4/Sub.2/1996/13)*, 1996; D. DIERCKX, *Empowerment of people experiencing extreme poverty*, in AA.VV., *Strengthening social cohesion*, COE publishing, Strasburgo, 2010, 51 ff.; M. RUOTOLO, *Sicurezza, Dignità e lotta alla povertà*, cit., spec. 205 ss.; R. Halvorsen, - B. Hviden (a cura di), *Combating poverty in Europe*, Elgar, Northampton Ma. U.S., 2016; L. COCCOLI, *Il governo dei poveri all'inizio dell'età moderna*, cit., spec. 73 ss.; E. MORLICCHIO, *Sociologia della povertà*, il Mulino, Bologna, 2012, spec. 99 ss.

³⁴ Ad esempio, per quel che concerne l'Italia, l'Istat mostra livelli anche molto diversi di incidenza della povertà (relativa e assoluta) a seconda della regione considerata (<http://dati.istat.it/Index.aspx?QueryId=17968>).

³⁵ C. RANCI, E. PAVOLINI, *Le politiche di welfare*, il Mulino, Bologna, 2015, 113 ss.; D. FOURAGE – R. LAYTE, *Welfare Regimes and Poverty Dynamics: The Duration and Recurrence of Poverty Spells in Europe*, in *Journal of Social Policy*, 3/2005, 407 ss.

squalifica di gran parte della popolazione, sia cittadini che migranti, cui viene negato il godimento dei diritti fondamentali e un posto adeguato nella società (vedi, *infra*, par. 2.3.)³⁶.

Pertanto, oggi qualsiasi analisi e dibattito sulla povertà deve tener conto delle questioni relative all'esclusione sociale.

In un'epoca di globalizzazione, data la profonda crisi dei tradizionali modelli economici e politici, possiamo tracciare un legame diretto (e in costante evoluzione) tra la disparità di distribuzione delle risorse (economica, culturale, sociale ...), che compromette le relazioni povere e problematiche, e la dimensione pubblica o coinvolgente gruppi o attori sociali³⁷.

La povertà conduce spesso alla stigmatizzazione sociale, all'emarginazione, esprimendo ciò che è stato definito «il nuovo volto dell'apartheid»³⁸. In questo contesto, emerge drammaticamente la connessione fra povertà, «incapacitazione fondamentale»³⁹ ed esclusione sociale.

Al di là dell'(in)disponibilità economica e dei dati relativi al consumo, il concetto di esclusione sociale coinvolge coloro che sono in stato di abbandono o che sono senz'altro⁴⁰, così come coloro che patiscono «*social deprivation*» e «*incomplete participation*» alle principali istituzioni sociali perché non hanno più accesso a, o sono privi degli, strumenti fondamentali (soprattutto culturali) che consentono l'inclusione in uno specifico contesto sociale⁴¹.

La marginalizzazione e la povertà sono fenomeni profondamente correlati con la violazione del principio di uguaglianza: «le persone che soffrono di povertà o esclusione sociale hanno maggiori probabilità di essere vittime di discriminazione e le persone che, in un modo o nell'altro, subiscono discriminazione hanno maggiori probabilità di essere socialmente escluse»⁴².

L'esclusione sociale enfatizza l'essenza e la qualità della relazione tra gli individui e la società, esprimendo la loro impossibilità di godere di un'esistenza degna, di godere della vita dignitosa cui danno valore.

Le disposizioni in materia di sicurezza sociale e le politiche sul reddito minimo potrebbero impedire alle persone di cadere nella povertà assoluta o relativa, ma non sono in grado di affrontare il problema dell'indebolimento dei legami sociali associati alla frammentazione identitaria, economica e culturale della società. E sfortunatamente, la discrepanza tendenziale tra i dati ufficiali sulla povertà e le condizioni reali degli Stati è ben nota.

È comune pensare alle persone che vivono in povertà solo in termini di mancanza di disponibilità di risorse economiche, trascurando gli innumerevoli altri tipi di privazione che condizionano negativamente il loro stato precario e ne impediscono il superamento.

³⁶ Per una panoramica in prospettiva diacronica della dottrina economico-politica sul punto v., *ex multis*, E. SANTORO, *A historical perspective: from social inclusion to excluding democracy*, in AA.Vv., *Redefining and combating poverty. Human rights, democracy and common goods in today's Europe*, COE Publishing, Strassburgo, 2012, 21 ss.; L. BONELLI, *Examining the relationship of poverty*, in AA.Vv., *Redefining and combating poverty...*, cit., 59 ss.

³⁷ L. BONELLI, *op.ult. cit.*, 59 ss.

³⁸ L. DESPOUY, *Final report on human rights and extreme poverty / submitted by the Special Rapporteur*, cit., 37.

³⁹ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, cit. 92.

⁴⁰ Sulla situazione dei senz'altro e degli indigenti di recente: M. KOLOCEK, *The Human Right to Housing in the Face of Land Policy and Social Citizenship. A Global Discourse Analysis*, Palgrave Mc Millan, Londra, 2017.

⁴¹ AA.Vv., *Promoting the policy debate on social exclusion from a comparative perspective*, COE Publishing, Strassburgo, 2001, spec 14 ss.; M. RUOTOLO, *Sicurezza, Dignità e lotta alla povertà*, cit., spec. 210 ss.; D. BILCHITZ, *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of socio-economic rights*, OUP, NY-Oxford, 2007; D. ROMAN, *Guaranteeing human rights in situations of poverty* in AA.Vv., *Redefining and combating poverty...*, cit., 83 ss.

⁴² D. ROMAN, *Guaranteeing human rights in situations of poverty*, cit., 90; J.M. FRESNO, *Addressing the interface between discrimination and poverty*, in *The EU we want: views from those fighting poverty and social exclusion of future development of the EU*, European Anti-Poverty Network, 2005, 62 (https://www.eapn.eu/wp-content/uploads/2006/02/theeuwe_want_en.pdf).

Come anticipato, la povertà deve anche essere concepita come connessa all'effettivo accesso a diritti quali il diritto ad un cibo adeguato, il diritto alla salute, ad un alloggio, al lavoro, ad una famiglia, all'istruzione, alla partecipazione alla vita pubblica e all'accesso a risorse tecnologiche adeguate, che sono i primi a essere messi in discussione, quando non apertamente negati⁴³.

Alla luce di quanto precede, la povertà deve essere misurata secondo un caleidoscopio di indicatori che non tengono conto solo degli elementi di deprivazione materiale o delle caratteristiche dell'attività lavorativa eventualmente svolta (ovvero precarietà, irregolarità e sotto-remunerazione del lavoro)⁴⁴. Vanno contemplate tutte quelle condizioni di fragilità ed esclusione sociale che non trovano espressione nelle statistiche della povertà relativa.

Povertà ed esclusione sociale, concepite in questo modo, pongono «problemi di giustizia» e coinvolgono direttamente lo Stato e le istituzioni pubbliche (compresa l'UE) come attori che hanno «il compito, il dovere e il potere di garantire i diritti, di realizzare la giustizia»⁴⁵

In Europa oltre il 21,7% della popolazione dell'UE è a rischio di povertà ed esclusione sociale⁴⁶. Questa percentuale, sebbene sia diminuita sensibilmente dal 2008⁴⁷, è ancora enorme: oltre una persona su cinque nell'UE ha vissuto almeno una delle tre seguenti forme di povertà: povertà monetaria, grave deprivazione materiale o vive in una famiglia con un'intensità lavorativa molto bassa (vedi, *infra*, § 3). Questa è una questione di giustizia, questa è una questione di dignità⁴⁸.

2.3. Esistenza dignitosa e sistemi di welfare

I poveri, coloro i quali vivono ai margini della società e sono socialmente esclusi sono fra le “vittime” di violazioni di diritti umani basilari, *in primis* il diritto ad un'esistenza dignitosa. La povertà economica, specie se aggravata dalla povertà culturale e dall'assenza di educazione conduce all'*incapacitazione fondamentale*, all'incapacità di rivendicare i propri diritti essenziali⁴⁹.

⁴³ L'attuale emergenza epidemiologica da Covid-19 e il conseguente *lockdown* hanno mostrato in tutta la loro drammaticità il divario fra poveri e non poveri: i primi costretti a far fronte alla perdita o alla significativa riduzione del reddito e alla difficoltà di poter accedere ad un cibo o alloggio adeguati o di garantire ai propri figli una istruzione adeguata in ragione della impossibilità di disporre di strumenti tecnologici (tablet e computer) per l'*e-learning* e finanche di connessioni internet adeguate.

⁴⁴ Secondo l'Eurostat nel 2018 ben il 9,4% dei lavoratori era a rischio povertà o povero (<https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tespm070/default/table?lang=en>).

⁴⁵ G. BENVENÙ-PASINI- M. BEZZE- T. VECCHIATO, *Diritti, senza doveri e risorse male utilizzate*, in AA.VV., *Caritas Italiana – Fondazione «E. Zancan», Poveri di diritti. Rapporto 2011 su povertà ed esclusione sociale in Italia*, il Mulino, Bologna, 2011, 16. In relazione al concetto di giustizia e alle sue implicazioni si v. diffusamente: M. NUSSBAUM, *Creating capabilities. The human development approach*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Ma., 2013; J. WALDRON, *Socioeconomic Rights and Theories of Justice*, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 245. Per una prospettiva più generale anche R. DWORKIN, *Giustizia per i ricchi*, Feltrinelli, Milano, 2011; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, ed. 2017.

⁴⁶ Ultimi dati disponibili Eurostat aggiornati al 2018. Presumibilmente, tuttavia, tali dati sono destinati a peggiorare in ragione delle conseguenze economiche dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

⁴⁷ Dal 2008 si è registrato un significativo decremento delle persone povere o a rischio povertà, ma si è ancora lontani dagli obiettivi di cui alla Strategia Europa 2020 (https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Europe_2020_indicators_-_poverty_and_social_exclusion).

⁴⁸ S.P. LEHER, *Dignity and human rights*, cit., 39. L'autore si rifà al pensiero di Mc Crudden e A. Barak definendo la dignità umana quale «realizzazione di giustizia».

⁴⁹ T. POGGE, *Povertà mondiale e diritti umani*, Laterza, Roma-Bari, 2010; J.P. BECA FREI, *Pobreza: un problema de derechos humanos...*, cit., 101 ss., spec. 112. Ad esempio, la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha precisato come «el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra

Ai fini del presente lavoro pare importante sottolineare che la dignità umana, e in particolare il concetto di vita dignitosa, è essenziale per valutare i sistemi e le politiche di welfare adottate a livello europeo, nazionale e locale, per combattere la povertà e l'esclusione sociale. In altre parole, l'azione dei pubblici poteri può, e deve, essere valutata anche in relazione alla misura in cui la dignità dei più poveri, di coloro i quali sono socialmente esclusi, dei vulnerabili, sia efficacemente tutelata. Inoltre, il concetto stesso di dignità, gli elementi assunti a parametro nel qualificare "dignitosa" l'esistenza, possono essere utilizzati quale cornice classificatoria per i sistemi di welfare⁵⁰. Sistemi che, quantomeno tradizionalmente, erano valutati e considerati alla luce di alcuni limitati parametri. Come osservato, infatti, negli anni la dottrina ha cercato di superare gli schemi classificatori tradizionali valutando "la bontà" dei sistemi di welfare non solo alla luce di fattori specifici, quali la razza, il genere, l'appartenenza a minoranze etniche o il trovarsi in condizioni di vulnerabilità (es. minori)⁵¹. Sono, quindi, divenuti oggetto di valutazione anche le condizioni psicologiche e sociali dei soggetti coinvolti, il livello delle relazioni interpersonali, il maggior o minor tasso di esclusione sociale o di partecipazione alla vita sociale e pubblica: tutti elementi considerati in connessione con la dignità umana e la pienezza di un'esistenza realmente dignitosa. Ne consegue che «la dignità dei beneficiari del welfare sarà valutata dal punto di vista economico, sociale e psicologico, mentre le prestazioni di un sistema di welfare saranno valutate in ragione dell'impatto che hanno sugli elementi chiave della dignità umana»⁵².

Come è noto, lo sviluppo del *welfare state* è stato guidato dall'obiettivo di eradicare o ridurre disuguaglianze e povertà⁵³, o almeno alcune delle loro caratteristiche umilianti. E povertà ed esclusione sociale sono umilianti: «corrodono la dignità umana» attraverso «esposizione, mancanza di riparo ... vulnerabilità e impotenza; abbandono al fallimento», in una parola, conducono all'«*humiliation*»⁵⁴.

Sono stati proposti diversi modelli di *welfare* e le principali critiche cui sono stati esposti dipendono dal fatto che le misure adottate dagli Stati sono spesso suscettibili di compromettere l'autonomia dei bisognosi: troppe volte non incoraggiati a superare la propria condizione di difficoltà e bisogno e trasformati in soggetti dipendenti passivamente dall'assistenza pubblica⁵⁵.

él» (caso *Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala*, del 19 novembre 1999, § 144; ma anche *Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay* del 17 giugno del 2005). Per una panoramica della giurisprudenza europea sul punto si v. *infra* il § 3. Si v., altresì, AA.VV., *Living in Dignity in the 21st Century: Poverty and inequality in Societies of Human Rights: The Paradox of Democracies*, COE Publishing, Strasburgo, 2013.

⁵⁰ In questa sede non è possibile affrontare nel dettaglio i profili teoretici riguardanti il *welfare state* o lo stato sociale. Basti qui ricordare che per LEOPOLDO ELIA [*Si può rinunciare allo «stato sociale»*, in R. ARTONI – E. BETTINELLI, *Povertà e Stato*, Fondazione Adriano Olivetti, Roma, 1987, 107 ss.] la nozione di "stato sociale" «non è univoca e risente delle differenti condizioni storiche», potendosi risalire sino a «Sieyès, quando - nel periodo iniziale della Rivoluzione francese - affermava che scopo della *unione sociale* è il *bene comune* e che i benefici della vita associata non consistono solo nella protezione delle libertà individuali, ma anche nell'acquisizione di *altri* vantaggi, inclusi quelli materiali». Peraltro, nel contesto nazionale «la nozione stessa di stato sociale fu contestata» già da GIANNINI, nell'opera *Stato sociale, una nozione inutile* (in *Il Politico*, 1977, 205 ss., e in *Scritti Mortati*, 1977, I). Elia, nel delineare le possibili definizioni di "stato sociale" pone in comparazione il sistema inglese, italiano, tedesco, francese, evidenziando come pur in presenza di diversi assetti costituzionali «la concezione alla base dei documenti costituzionali considerati» sia «comune» (107, 108).

⁵¹ Si v. C. KWAN CHAN - G. BOWPITT, *Human dignity and welfare regimes*, cit., 11. Si v. anche C. RANCI - E. PAVOLINI, *Le politiche di welfare*, cit., spec. 113 ss. P. CARROZZA, *Riforme istituzionali e sistemi di welfare*, in M. Campedelli-P. Carrozza-L. Pepino (a cura di), *Diritto di Welfare*, Bologna, il Mulino, 2010, 207 ss.; C. Pierson- F.G. Castle (a cura di), *The Welfare State Reader*, Polity Press, Cambridge, 2013; F.G. Castles-S. Leibfried-J. Lewis-H. Obinger-C.P. Pierson (a cura di) *The Oxford Handbook of the Welfare State*, OUP, U.S., 2010.

⁵² C. KWAN CHAN, G. BOWPITT, *op. ult. cit.*, 10 (traduzione nostra).

⁵³ P. SAUNDERS, *Inequality and poverty*, in F.G. Castles et al., (a cura di) *The Oxford Handbook of the Welfare State*, cit., 527 ss.

⁵⁴ A. MARGALIT, *The Decent Society*, cit., 227. Si v., altresì, P. SAUNDERS, *Inequality and poverty*, cit., 527 ss.

⁵⁵ A. MARGALIT, *The Decent Society*, cit., 237.

La sfida dei moderni *welfare state* è quella di affrontare la povertà e l'esclusione sociale nel quadro di un vero e proprio *social state of law*, nel quadro di quei valori fondamentali come uguaglianza, solidarietà e dignità che rappresentano i pilastri della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e delle Costituzioni dei suoi Stati membri. Gli individui, siano essi cittadini o migranti, potranno esercitare liberamente le loro libertà e diritti o partecipare attivamente e pienamente alla società solo in un contesto ordinamentale basato sulla reale uguaglianza nella distribuzione delle risorse, *in primis* economiche, e uguaglianza di opportunità⁵⁶.

2.4. Povertà ed esclusione sociale come ostacoli ad una cittadinanza attiva: spunti di riflessione.

Come anticipato in premesse, i concetti di povertà, eguaglianza e diritti umani sono interconnessi e la povertà va considerata una «violazione dei diritti umani»⁵⁷ nella misura in cui essa, soprattutto se estrema, influenza negativamente lo sviluppo umano e la «pienezza dei diritti umani»⁵⁸. In questo contesto è importante cogliere i due aspetti complementari della povertà: da un lato l'insufficienza delle risorse economiche, che ostacola il godimento di una esistenza dignitosa, e dall'altro la correlativa difficoltà di partecipare attivamente alla vita pubblica, contribuendo al bene comune della comunità di appartenenza⁵⁹.

Sebbene la povertà sembri essere collegata maggiormente ai diritti sociali, economici, e finanche culturali, anche il godimento dei diritti civili e politici dipende dalla possibilità di godimento dei primi.

Il forte legame fra inclusione sociale ed eliminazione della povertà va concepito in chiave finalistica, come espressione di un'efficace cittadinanza attiva e contributo al circuito democratico⁶⁰. Uno Stato democratico si realizza anche attorno all'idea di inclusione e attuazione di un'effettiva partecipazione dei cittadini alla vita politica, sociale, economica e culturale⁶¹.

Le molteplici definizioni di povertà hanno tutte in comune l'evidenza di una mancanza, di un *deficit* per accedere a standard di vita dignitosi: esprimono tutte la negazione della dignità umana, la quale include anche il poter «essere riconosciuti come cittadini». Ne consegue che uno stato di indigenza o povertà possono essere considerati una vera e propria «negazione della cittadinanza»⁶².

La povertà va, quindi, necessariamente intesa in senso ampio⁶³ e il suo superamento è il «prerequisito per l'effettivo esercizio dei diritti di una cittadinanza democratica»⁶⁴. Infatti, si può

⁵⁶ Come recentemente sostenuto, è necessario riconfigurare l'*human right theory* poiché è lampante come i diritti umani, i diritti degli "ultimi", siano stati di fatto «unambitious in theory and ineffectual in practice in the face of market fundamentalism's success». S. MOYN, *Not Enough: Human rights in an unequal world*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2018, 216.

⁵⁷ E. FAUR, *La pobreza como problema de derechos humanos...*, cit., 165. Su punto in modo molto chiaro anche la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay (http://www.cidh.org/countryrep/paraguay01sp/indice.htm)*, 2001.

⁵⁸ A. DULITZKY, *Pobreza y derechos humanos en el sistema interamericano...*, cit., 107.

⁵⁹ G. BENVENÙ PASINI-M. BEZZE-T. VECCHIATO, *Diritti, senza doveri e risorse male utilizzate*, cit., 15.

⁶⁰ T.H. MARSHALL, *Citizenship and social class*, in T.H. Marshall-T. Bottomore, *Citizenship and social class*, Pluto Press, Londra, 1992, 3 ss.; S. HUSTER, *The Universality of Human Dignity and the Relativity of Social Rights*, in D. Grimm-A. Kemmerer-C. Mollers (a cura di), *Human dignity in context. Exploration of a contested concept*, cit., 415 ss., 419; J.D. STEPHENS, *The social rights of citizenship*, in F.G. Castles et al. (a cura di), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, cit., 511 ss.; F. IPPOLITO, *Cittadinanza e cittadinanze. Tra inclusione ed esclusione*, in M. Campedelli-P. Carrozza-L. Pepino (a cura di), *Diritto di Welfare*, cit., 71 ss.

⁶¹ A. PÉREZ MIRAS, *Exclusión social y declaraciones de derechos estatutarios en España*, cit., 1 ss.

⁶² R. PETRELLA, *Estrategias para acabar con la pobreza*, cit..

⁶³ E come inclusiva della «mancanza di beni materiali, umani e sociali che determina la mancanza di autonomia della persona e la sua incapacità di esercitare la sua condizione di cittadino». R. SUSÍN BETRÁN, *La regulación de la pobreza...*, cit., 244 ss.; A. PÉREZ MIRAS, *Exclusión social y declaraciones de derechos estatutarios en España*, cit., 1 ss.

⁶⁴ S. BENVENÙ PASINI, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, cit., 88.

raggiungere «un'eguale condizione di libertà solo a patto di accedere (e godere di) un insieme di diritti e facoltà giuridiche che sono fondamentali per condurre vite degne ed autonome ...» e «nelle società democratiche, la titolarità e il godimento di questi diritti e facoltà costituiscono aspetti cruciali del significato della cittadinanza». Diventa, quindi, essenziale riuscire ad individuare quale sia «l'equilibrato margine di divergenza democratica accettabile nell'interpretazione e nell'implementazione dei diritti socio economici»⁶⁵, quale sia il punto di bilanciamento accettabile.

Come osservato, essere cittadini significa «essere liberi di fare le proprie scelte: non tanto essere «liberi di fare ciò che piace ma, soprattutto, essere liberi di esercitare i propri diritti e responsabilità»⁶⁶, avere il controllo la propria esistenza e del proprio futuro. Le situazioni di povertà, la mancanza di un reddito dignitoso, rendono necessaria una dolorosa scelta fra bisogni fondamentali, che mostrano una urgente e drammatica priorità (cibo sano, alloggio, spese scolastiche, spese sanitarie, ecc., e diritti fondamentali di partecipazione, percepiti come meno «prioritari».

Per i poveri e i socialmente esclusi le possibilità di scelta sono considerevolmente ridotte rispetto a chi non patisce tali condizioni: residua spazio solo per scelte forzate. La povertà non è quindi solo «un fattore costitutivo della violazione dei diritti sociali», ma compromette la «cittadinanza sociale»⁶⁷.

La crisi economica che ha colpito, e continua a colpire, l'Europa (peggiorata dalla drammatica crisi sanitaria di questi mesi), unitamente ai flussi migratori incrementatesi negli ultimi anni, che hanno determinato l'ingresso di molte persone lasciate poi ai margini della società, nonché «la diffusione delle norme cosmopolite e le trasformazioni della sovranità»⁶⁸, ci costringono a indagare su nuovi paradigmi teorici di cittadinanza e godimento dei diritti sociali nel «*confuse horizon*» europeo⁶⁹.

3. Esistenza dignitosa e contrasto alla povertà: la dimensione sovranazionale

3.1. Quadro introduttivo

La narrativa del XX secolo sui diritti umani ha mostrato il superamento della tradizionale bipartizione tra libertà negative e libertà positive, evidenziando i bisogni sociali e psicologici delle persone e l'indivisibilità e l'interdipendenza dei diritti umani. In questo contesto, appare cruciale il ruolo della dignità umana, da concepire come fattore unificante in un quadro in cui «i diritti civili e politici proteggono l'autonomia dell'individuo dall'azione arbitraria delle autorità» mentre «i diritti economici, sociali e culturali proteggono siffatta autonomia dall'insicurezza sociale»⁷⁰.

Come è noto, il diritto internazionale mostra sensibilità, sia per il valore/principio di dignità umana assiologicamente inteso⁷¹, sia per alcune sue declinazioni concrete quali il diritto da

⁶⁵ S. BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, cit., 89.

⁶⁶ D. ROMAN, *Guaranteeing human rights in situations of poverty*, cit., 98.

⁶⁷ M. DALY, *Access to social rights in Europe*, cit., 17.

⁶⁸ S. BENHABIB, *Dignity in adversity. Human rights in troubled times*, Polity books, U.S.–U.K, 2011, 96.

⁶⁹ S. BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, cit., 122; W. KYMLICKA–W. NORMAN, *Citizenship in diverse societies*, OUP, Oxford, 2000; F. IPPOLITO, *Cittadinanza e cittadinanze*, cit., 71 ss.

⁷⁰ D. ROMAN, *Guaranteeing human rights in situations of poverty*, cit., 84; P. MEYER-BISH, *Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains*, in E. Birbosia-L. Hennebel (a cura di), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 47 ss., 48.

⁷¹ Emblematica, a tal proposito, è la formulazione della Dichiarazione Universale dei diritti umani: «[t]utti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti», Art. 1.

un'esistenza dignitosa o il diritto a godere di un'abitazione dignitosa⁷². Oltre alla Dichiarazione Universale, numerose convenzioni o trattati internazionali di rilevanza regionale ripropongono la stessa protezione, sebbene non sempre in base a coordinate esplicite⁷³.

La definizione di precarietà (assenza di *basic security*) promossa dalle Nazioni Unite è particolarmente significativa: «[la] mancanza di *basic security* connota l'assenza di uno o più fattori che consentono agli individui e alle famiglie di assumersi le responsabilità di base e di godere dei diritti fondamentali. La situazione può diventare diffusa e provocare conseguenze più gravi e permanenti. La mancanza di sicurezza di base porta alla povertà cronica quando colpisce contemporaneamente diversi aspetti della vita delle persone, quando è prolungata e quando compromette gravemente le possibilità delle persone di riconquistare i propri diritti e di riassumere le proprie responsabilità nel prossimo futuro»⁷⁴.

La sottolineata connessione tra povertà e violazione dei diritti umani comporta che, sia il campo d'azione delle autorità istituzionali, sia la responsabilità dell'intera società, vadano individuate non più, o comunque non solamente, nell'ambito di una sfera etica ed economica, quanto, piuttosto, nella dimensione giuridica, implicando l'adozione di misure normative concrete per contrastare la povertà.

Ciò è ben noto a livello internazionale, ove si sottolinea che «le politiche anti-povertà hanno maggiori probabilità di essere efficaci, sostenibili, inclusive, eque e significative per coloro che vivono in condizioni di povertà, se basate sui diritti umani internazionali. Affinché ciò avvenga, i diritti umani devono essere presi in considerazione in tutti i possibili canali decisionali»⁷⁵. Pertanto, appare chiaro che la lotta alla povertà non è solo una questione sociale, economica e politica, ma è prima di tutto una questione giuridica. Una questione relativa ai diritti umani in ragione della loro indivisibilità e interdipendenza.

3.2. Dimensione sociale dell'Unione Europea nella lotta alla povertà

3.2.1. Se consideriamo nello specifico il panorama europeo e, in particolare, l'Unione europea, significative, ancorché relativamente recenti, sono le previsioni normative sia a tutela della dignità umana, sia a tutela del principio solidaristico. Vanno ascritte a tale quadro le previsioni di diritto europeo primario⁷⁶ e derivato, nonché quelle politiche e prassi riconducibili all'area del *soft law*, tese a eradicare la povertà e l'esclusione sociale garantendo un'esistenza dignitosa. Come

⁷² Es., art. 25 della Dichiarazione Universale

⁷³ Con riferimento allo *ius existentiae* in rapporto alle situazioni di povertà, molti strumenti internazionali proibiscono ogni forma di discriminazione basata sulle "condizioni economiche/status" o sulle "condizioni sociali". Si possono citare l'Art. 26 del Patto internazionale sui diritti Civili e Politici, l'Art. 2, co.2 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, l'art. 1 della Convenzione Americana sui diritti umani; l'art. 1, co. 1, della Convenzione ILO concernente Convenzione sulla discriminazione (impiego e professione); la Convenzione Unesco contro la Discriminazione nell'istruzione; l'art. 14 della CEDU, l'art. 1 del Protocollo 12 alla CEDU, l'art 30 della Carta sociale europea. Quest'ultima disposizione, in particolare, statuisce il diritto ad essere protetti da povertà e esclusione sociale.

⁷⁴ Così riportata in L. DESPOUY, *Final report on human rights and extreme poverty / submitted by the Special Rapporteur*, cit., 63. Ma si veda anche *UN Human rights council - Report of the independent expert on the question of human rights and extreme poverty*, 2010, A/65/259.

⁷⁵ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*: statement adopted on 4 May 2001, E/C.12/2001/10, § 13.

⁷⁶ Invero, sono limitate le competenze dell'Unione in materia di politiche sociali e di politiche occupazionali. Si vedano le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, o l'art. 3 TUE, ma anche gli artt. 4, § 2, lett. b); 5, § 2; 9; 10; 19; 45-48; 145-150 e 151-161 del TfUE.

anticipato, infatti, evidenti sono le connessioni fra dignità umana (declinata quale esistenza dignitosa) e affrancamento dalla c.d. servitù del bisogno, la libertà dalla povertà.

La lotta alla povertà e all'esclusione sociale si iscrive nel quadro di promozione della giustizia sociale e dei diritti fondamentali che caratterizzano l'azione dell'Unione Europea, fondata, appunto, sui «valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà»⁷⁷.

Tuttavia, come da più parti riscontrato, «il tema del rapporto fra diritti fondamentali e politiche sociali nelle azioni di lotta alla povertà investe... un versante particolarmente sensibile» essendo ancora in parte «controverso quale sia lo spazio della dimensione sociale dell'Unione europea»⁷⁸, quantomeno sotto il profilo della sua rilevanza ed impatto concreto.

L'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea qualifica la dignità umana come inviolabile e sancisce il dovere di rispettarla e tutelarla⁷⁹.

Ai sensi dell'art. 34, parr. 2 e 3, della Carta, inoltre, «[o]gni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali» e questo «[a]l fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà».

L'Unione, pertanto, «riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali»⁸⁰.

Tale ultima disposizione sottolinea l'esistenza del diritto a una rete di protezione di base⁸¹, da attivarsi se il sistema di sicurezza sociale previsto dai commi precedenti fallisce.

⁷⁷ Come è specificato nel preambolo della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE. Va precisato, tuttavia, come la dottrina rilevi la sostanziale scarsa attenzione dell'Unione per la dimensione dei diritti e prestazioni di natura sociale. Si vedano, ad es. G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in M. D'Amico - F. Biondi (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Franco Angeli, Milano, 2017, 58 ss., e bibliografia ivi indicata; R. NIELSEN-R. SZYSZCZAK, *The Social Dimension of the European Community*, Handelshøjskolens Forlag, Copenhagen, 1993; A. CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 4/2018, 1 ss.

⁷⁸ S. MATTONE, *Diritti fondamentali e politiche sociali nell'anno europeo di lotta alla povertà*, in S. Civitarese Matteucci-F. Guarriello-P. PUOTI (a cura di), *Diritti Fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2013, 208 ss., 208. Si v. anche P. REICHLIN, *La sfida al modello sociale europeo*, in S. Civitarese Matteucci-F. Guarriello-P. Puoti (a cura di), *op. ult. cit.*, 215 ss.

⁷⁹ Per un commento: G. ALPA, *La costruzione giuridica della dignità umana*, 6 ss. e G. DE SIMONE, *Dignità e diritti sociali*, 28 ss., entrambi in R. Mastroianni-P. Pollicino-S. Allegrezza-F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè. Milano, 2017.

La Corte di Giustizia, con riferimento alla garanzia di standard minimi di esistenza ha rilevato come «l'economia generale e la finalità della direttiva 2003/9 nonché il rispetto dei diritti fondamentali – e segnatamente delle prescrizioni dell'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a norma del quale la dignità umana deve essere rispettata e tutelata – ostano a che un richiedente asilo venga privato – anche solo per un periodo temporaneo dopo la presentazione di una domanda di asilo, della protezione conferita dalle norme minime dettate dalla citata direttiva», in *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers v. Saciri et al.*, C-79/13 del 27 febbraio 2014, §35. Ma si v. anche sentenza del 27 settembre 2012, *Cimade e GISTI*, C-179/11.

⁸⁰ Art. 34 cit. Per un commento: G. ORLANDINI - W. CHIAROMONTE, *Art. 34*, in R. Mastroianni et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 643 ss.

⁸¹ Sul punto si v. la Decisione della Corte di Giustizia *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e al.*, C-571/10 del 24 aprile 2012: «allorché stabiliscono le misure di previdenza sociale, di assistenza sociale e di protezione sociale definite dalla loro legislazione nazionale e soggiacenti al principio della parità di trattamento sancito all'articolo 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109, gli Stati membri devono rispettare i diritti ed osservare i principi previsti dalla Carta, segnatamente quelli enunciati all'articolo 34 di quest'ultima.

Ai sensi del paragrafo 3 di tale articolo 34, al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione – e dunque gli Stati membri quando attuano il diritto di quest'ultima – riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali» (§ 80). Pertanto, «l'articolo 11, paragrafo 4, della direttiva 2003/109 deve essere interpretato nel senso che consente agli Stati membri di limitare la

In ogni caso, resta in parte controversa la portata degli effetti giuridici che derivano direttamente dall'articolo 34 della Carta. La dottrina rileva la necessarietà dell'implementazione statale riscontrando come, in sua assenza, sarebbero difficili da configurare veri e propri obblighi normativi diretti per gli Stati, salva la possibilità utilizzare la Carta quale parametro alla cui stregua interpretare il diritto interno⁸².

3.2.2. Muovendo la lente di indagine verso il TfUE, in primo luogo si riscontra una sorta di parallelismo fra politiche sociali ed occupazionali e le politiche economiche: in entrambi i casi, la competenza a definire tali politiche è dell'Unione, mentre gli Stati sono chiamati a coordinare le corrispondenti politiche interne secondo le modalità previste dal TfUE (art. 2, par. 3 TfUE).

L'Unione europea ha competenza concorrente in materia di politica sociale (ancorché limitatamente agli aspetti definiti nel TfUE) e di coesione economica, sociale e territoriale (art. 4, par. 2, TfUE), inoltre, l'art 5 TfUE impone che siano adottate «misure per assicurare il coordinamento delle politiche occupazionali degli Stati membri» e stabilisce che possano essere intraprese «iniziative per assicurare il coordinamento delle politiche sociali...» di questi.

A ciò si aggiunga che il corretto funzionamento del mercato interno presuppone l'armonizzazione dei sistemi sociali (art. 151, par. 3, TfUE), il raggiungimento di un livello occupazionale elevato e la lotta contro l'emarginazione. Obiettivi che si possono conseguire solamente se si opera in adeguata sinergia e coordinamento con gli Stati, in considerazione del loro significativo impatto sui bilanci e sull'organizzazione nazionale (art. 153, par. 1, TfUE).

Pare opportuno ricordare, infine, che nel TfUE la sicurezza sociale e la protezione sociale sono ambiti materiali che conformemente al principio di sussidiarietà, possono essere armonizzati anche con lo strumento normativo della direttiva, previa deliberazione unanime del Consiglio (articolo 21, par. 3, TfUE).

Di conseguenza, in ragione della complessità della procedura prevista, alcune misure per combattere la povertà e l'esclusione sociale (come ad esempio un reddito minimo o un reddito di emergenza) trovano, o potrebbero trovare, una diversa base giuridica nella competenza di cui all'art. art. 153, par. 1., lett. h), TfUE, "integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro". Integrazione che si potrebbe abbinare alle lett. c) o j) del medesimo articolo: rispettivamente rivolte alla "sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori" e alla "lotta contro l'esclusione sociale", la cui implementazione segue la normale procedura di regolamentazione.

Per introdurre norme di contrasto alla povertà incisive quali, ad esempio, il reddito minimo garantito, l'Unione non è ricorso agli strumenti indicati dalle normative succitate⁸³.

Ciononostante, sin dagli anni Ottanta del secolo scorso, la narrativa politica europea sulle misure a contrasto della povertà dimostrava una certa sensibilità per il tema della povertà e dell'esclusione

parità di trattamento della quale beneficiano i titolari dello status conferito dalla direttiva medesima, ad eccezione delle prestazioni di assistenza sociale o di protezione sociale concesse dalle autorità pubbliche, a livello nazionale, regionale o locale, che contribuiscono a permettere all'individuo di soddisfare le sue necessità elementari, come il vitto, l'alloggio e la salute» (§ 91).

⁸² J. ZILLER, *Art. 51*, in R. Mastroianni et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1042 ss. Pare opportuno rilevare come la portata della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* sia significativamente più innovativa rispetto ai contenuti della *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori*, e della *Carta sociale europea*. Nella prima, all'art. 10, si declinava il diritto alla protezione sociale in prospettiva lavoristica, nella seconda, quantunque il «diritto alla protezione contro la povertà e l'emarginazione sociale» (art. 30) non fosse circoscritto all'ambito lavoristico, tuttavia, non si fornivano parametri utili a definire nel *quantum* gli eventuali protettivi, né vi era una connessione diretta con la necessità di garantire un'esistenza dignitosa.

⁸³ Di recente A. SOMMA, *Contrasto alla povertà e politiche attive del lavoro: reddito di cittadinanza, reddito minimo garantito e regime delle condizionalità*, in *DPCE 2/2019*, 433 ss., spec. 442.

sociale⁸⁴, sebbene esso abbia acquisito una maggior rilevanza solo in tempi più recenti, sull'onda della crisi economica della seconda metà degli anni Duemila⁸⁵.

3.2.3. Nonostante le difficoltà di ordine politico, normativo e istituzionale, nel contesto della Strategia Europa 2020⁸⁶ le istituzioni europee, ed in particolare la Commissione, hanno posto il contrasto alla povertà al centro dell'agenzia economica, sociale e per l'occupazione⁸⁷.

Questa strategia ha sostituito la precedente *Lisbon strategy* con un obiettivo quantitativo meno ambizioso ma, quantomeno in teoria, più realistico.

L'obiettivo è quello di ridurre di circa 20 milioni il numero delle persone definibili povere, operando al fine di contrastare l'esclusione sociale e promuovendo l'adozione di strategie sinergiche e complementari per tutti gli Stati membri⁸⁸.

⁸⁴ Possono essere ricordate la *Risoluzione concernente la lotta contro la povertà nella comunità europea* del 16 settembre 1988, A2-171/88; il *Parere del Comitato economico e sociale in merito alla povertà* del 12 luglio 1989, 89/C221/02; la *Raccomandazione del Consiglio del 24 giugno 1992, in cui si definiscono i criteri comuni in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale*, 92/441/CEE. Ma si v. anche la *Raccomandazione del Consiglio, relativa alla convergenza degli obiettivi e delle politiche della protezione sociale*, 92/442/CEE, del 27 luglio 1992.

⁸⁵ *Risoluzione del Parlamento europeo* del 20 ottobre 2010 sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa (2010/2039(INI)) (2012/C 70 E/02) - *Il ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e nella promozione di una società inclusiva in Europa* - P7_TA(2010)0375; *Parere del Comitato economico e sociale europeo «Per una direttiva quadro europea in materia di reddito minimo»* (2019/C 190/01) pubblicato in *GUUE* il 5 giugno 2019.

⁸⁶ Nel giugno del 2010 è stata approvata la Strategia Europa 2020 che ha lo scopo di far sì che, dopo la grave crisi economico-finanziaria degli anni duemila, la ripresa economica dell'UE si realizzi e si accompagni a riforme strutturali in grado di ridefinire le fondamenta europee per la crescita e la creazione di occupazione entro il 2020. Essa mette l'accento su una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva come mezzo per superare le carenze strutturali dell'economia europea, migliorarne la competitività e la produttività e favorire l'affermarsi di un'economia di mercato sociale sostenibile (v. *Comunicazione della Commissione Europa 2020, Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020 def. del 3 marzo 2010).

La Strategia si sviluppa attraverso il perseguimento del raggiungimento di una serie di obiettivi in materia di occupazione, ricerca e sviluppo, cambiamenti climatici ed energia, istruzione e lotta alla povertà e all'esclusione sociale. I progressi di tali iniziative sono monitorati nell'ambito del ciclo annuale della *governance* economica dell'UE: il semestre europeo. Sul punto si v. anche AA.VV., *Poverty Prospects in Europe: Assessing Progress towards the Europe 2020 Poverty and Social Exclusion Targets in New European Union Member States* – 2013, e il *Factsheet* del Parlamento Europeo: *Politica sociale e dell'occupazione: principi generali*, ottobre 2018.

⁸⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *La Piattaforma europea contro la povertà e l'esclusione sociale: un quadro europeo per la coesione sociale e territoriale*, COM(2010) 758 def., del 16 dicembre 2010; nonché *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Lottare contro la povertà»* (parere esplorativo) (2016/C 133/03).

Si v., altresì, S. SABATO et al., *Europe 2020 and the fight against poverty: from target to governance*, in M. Jessoula-I. Madama (a cura di), *Fighting poverty and social exclusion in the EU*, Routledge, London & NY, 2018., 14 ss.; M. FERRARA – M. JESSOULA, *Poverty and social inclusion as emerging policy arenas in the EU*, in R. Halvorsen-B. Hvinden (a cura di) *Combating poverty in Europe*, Elgar, Northampton. Ma. U.S., 2016, 62 ss.; R. PEÑA-CASAS, *Europe 2020 and Fight against poverty and social exclusion: fooled into Marriage?*, in D. Natali-B. Vanhercke (a cura di), *Social development in European Union 2011*, OSE, ETUI, Bruxelles, 2012, 159 ss.

⁸⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *La Piattaforma europea contro la povertà e l'esclusione sociale: un quadro europeo per la coesione sociale e territoriale*, COM(2010) 758 def., del 16 dicembre 2010, 4-5. Secondo tale documento «[n]el 2008, oltre 80 milioni di persone nell'UE, vale a dire più dell'intera popolazione dello Stato membro più grande o il 16,5% della popolazione dell'Unione, vivevano al di sotto della soglia di povertà. Più della metà di queste sono donne e 20 milioni sono bambini. Naturalmente la situazione è peggiorata in seguito alla crisi economica. I soggetti più vulnerabili delle nostre società hanno risentito in maggior misura delle conseguenze della crisi».

L'Unione contrasta la povertà e l'esclusione sociale nell'ambito della realizzazione della politica sociale attraverso il ricorso a diversi strumenti:

- a) implementando la cooperazione non legislativa-metodo di coordinamento aperto⁸⁹;
- b) intervenendo con misure a contrasto della discriminazione⁹⁰;
- c) apprestando specifiche tutele giuridiche alle potenziali vittime;
- d) ponendo in essere misure di incentivazione destinate a specifici gruppi o categorie (art. 19 TfUE)⁹¹;
- e) adoperandosi, in generale, al fine di agevolare il rilancio della crescita economica e, in parallelo, implementando il livello occupazionale, sia sotto il profilo qualitativo, sia sotto il profilo quantitativo.

A ciò si aggiunga che, soprattutto per quel che riguarda le misure da porre in essere all'interno degli Stati membri, un ruolo assai significativo è svolto dall'*European Social Fund* (FSE)⁹², tale fondo consente di attingere a finanziamenti dell'Unione europea al fine di cofinanziare azioni volte a combattere la discriminazione e a fornire aiuti concreti alle categorie che hanno maggior difficoltà ad accedere al mercato del lavoro.

Sin dal 2014, poi, quale reazione al riscontrato incremento dei livelli di povertà, è stato istituito uno specifico *Fondo di aiuti europei agli indigenti* (FEAD), avente il compito di sostenere le iniziative degli Stati membri volte a offrire assistenza materiale agli indigenti (fornendo cibo e assistenza materiale di base), unitamente a misure di inclusione sociale⁹³.

Alcuni anni dopo, nel 2017, allo scopo di implementare i livelli di equità e propensione alla sfera sociale dell'Unione, è stata presentata la *Proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali*⁹⁴ che si incentra sulla promozione di tre canali di intervento volti a favorire: a) parità di

⁸⁹ *Open Method of Coordination* (OMC). Si veda, in particolare, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 2 luglio 2008, intitolata *Un rinnovato impegno a favore dell'Europa sociale: rafforzamento del metodo di coordinamento aperto per la protezione sociale e l'integrazione sociale* [COM(2008) 418def. - Non pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale*]. Si v. altresì: F. LAROCQUE–A. NOËL, *The politics of poverty in the European Union: How States Respond in the open method of coordination on social inclusion*, in *Policy & politics*, 42 (3) 2014, 333 ss.

⁹⁰ Si v. l'art. 19 del TfUE che ha conferito al Consiglio la facoltà di «prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale» e di adottare anche «misure di incentivazione», (§ 2). Sono state, quindi, adottate una serie di direttive che hanno consentito di rafforzare notevolmente la tutela giuridica contro le discriminazioni in essere negli stati dell'Unione: possono essere richiamate la direttiva sull'uguaglianza razziale (2000/43/CE); la direttiva sulla parità in materia di occupazione (2000/78/CE); la direttiva sulla parità di trattamento (2006/54/CE); la direttiva relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio (2019/1158 UE).

⁹¹ Ad esempio: i disabili (v. la strategia europea sulla disabilità 2010-2020 (COM(2010)0636) partendo dal piano d'azione a favore delle persone disabili 2004-2010) o le donne, specialmente nell'ambito della promozione della parità di genere (v. l'impegno strategico per la parità di genere 2016-2019, che integra e completa precedenti azioni della Commissione europea sul punto); o ancora, i giovani in cerca di occupazione (v. misure proposte dalla Commissione nel 2012 per favorire l'occupazione giovanile o alla Raccomandazione del Consiglio del 2016 sull'inserimento dei disoccupati di lungo periodo nel mercato del lavoro, o, ancora, la creazione del Corpo europeo di solidarietà al fine di creare nuove opportunità per i giovani).

⁹² Ai sensi del Regolamento (UE) n. 1304/2013, l'FSE ha l'obiettivo di incrementare i livelli occupazionali, rafforzare l'inclusione sociale, contrastare la povertà, promuovere istruzione e livelli educativi, promuovere l'implementazione delle competenze e la formazione permanente ed elaborare politiche di inclusione attiva, globali e sostenibili.

⁹³ Fondo istituito con il Regolamento (UE) n. 223/2014 del Parlamento e del Consiglio.

Per approfondimenti sul funzionamento del FEAD, v. il dossier della Commissione aggiornato, però, solo ad aprile 2019 ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/637919/EPRS_BRI\(2019\)637919_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/637919/EPRS_BRI(2019)637919_EN.pdf)). Per le recentissime modifiche al FEAD si v. *infra*, § 3.2.4 e note 103, 104.

⁹⁴ Del Parlamento, del Consiglio e della Commissione (2017/C 428/09).

opportunità e accesso al mercato del lavoro, b) condizioni di lavoro eque e c) protezione e inclusione sociali⁹⁵.

In relazione a tale ultimo profilo, si prevedono una serie di diritti di cui i soggetti "deboli" o in stato di povertà devono godere:

1) assistenza all'infanzia e sostegno ai minori al fine di promuovere le pari opportunità;

2) adeguata protezione sociale per tutti i lavoratori, a prescindere dalla tipologia di contratto;

3) adeguate misure di sostegno nel caso di disoccupazione. Sostegno che implica l'attivazione «da parte dei servizi pubblici per l'impiego» di strumenti che consentano di «(ri)entrare nel mercato del lavoro» mediante l'erogazione di «adeguate prestazioni di disoccupazione di durata ragionevole»⁹⁶;

4) previsione di un reddito minimo in favore di «chiunque non disponga di risorse sufficienti» al fine di garantire «una vita dignitosa in tutte le fasi della vita e l'accesso a beni e servizi». Per coloro i quali possono lavorare, però, «il reddito minimo dovrebbe essere combinato con incentivi alla (re)integrazione nel mercato del lavoro»⁹⁷;

5) previsione del diritto ad avere «risorse che garantiscano una vita dignitosa» o comunque di godere di una pensione che sia commisurata ai contributi versati garantendo comunque un reddito adeguato⁹⁸.

In relazione a tali profili le istituzioni europee si sono sostanzialmente limitate a «invitare tutti gli Stati membri a introdurre adeguati regimi di reddito minimo, accompagnati da misure di sostegno al lavoro per coloro che possono lavorare e programmi di istruzione e formazione adattati alla situazione personale e familiare del beneficiario, al fine di sostenere le famiglie con un reddito inadeguato e consentire loro di avere un tenore di vita dignitoso» e, in parallelo, hanno fatto appello agli Stati membri affinché garantiscano «la piena partecipazione di tutte le parti interessate, in particolare le parti sociali e le organizzazioni della società civile, alla definizione, all'attuazione e al monitoraggio delle politiche e dei programmi di reddito minimo»⁹⁹.

Sono, inoltre, previsti: il diritto ad accedere tempestivamente ad un'assistenza sanitaria di qualità e a costi accessibili; il diritto a misure di sostegno al reddito che garantiscano una vita dignitosa per i soggetti affetti da disabilità; il diritto a servizi di assistenza a lungo termine di buon livello qualitativo e a costi accessibili; nonché diritti specifici per coloro i quali siano privi di alloggio o in stato di vulnerabilità. In particolare: «a) le persone in stato di bisogno hanno accesso ad alloggi sociali o all'assistenza abitativa di qualità; b) le persone vulnerabili hanno diritto a un'assistenza e a una protezione adeguate contro le espropriazioni forzate; c) ai senzateutto sono forniti alloggi e servizi adeguati al fine di promuoverne l'inclusione sociale»¹⁰⁰.

Infine, non solo è sancito il diritto ad accedere a servizi essenziali di qualità (quali l'accesso all'acqua, ai servizi igienico-sanitari, all'energia, ai trasporti, ai servizi finanziari e alle comunicazioni

⁹⁵ A seguito della proclamazione del *Pilastro europeo dei diritti sociali*, la Commissione ha proposto una direttiva relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea. Tale direttiva è stata pubblicata nella GUUE nel 2019: Direttiva (UE) 2019/1152. Inoltre, nel novembre 2019, il Consiglio ha approvato la *Raccomandazione sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi*. Tale documento aspira a colmare (almeno parzialmente) i divari nella copertura formale, garantendo che i lavoratori subordinati e autonomi in condizioni simili possano aderire a sistemi di sicurezza sociale corrispondenti.

⁹⁶ Tali prestazioni non devono costituire un disincentivo a un rapido ritorno all'occupazione. V. art. 13 della *Proclamazione cit.*

⁹⁷ Art. 14 della *Proclamazione cit.*

⁹⁸ Art. 15 della *Proclamazione cit.*

⁹⁹ § 61 della *Risoluzione del Parlamento europeo del 24 ottobre 2017 sulle politiche volte a garantire il reddito minimo come strumento per combattere la povertà (2016/2270(INI))*.

¹⁰⁰ Art. 19 della *Proclamazione cit.*

digitali), ma devono essere previste specifiche misure di sostegno per coloro i quali versano in stato di bisogno (art. 20).

Nonostante sia certamente lodevole lo sforzo delle istituzioni europee, appare ancora molto ampio il divario fra la dimensione formale e quella sostanziale. Il documento da ultimo citato, infatti, non esplica valore normativo vincolante e, inoltre, aspira a dare tutela a situazioni giuridiche o interessi che necessitano non solo dell'intervento degli Stati membri dell'UE, ma anche, dei loro enti territoriali. Enti che, soprattutto ove siano titolari di competenze legislative autonome, sia che siano enti territoriali appartenenti a stati federali (come Germania, Austria o Belgio), sia che esprimano diversi contesti di valorizzazione delle autonomie (come Spagna o Italia), esercitano molte competenze inerenti alle politiche sociali, all'assistenza e all'inclusione sociale, dando variamente espressione anche al principio di sussidiarietà, declinato in senso tanto verticale, quanto orizzontale.

3.2.4. Più di recente, a fine maggio 2018, la Commissione ha presentato una proposta di Regolamento volta ad integrare il FEAD ed altri programmi (FSE+ 2021-2027)¹⁰¹ anche se l'attuale crisi economica, emersa a seguito dell'emergenza sanitaria causata dalla diffusione della pandemia di Sars-CoV2, sta obbligando le istituzioni europee e gli Stati a riconsiderare i propri interventi anche in ragione dell'alto numero di nuovi disoccupati e di persone in stato di bisogno. Peraltro, sin dal proprio insediamento, la nuova Presidentessa della Commissione Europea aveva espresso l'intenzione della Commissione di implementare e sviluppare il pilastro europeo dei diritti sociali e aveva presentato una proposta di decisione del Consiglio relativa agli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione¹⁰².

L'impatto dell'emergenza epidemiologica da Covid19 sulle economie degli Stati europei e sui livelli occupazionali ha spinto la Commissione a proporre una ulteriore proposta di modifica del FEAD¹⁰³ e il 24 aprile 2020 è stato pubblicato in GUUE il Regolamento (UE) 2020/559 che modifica il precedente Regolamento (UE) n. 223/2014¹⁰⁴. L'intenzione è quella di rendere operative una serie di misure di carattere eccezionale e particolarmente flessibili al fine di proteggere le categorie più vulnerabili e soddisfare i loro bisogni immediati (es. sotto forma di aiuti alimentari, fornitura di dispositivi di protezione o sostegno a categorie in difficoltà).

3.2.5. Preme precisare che, nonostante le politiche europee attivate in materia e l'azione di coordinamento svolta dalle istituzioni europee negli anni (soprattutto successivamente all'entrata in vigore del trattato di Lisbona) mostrino come sia in atto una tendenziale armonizzazione, una promozione di politiche integrate anti-povertà, articolate a partire dalla nozione di "inclusione

¹⁰¹ Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo e migrazione, al Fondo per la Sicurezza interna e allo Strumento per la gestione delle frontiere e i visti. Preme ricordare come per il periodo 2014-2020 il contributo dell'Unione al Fondo è stato di oltre 3,8 miliardi di Euro. Anche gli Stati membri dell'Unione cofinanziano il fondo garantendo la copertura di almeno il 15% dei costi dei propri programmi.

¹⁰² Proposta di Decisione del Consiglio relativa agli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione del 26 febbraio 2020. (COM(2020) 70)

¹⁰³ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 223/2014 per quanto riguarda l'introduzione di misure specifiche volte ad affrontare la crisi dovuta alla Covid-19, Bruxelles, 2.4.2020 COM(2020) 141 final 2020/0058 (COD).

¹⁰⁴ Regolamento (UE) 2020/559 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2020 che modifica il regolamento (UE) n. 223/2014 per quanto riguarda l'introduzione di misure specifiche volte ad affrontare l'epidemia di COVID-19.

attiva"¹⁰⁵, in concreto, come poc'anzi anticipato, gli Stati membri dell'Unione non sembrano in egual misura sensibili alle politiche europee di contrasto alla povertà.

Largo margine è lasciato agli Stati e, laddove questi siano dotati di enti territoriali dotati di potestà legislative autonome competenti in materia, anche all'intervento di questi ultimi e finanche degli enti locali¹⁰⁶. Paradigmatico è il caso tedesco.

La Germania mostra un singolare paradosso: nonostante la sua forte influenza in Europa, specialmente nella politica economica europea e nei processi decisionali, essa pare poco sensibile alle politiche sociali europee, non in grado di dare impulso a politiche interne corrispondenti¹⁰⁷, preferendo perseguire azioni proprie che vedono intersecarsi variamente competenze federali, competenze dei Länder e competenze locali (specialmente dopo le riforme costituzionali del 2006 e del 2009¹⁰⁸).

Articolati sono, quindi, i contesti politici o le sensibilità nazionali, di tal ché sono molteplici gli approcci alle "politiche anti povertà", in larga misura dipendenti anche dal livello di autonomia finanziaria di cui godono gli enti competenti e dalla disponibilità delle risorse.

Con riferimento a tale ultimo profilo l'insieme delle misure approvate a livello europeo nell'ultimo decennio ha condizionato, e condiziona ancora, le modalità di azione degli Stati membri¹⁰⁹.

È fondamentale rafforzare, ove possibile, gli sforzi di tutti gli attori statali coinvolti nell'individuazione di bilanciamento ragionevole e proporzionato tra equilibrio economico e finanziario e diritti sociali fondamentali (da riconoscere sia ai cittadini che agli stranieri residenti legalmente in un determinato territorio e, in una certa misura e con riferimento al loro nucleo essenziale, anche ai migranti irregolari).

A questo proposito, il ricorso al principio di solidarietà assume un ruolo centrale. Da un diverso punto di vista, tuttavia, è opportuno concepire un nuovo modello di protezione della dimensione sociale, dei diritti sociali, inscritto in un processo (costituzionale e pluridimensionale) di costituzionalizzazione dell'UE che sostenga sia il ruolo della dignità umana nella determinazione del nucleo immateriale dei diritti, sia una concezione dei diritti sociali che non risponda a una visione

¹⁰⁵ D. CLEGG, *Combating Poverty through "Active Inclusion"? The European and National Context*, in H. Johansson-A. Panican (a cura di), *Combating Poverty in Local Welfare Systems. Active Inclusion Strategies in European Cities*, Palgrave Macmillan, Londra, 2016, 77 ss.

¹⁰⁶ Con riferimento alla *in-work poverty*, si v. la recente pubblicazione: R. PEÑA-CASAS-D. GHAILANI-S. SPASOVA-B. VANHERCKE, *In-work poverty in Europe. A study of national policies*, Commissione Europea - European Social Policy Network (ESPN), 2019 (<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=751&langId=it&furtherPubs=yes>).

¹⁰⁷ K. ZIMMERMANN-N. PETZOLD, *The German way: reaffirming sovereignty, while accommodating the EU anti-poverty strategy*, in M. Jessoula-I. Madama (a cura di), *Fighting poverty and social exclusion in the EU*, cit., 78 ss., 94.

¹⁰⁸ Si fa riferimento alla *Föderalismusreform* e alla *Föderalismusreform II* con le quali sono state modificate numerose norme del *Grundgesetz* inerenti, soprattutto, il ruolo e le funzioni del *Bundesrat*, il riparto delle competenze legislative fra la Federazione e i *Länder* nonché i rapporti finanziari e di bilancio.

Per una panoramica delle misure adottate: Dossier 287 del 2011 del servizio Studi del Senato, *La riforma costituzionale tedesca del 2009 (Föderalismusreform II) e il freno all'indebitamento* (http://www.senato.it/documenti/repository/dossier/studi/2011/Dossier_287.pdf).

¹⁰⁹ Per una panoramica delle misure in essere in moti stati membri dell'UE, ancorché con maggior riferimento alle misure di sostegno al reddito si v. la sezione monografica di DPCE a cura di A. Somma, *Contrasto della povertà e politiche attive del lavoro: il mito del reddito di cittadinanza e la realtà delle condizionalità*, in DPCE, 2/2019, 433 ss.. Si v. altresì, M. Jessoula-I. Madama (a cura di), *Fighting poverty and social exclusion in the EU*, cit.; R. Halvorsen-B. Hviden (a cura di), *Combating poverty in Europe*, cit.; M. FERRERA, *Welfare State Reform in Southern Europe. Fighting poverty and social exclusion in Italy, Spain, Portugal and Greece*, Routledge, NY, 2005; H. Johansson-A. Panican (a cura di), *Combating Poverty in Local Welfare Systems. Active Inclusion Strategies in European Cities*, cit., Dossier World Bank, *Poverty Prospects in Europe: Assessing Progress towards the Europe 2020 Poverty and Social Exclusion Targets in New European Union Member States*, 2013.

meramente egualitaria, ma tenga conto delle specificità di ciascuna situazione al fine di non aggravare (se non risolvere) i problemi relativi alla sostenibilità dei modelli di Stato sociale¹¹⁰.

3.3. Lotta alla povertà e all'esclusione sociale nel contesto del Consiglio d'Europa

Considerando il contesto del Consiglio d'Europa, la dignità umana esprime un ruolo significativo, sebbene non se ne faccia alcuna espressa menzione nella CEDU¹¹¹.

E la stessa CEDU sembra permeabile anche alla dimensione sociale grazie alla giurisprudenza evolutiva della Corte Europea secondo la quale «[e]liminare quelle che sono giudicate essere ingiustizie sociali è un esempio delle funzioni di un ordinamento democratico»¹¹².

Sul versante della Carta sociale europea, si stabilisce che ogni persona ha il diritto «alla protezione dalla povertà e dall'emarginazione sociale» (art. 30) e vengono protetti numerosi diritti sociali inscindibilmente connessi con la dignità umana e il diritto ad un'esistenza dignitosa (come il diritto all'abitazione).

Nell'interpretare la Carta sociale europea il Comitato europeo per i diritti sociali ha affermato come questa sia «uno strumento per i diritti umani a integrazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ... uno strumento vivente dedicato a determinati valori che l'hanno ispirata: dignità, autonomia, uguaglianza e solidarietà». In questo contesto, «la dignità umana è il valore fondamentale e il nucleo fondativo del diritto europeo positivo in materia di diritti umani»¹¹³ e vivere in una situazione di povertà ed esclusione sociale viola apertamente la dignità umana¹¹⁴.

Il campo di protezione offerto dalla Carta sociale europea può essere esteso anche ai migranti in situazione irregolare, quantomeno allorché viene in rilievo un grave *vulnus* ai loro diritti umani fondamentali, quali, ad esempio, il loro «diritto alla vita o all'integrità fisica o alla dignità umana»¹¹⁵ o ancora, quando viene in rilievo il diritto alla salute e all'assistenza medica¹¹⁶, il diritto a ricevere prestazioni di natura socio-assistenziale¹¹⁷ o ad avere la disponibilità di un alloggio adeguato¹¹⁸. La tutela offerta si fa tanto più forte quanto più sono vulnerabili coloro i quali si trovano a vivere in situazioni di grave povertà ed indigenza. Nel caso dei minori, l'esistenza di una situazione di

¹¹⁰ Pare appropriato citare Holmes, «taking rights seriously means taking scarcity seriously», al fine di ricordare che in questo campo è la politica, più che un giudice, a dover decider l'allocatione delle (scarse) risorse economiche: S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & co, NY-London, 1999, 94.

¹¹¹ Sia qui consentito rinviare a C. DRIGO, *La dignità umana*, cit. spec. 171 ss.

¹¹² Corte EDU *James et al. c. Regno Unito*, 21 Febbraio 1986, § 47; *Berger-Krall et al. c. Slovenia*, 26 Giugno 2014.

¹¹³ CEDS, *International Federation of Human Rights League (FIDH) c. Francia*, decisione nel merito 8 Settembre 2004, §§ 27, 31.

¹¹⁴ CEDS *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) c. Paesi Bassi*, decisione nel merito 10 Novembre 2014, § 219; *International Movement ATD Fourth World c. Francia*, decisione nel merito 5 Dicembre 2007, § 163: «[t]he Committee considers that the fact of living in a situation of poverty and social exclusion violates the dignity of human beings (Conclusions 2003, Statement of Interpretation on Article 30, all countries). Poverty means deprivation due to a lack of resources (Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 30, all countries)».

¹¹⁵ CEDS, *Defence for Children International (DCI) c. Belgio*, decisione nel merito 22 ottobre 2012, § 28; ma anche *International Movement ATD Fourth World c. Francia*, cit., §§ 57, 163.

¹¹⁶ CEDS, *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) c. Francia*, decisione nel merito del 8 Settembre 2004, §32; *DCI c. Belgio*, cit., §102 e 122.

¹¹⁷ CEDS *DCI c. Belgio*, cit., §§ 85-86.

¹¹⁸ CEDS *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) c. Paesi Bassi*, cit., § 59. *Defence for Children International (DCI) c. Paesi Bassi*, decisione nel merito del 20 ottobre 2009, §§47-48, 66; *DCI c. Belgio*, cit., §136.

Va precisato, comunque, che pur essendo censurate le espropriazioni forzate, non si giunge, in parallelo, a configurare il dovere degli Stati di provvedere ad alloggi alternativi di carattere permanente.

«estrema impotenza» ed indigenza è considerata apertamente «contraria al rispetto della dignità umana». Il Comitato, richiamando anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹¹⁹, ribadisce, a tal proposito, come gli Stati siano obbligati a fornire l'assistenza di base ed un alloggio a chiunque sia soggetto alla loro giurisdizione: il rispetto dei diritti fondamentali e la protezione della dignità umana richiedono di garantire standard di vita dignitosi¹²⁰.

Pare opportuno precisare, comunque, che il Comitato non opera come una vera e propria corte sovranazionale, le sue decisioni non sono assimilabili, in termini di impatto, a quelle della Corte EDU anche se, almeno per quel che concerne il nostro Paese, possono integrare il parametro nei giudizi di costituzionalità in virtù del disposto di cui all'art. 117, co. 1, Cost.¹²¹.

Spostando l'analisi sul versante della giurisprudenza della Corte EDU, si rileva la consapevolezza dei giudici di Strasburgo per la connessione fra dignità umana e lotta alla povertà: lotta «diventata una questione fondamentale di sviluppo»¹²².

Secondo la Corte la povertà, «al di là della sua dimensione personale» e degli «effetti drammatici che comporta per la vita quotidiana e il futuro degli interessati ... modifica ulteriormente, nel modo più negativo possibile, il loro rapporto con gli altri e con la società». La povertà incrementa «il rischio di stigmatizzazione e discriminazione». Andando oltre la dimensione personale e gli effetti drammatici che comporta per la vita quotidiana e il futuro degli interessati, la povertà modifica ulteriormente, nel modo più negativo possibile, il rapporto degli individui con gli altri e con la società. Il rischio di stigmatizzazione e discriminazione è, sia aggravato, sia aggravante, per le persone in una situazione precaria. L'accesso a determinati servizi di base, come la loro piena e completa integrazione nel tessuto sociale, possono essere «messi a repentaglio dalla loro situazione sociale ed economica, a causa del perpetuarsi di stereotipi negativi e pregiudizi»¹²³.

La Corte EDU, quindi, cerca di fornire una protezione concreta soprattutto quando rileva violazioni della dignità umana nell'esposizione delle persone, siano esse cittadini o appartenenti a minoranze (come i rom o i richiedenti asilo), a una situazione di estrema povertà materiale. In relazione a tali profili le decisioni della Corte EDU sono spesso in linea con quelle della Corte di giustizia dell'Unione europea¹²⁴.

Tuttavia, con riferimento all'impatto che la carenza di risorse economiche di uno Stato può esplicare su alcuni diritti di natura sociale e, più in generale, nel bilanciamento fra diritti umani vulnerati dalla povertà e disponibilità finanziarie, la Corte EDU a tratti mostra una giurisprudenza oscillante. In relazione agli effetti negativi della crisi economica e al loro impatto, la Corte, negli

¹¹⁹ Corte di Giustizia, sentt. *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c. Saciri et al.* C-79/13, del 27 febbraio 2014, § 3; *Cimade e GISTI c. Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, C-179/11, sentenza del 27 settembre 2012, § 56.

¹²⁰ CEDS *European Federation of National Organizations working with the Homeless (FEANTSA) c. Paesi Bassi*, cit., § 184.

¹²¹ Es. Corte cost., sentt. nn. 120/2018 e 194/2018. Sul punto, *ex multis*, di recente L. MOLA, *Oltre la CEDU: la rilevanza della Carta sociale europea e delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali nella recente giurisprudenza costituzionale*, XXIV Convegno Annuale SIDI, *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, 5-6 giugno 2019, Roma, 1 ss (<http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2019/05/Mola-L.pdf>).

¹²² Corte EDU, *Garib c. Paesi Bassi*, 6 Novembre 2017, §§ 25,26]. Ed in effetti, «[l]o sviluppo economico e l'aumento della ricchezza hanno paradossalmente portato l'attenzione sui più svantaggiati, che sono stati esclusi da questo fenomeno. La notevole discrepanza nel tenore di vita, a volte all'interno di una medesima società, ha sostenuto l'emergere di una forte consapevolezza a livello internazionale».

¹²³ Corte EDU, *Garib c. Paesi Bassi*, cit., § 26.

¹²⁴ Con riferimento ai cittadini, Corte EDU, *Garib c. Paesi Bassi*, cit.; con riferimento ai richiedenti asilo: Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* [GC], del 21 gennaio 2011. Negli stessi termini Corte di Giustizia, *Abubacarr Jawo v. Bundesrepublik Deutschland*, C-163/17, del 2019; *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie – Y.Z. and Others/e.a.*, C-557/17, del 2019 sul sistema Dublino III. Con riferimento agli appartenenti alla minoranza Rom, Corte EDU: *Moldovan et al. v. Romania*, del 2005.

ultimi dieci anni ha mostrato una giurisprudenza tesa a riconoscere un rilevante margine di apprezzamento per gli Stati¹²⁵, specialmente allorché vengono in rilievo prestazioni di natura sociale, come il diritto ad un alloggio¹²⁶. In taluni casi, tuttavia, la Corte circoscrive il margine di apprezzamento statale ed è propensa anche ad individuare obblighi positivi qualora i ricorrenti facciano parte di categorie particolarmente vulnerabili (come i minori)¹²⁷ o siano membri di minoranze soggette a odiose discriminazioni (come i rom)¹²⁸. Inoltre, in relazione a diritti assoluti, quali l'art. 3, la Corte EDU è costante nel ribadire che la carenza di risorse economiche statali non può giustificare una violazione della Convenzione, riscontrando che «una situazione di seria deprivazione», un rilevante *vulnus* ai bisogni essenziali, nell'indifferenza delle autorità pubbliche, «è incompatibile con la dignità umana»¹²⁹.

4. Riflessioni conclusive.

4.1. ... in chiave comparativa.

L'analisi del quadro normativo sopra indicato, così come gli studi degli economisti e dei sociologi, mostrano come nella lotta alla povertà non siano sufficienti strumenti di carattere meramente economico e finanziario¹³⁰.

Variegate sono le possibili situazioni o condizioni di povertà, articolate sono le dinamiche di possibile esclusione sociale che influiscono sull'esistenza dignitosa di coloro i quali versano in stato di bisogno, necessariamente diversificato deve essere il complesso degli strumenti cui gli Stati, e laddove competenti, i loro enti territoriali, possono far ricorso al fine di realizzare quell'uguaglianza, solidarietà e dignità, pilastri della nostra Carta costituzionale, dell'Unione europea e di gran parte delle Costituzioni dei suoi Stati membri.

L'analisi del contesto europeo mostra chiaramente come la questione del welfare e dell'insieme di quei servizi di natura assistenziale, di sostegno al reddito e, più in generale, di lotta alla povertà e all'esclusione sociale, sia declinabile secondo un panorama di geometria altamente variabile.

Se si procede ad una comparazione fra i vari Stati membri dell'Unione europea, o ad un confronto fra le situazioni in essere nei loro enti territoriali, ove presenti, si riscontrano differenze anche sostanziali. Se, tradizionalmente, i Paesi scandinavi mostrano una maggiore propensione all'attuazione dei sistemi di welfare e all'adozione di meccanismi per sostenere il reddito e combattere la povertà rispetto ai paesi dell'Europa meridionale, l'aumento della migrazione ha posto nuove sfide anche al mantenimento di tali ordinamenti "virtuosi".

Molte delle differenze riscontrabili - in termini di attenzione verso la lotta alla povertà e all'esclusione sociale - sono addebitabili alla "salute finanziaria" dei Paesi europei (e dei loro enti

¹²⁵ Corte EDU *Koufaki and Adedy c. Grecia*, 7 maggio 2013, ma cfr., parzialm. *contra*, *N.K.M. c. Ungheria*, 14 Maggio 2013.

¹²⁶ Corte EDU: *Hudorovič et al c. Slovenia*, 10 marzo 2020; *James et al c. Regno Unito*, 21 Febbraio 1986; *Mellacher et al c. Austria*, 19 Dicembre 1989.

¹²⁷ Così, ad esempio, nel caso *Nencheva et al. c. Bulgaria*, 18 giugno 2013, i Giudici di Strasburgo riscontrarono una violazione del diritto alla vita «in a situation of economic crisis where 15 disabled children and young adults placed in care had died, during the winter of 1996-1997, for lack of food, heating and basic care» (§ 117).

¹²⁸ Corte EDU: *Hudorovič et al c. Slovenia*, cit. § 139; *X and Y c. Paesi Bassi*, 26 Marzo 1985, § 23.

¹²⁹ Quindi, ad esempio, valutando le condizioni detentive, la Corte EDU ha tenuto in considerazione anche le difficili condizioni socio-economiche degli Stati coinvolti (*M.S.S. c. Belgio e Grecia* [GC], cit., § 253; *Budina v. Russia*, 18 Giugno 2009).

¹³⁰ M. RUOTOLO, *Sicurezza, Dignità e lotta alla povertà*, cit., 228 ss.; E. MORLICCHIO, *Sociologia della povertà*, cit.

territoriali) e alla necessità o meno che vengano adottati piani per ridurre la spesa pubblica al fine di essere in grado di soddisfare le richieste provenienti dall'Unione europea.

I problemi che molti Paesi dell'Europa continentale e dell'Europa settentrionale stanno affrontando, sebbene significativi, sono tuttavia distanti da quelli che hanno affrontato, e in gran parte continuano ad affrontare, alcuni Stati dell'Europa meridionale, come la Grecia, la Spagna, il Portogallo e l'Italia. Tali ordinamenti presentano un background storico, un sistema di valori e caratteristiche istituzionali non così distanti, e questi elementi hanno contribuito alla definizione di un sistema di welfare distinto sia dal modello anglosassone, sia dal modello continentale, sia da quello del Nord Europa¹³¹. Inoltre, in tali Paesi, sebbene in misura diversa, le politiche europee volte ad incidere sulla spesa pubblica hanno avuto un impatto maggiore, determinando, come conseguenza logica, una riduzione della spesa per prestazioni sociali e assistenziali e il correlativo emergere di situazioni di difficoltà dovute alla crisi economica e all'aumento della disoccupazione, della precarietà, dei tassi di disuguaglianza socio-economica presenti

Peraltro, l'attuale crisi sanitaria ed economica che sta interessando l'Europa sta incidendo con maggior severità proprio in molti di quei Paesi già interessati da una grave crisi economico-finanziaria negli anni scorsi e, allo stato attuale si prefigura all'orizzonte un ulteriore inasprimento delle situazioni critiche.

4.2. ... e in chiave valoriale.

Volendo tentare di effettuare una valutazione parziale dell'"efficienza" degli strumenti europei per combattere la povertà, non si può non esprimere una certa frustrazione.

Rispetto al passato la Strategia Europa 2020 mostra una maggiore sensibilità delle istituzioni europee alla dimensione sociale, tuttavia, gli strumenti utilizzati a livello europeo per combattere la povertà e l'esclusione sociale non paiono così efficaci. E questo, sia perché gli obiettivi da raggiungere sembrano, in effetti, irraggiungibili, sia per la forza non vincolante di molti degli strumenti e delle politiche messe in atto, sia perché le politiche interne rimangono centrali, cruciali, e spesso insoddisfacenti.

Una recente analisi di Eurostat mostra che nel 2018 quasi 110 milioni di persone erano a rischio di povertà ed esclusione sociale, equivalenti a quasi il 22% della popolazione europea. Sebbene questo valore rappresenti una riduzione considerevole rispetto al picco di oltre 123 milioni di persone del 2012, è ancora lontano dall'obiettivo della Strategia Europa 2020.

Nel contesto di una crisi economica ormai diventata sistemica e non più ciclica, di profondi cambiamenti nel mercato del lavoro che spesso portano alla proliferazione di lavoratori precari e mal pagati (spesso per questo poveri e incapaci di accedere al sistema bancario dei prestiti, di godere di alloggi adeguati e dignitosi o di avere pieno accesso all'assistenza sanitaria), di un fenomeno migratorio che ci colpisce quotidianamente con le sue drammatiche conseguenze, le sfide poste dalla lotta alla povertà impongono di adottare una prospettiva poliedrica, ricorrendo ad un sistema integrato di strumenti che collocano l'essere umano e la sua dignità al centro.

L'Unione europea e gli Stati europei dovrebbero intervenire coinvolgendo tutti i livelli di governo, in modo complessivo, al fine di massimizzare il valore delle sinergie e dei circuiti virtuosi di inclusione sociale: ad esempio, incoraggiando l'accesso a un lavoro di qualità, alla formazione professionale, all'istruzione, a cure di qualità a prezzi accessibili, ad alloggi dignitosi, a canali di finanziamento

¹³¹ A. ARRIBA-L. MORENO, *Spain – poverty, social exclusion and "safety nets"*, in M. Ferrera (a cura di), *Welfare State Reform in Southern Europe. Fighting poverty and social exclusion in Italy, Spain, Portugal and Greece*, cit., 141 ss.; H. Johansson-A. Panican (a cura di), *Combating Poverty in Local Welfare Systems...*, cit.; F.G. Castles et al. (a cura di), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, cit.

“etici”, al micro-credito da garantire a progetti che consentano l'acquisizione di autonomia per le persone escluse dai canali tradizionali.

La semplice elargizione di somme di denaro, declinata come misura dalla natura meramente assistenzialistica, lungi dall'eradicare i fenomeni di esclusione e sfruttamento, o dallo stimolare l'imprenditorialità e la micro-imprenditorialità, potrebbe anche avere una serie di effetti negativi che le istituzioni europee e gli Stati devono necessariamente tenere in considerazione.

Rispondendo ai quesiti posti al primo paragrafo del presente lavoro: il quadro normativo analizzato mostra chiaramente che il rispetto della protezione della dignità umana implica che ci sono diritti umani fondamentali che non dovrebbero essere influenzati negativamente dalla povertà e dall'esclusione sociale, a prescindere dalle problematiche inerenti alla giustiziabilità dei diritti sociali¹³².

La dignità umana può e deve essere concepita in una prospettiva deontica che comporta la necessità di intervento e il dovere per le autorità pubbliche, sia sovranazionali che nazionali, di combattere la povertà. Al contempo, non si può non essere consapevoli dell'esistenza di un divario significativo tra il dato normativo formale e quello sostanziale.

La crisi economica che ha colpito per anni l'Europa (e che in questa fase storica si è prepotentemente riaffacciata come portato della drammatica crisi sanitaria), unitamente alla strumentalizzazione del fenomeno migratorio, sono diventate una costante nel dibattito politico in molti Stati europei, alimentando il populismo e il sovranismo che minano la stabilità e la coesione europee.

In tale contesto, la lotta alla povertà e all'esclusione sociale potrebbe rappresentare uno strumento di coesione e un tassello fondamentale per preservare le condizioni essenziali per garantire la qualità della democrazia europea, in un'ottica di reale sussidiarietà e inclusione della cittadinanza attiva.

Ciò appare particolarmente vero in tempi recenti, allorché assistiamo a sintomi preoccupanti provenienti da molti Paesi europei. Recentemente, ad esempio, la Corte costituzionale ungherese ha modificato alcuni dei suoi precedenti, affermando la non illegittimità costituzionale di una legge che criminalizza i senzatetto¹³³.

Tale decisione pare apportare un *vulnus* molto serio al valore della dignità umana e la stigmatizzazione di coloro che sono diversi, i poveri, coloro che sono socialmente emarginati, appare il tradimento dei principi sanciti sia a livello internazionale, sia a livello europeo.

Possiamo tracciare una connessione diretta tra povertà e democrazia, sebbene la loro relazione possa essere conflittuale.

La presenza di un alto livello di sviluppo è considerata un «requisito per la transizione e la sostenibilità delle democrazie contemporanee»¹³⁴.

Tra i vari modelli e processi di democratizzazione e democrazia, un *fil rouge* può essere individuato nella sotto rappresentanza e nell'esclusione di quei gruppi di persone socialmente deboli, spinti ai margini della società. La dimensione relazionale della povertà, in particolare la povertà estrema, apre a questioni di uguaglianza e discriminazione¹³⁵. Come ben espresso «il test

¹³² Ex multis: J. KING, *Judging social rights*, Cambridge University Press, U.K., 2012.

¹³³ N. CHRONOWSKI-G. HALMAI, *Human Dignity for Good Hungarians Only: The Constitutional Court's Decision on the Criminalization of Homelessness*, in *Verfassungsblog* (<http://www.verfassungsblog.de/>), 2019/6/11. Secondo gli Autori: «[t]he Constitutional Court declares that the criminalization and imprisonment of homeless people is not unconstitutional. According to the majority people living in need or at streets shall not be protected by the right to human dignity nor do they share the value of equal dignity».

¹³⁴ D. BERG-SCHLOSSER, *Poverty and Democracy – Chances and conflicts*, in .C, *Redefining and combating poverty... cit.*, 217 ss.

¹³⁵ D. DIERCKX, *Empowerment of people experiencing extreme poverty*, cit., 51 ss.

cruciale per giudicare una democrazia o qualsiasi altro sistema di governo è la misura in cui i suoi processi decisionali favoriscono la protezione e l'espansione dei diritti umani, o l'espansione della libertà di quelle fasce di popolazione che in un determinato momento storico, pur formalmente liberi, fanno esperienza di "catene" rappresentate da un impoverimento economico o culturale, da una discriminazione politica o dalla mancanza di uguaglianza di fronte alla legge»¹³⁶.

Istanze, narrative e politiche populiste, sovraniste ed "escludenti", tendono ad agire contro i gruppi minoritari, i poveri e colori i quali sono "diversi", non in linea con una presunta "corretta identità": e ciò pone in pericolo la tenuta e la qualità della democrazia.

In questo contesto preoccupante, l'*empowerment* di coloro i quali sono sempre stati lasciati ai margini, l'implementazione di canali pluralistici, la riconfigurazione della cittadinanza secondo direttrici maggiormente inclusive e sostanziali potrebbe rappresentare una difesa efficace per la democrazia. Il rispetto dei diritti umani fondamentali, inscritto in un sistema di stato di diritto, è l'essenza stessa della democrazia.

Consulta Online

¹³⁶ C. BAY, *Behavioral research and the theory of democracy*, in H.S. Kariel (a cura di), *Frontiers of democratic theory*, Random House, NY, 1970, 327 ss.

STELIO MANGIAMELI

**Istituzioni ed imprese: una collaborazione possibile.
Come rendere attuabile la transizione ambientale dell'economia italiana.**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il riparto delle competenze e le politiche pubbliche. – 3. Il ruolo delle Regioni. – 4. I processi globali. – 5. Le nuove sfide per le politiche pubbliche: l'ambiente e lo sviluppo sostenibile. – 6. L'interazione tra territorio e imprese. – 7. La necessità di un raccordo sociale. – 8. La determinazione dei compiti dello Stato e delle Regioni. – 9. La necessità di nuovi raccordi istituzionali.

1. *Premessa.*

Nei sistemi politici a sovranità aperta, come sono la maggior parte degli Stati contemporanei che partecipano ai processi di integrazione europea e di internazionalizzazione dell'economia, l'organizzazione interna che ottimizza al meglio l'esercizio delle funzioni pubbliche e assicura una migliore erogazione di beni e servizi pubblici ai cittadini è quella che si caratterizza per il decentramento dei poteri.

Il centralismo, tipico modello del protezionismo economico, in un sistema che risente della competizione internazionale, costituisce un limite alla differenziazione, alla flessibilità e all'innovazione, così come alla prossimità della decisione politica; inoltre, tende a mantenere i divari esistenti, o, addirittura, ad aggravarli sino a giungere ad un punto di non ritorno, e promuove forme di esercizio del potere poco responsabile, con l'accumulo di sprechi ed inefficienze.

Le esperienze italiana e francese offrono uno spaccato esemplare di ciò: quella italiana, pur contraddistinta da un certo grado di regionalizzazione, è un modello fortemente centralizzato e centralistico che oramai si caratterizza storicamente per la presenza di un divario territoriale profondo e crescente, le cui ragioni ultime non sono da ricercare nella mancanza di senso civico delle Regioni meridionali – come riteneva R. Putnam – bensì nella natura estrattiva e non inclusiva, verso il mezzogiorno, delle istituzioni di governo centrale (E. Felice; De Oliveira, Guerrino). L'esperienza francese è caratterizzata da un sistema di governo centrale forte, ma di recente in un arco di tempo non molto lungo, ha attuato un riordino dell'amministrazione pubblica ispirata da due principi: quello del "deconcentramento", per il quale la decisione spetta alle autorità statali nel territorio, e quello della "decentralizzazione", nella quale accanto alle comunità territoriali è stata istituzionalizzata e costituzionalizzata la Regione.

Accanto a queste, altre conferme discendono dal modello tedesco e da quello spagnolo: nel primo caso ci troviamo di fronte ad una tradizione federale, ormai fortemente unitaria, che mantiene i vantaggi di un federalismo di esecuzione, di una rappresentanza istituzionalizzata a livello parlamentare dei *Länder* e di una clausola di omogeneità derivante dalla "creazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale o dal rispetto della unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato nel suo insieme" (art. 72, comma 2, GG)¹. Nel caso spagnolo, invece, opera un regionalismo dal basso, in cui la costituzione stessa delle comunità autonome è opera di decisioni molto prossime ai cittadini, il sistema dei poteri devoluti è determinato dalle unità costitutive sulla base di un sistema di competenze aperto e differenziato e nel quale insistono alcune clausole di salvaguardia sull'eguaglianza dei diritti.

¹ Una disposizione analoga è stata scritta, in sede di riforma del Titolo V, nell'art. 120, comma 2, Cost., ma bisogna osservare che il contesto costituzionale italiano è molto diverso da quello tedesco.

I motivi su cui si fonda l'opzione regionalista e/o federalista sono: in primo luogo, i limiti che affliggono lo Stato nella partecipazione ai livelli di decisione europei e internazionali e, in secondo luogo, il carattere verticale delle politiche pubbliche che nascono da regolazioni europee e internazionali e intersecano il riparto delle competenze tra Stato e Regioni e tra questi e gli enti locali.

Negli ordinamenti soggetti ai processi di integrazione le questioni interne sono conseguenza di negoziazioni esterne che non sono più connesse solamente alle relazioni internazionali classiche, perché apertamente sono determinanti degli interessi nazionali. Ciò sembra richiedere sempre più una distinzione dei compiti in cui il governo centrale è sempre più attratto verso le relazioni europee e quelle internazionali.

Del resto, gli stessi vincoli delle politiche pubbliche, che derivano da impegni presi in sede esterna, sarebbero problematicamente realizzati esclusivamente dall'amministrazione statale, per le difficoltà che emergerebbero nel tenere insieme attività interne e attività esterne.

Ciò posto, se – salvo casi limitati – per le negoziazioni esterne spetta al governo centrale la competenza e il potere di rappresentanza della Repubblica, nel caso delle politiche pubbliche si tratta di valutare in che modo si combinano alla luce del riparto delle competenze il ruolo dello Stato e quello delle Regioni, tenendo conto che in un sistema regionalizzato non si rafforza soltanto il livello regionale, per via della sua prossimità ai cittadini, agli utenti e alle imprese, ma anche quello statale i cui poteri sono legittimati alla rappresentanza esterna e, sul versante interno, sono preposti alla realizzazione dell'unità giuridica ed economica della Repubblica.

2. Il riparto delle competenze e le politiche pubbliche.

Con la riforma costituzionale del 2001 le materie di competenza regionale non sono più "stralciate" da quelle dello Stato, che conservava la competenza generale, bensì – secondo uno schema che ricorda quello tipico degli ordinamenti federali – riguardano la generalità dei compiti nazionali, con la sola eccezione delle materie "espressamente riservate alla legislazione dello Stato" (art. 117, comma 4, Cost.). Ed in effetti, il riparto si basa su un numero limitato di competenze che spettano allo Stato in via esclusiva e in un altrettanto numero di materie di competenza regionale a titolo concorrente, secondo una accezione tipicamente italiana di riparto principi/dettaglio, e infine sulla competenza residuale/generale delle Regioni.

Sin dal suo apparire il nuovo riparto delle competenze ha suscitato diverse perplessità, non tanto per la tecnica seguita e i modi del riparto stesso, quanto soprattutto per le materie elencate nelle enumerazioni e per la scarsità dei legami verticali tra i campi materiali, nonché per la mancata previsione di forme di raccordo tra l'attività statale e quella regionale (S. Mangiameli).

Alla rigidità del riparto delle materie enumerate, in una qualche misura, ha posto rimedio la Corte costituzionale, la cui giurisprudenza è servita ad introdurre forme di flessibilità delle competenze, attraverso la creazione vera e propria di istituti costituzionali, come la chiamata in sussidiarietà, il criterio della prevalenza, le materie statali trasversali, ecc. La Corte, peraltro, ha sin da subito individuato nel principio di leale collaborazione la chiave di riassetto delle competenze, per il quale non si ammette la semplice sottrazione di competenze alle Regioni per esigenze di carattere unitario, senza compensare detta perdita attraverso forme di partecipazione all'esercizio delle funzioni amministrative, attraverso essenzialmente le intese tra Stato e Regioni o tra lo Stato e la singola Regione.

Il limite di questa giurisprudenza, semmai, è stato di non avere favorito la devoluzione di poteri alle Regioni e di avere mantenuto una forte centralizzazione non tanto della legislazione, quanto soprattutto dell'amministrazione, disattendendo il principio di sussidiarietà.

Si situa qui la ragione per la quale le Regioni più efficienti hanno iniziato a reclamare “forme e condizioni particolari di autonomia” (art. 116, comma 3, Cost.), asserendo una migliore capacità di gestione rispetto a quella mantenuta dallo Stato.

Se prescindiamo da questo aspetto, che pure è cruciale di questa fase del regionalismo italiano, possiamo considerare che di fronte all’utile flessibilità delle competenze creata dalla Corte costituzionale, solo in misura assai limitata questa è stata utilizzata nel concreto dell’ordinamento. I migliori risultati si sono avuti quando lo Stato ha aperto le proprie materie alle Regioni (e agli enti locali). L’esempio più evidente è quello dell’ambiente che pur essendo una materia di competenza esclusiva dello Stato, nel concreto dell’ordinamento funziona come una materia ripartita tra Stato e Regioni e tra questi e gli enti locali. Nel concreto, poi, se si guarda alla spesa pubblica per l’ambiente ci si avvede come questa circostanza del riparto si ripercuote. Infatti, il rapporto è di 1:5 euro tra lo Stato e le Regioni. In alcuni settori, poi, alle Regioni è stato delegato di sostituire in pieno alcuni adempimenti cui sarebbe tenuto lo Stato – si pensi al piano dei rifiuti – anche di fronte ad obblighi europei.

Meno efficiente è risultata la flessibilità delle competenze allorché lo Stato ha inteso rivendicare competenze di spettanza regionale per esercitarle al posto delle Regioni, come nel caso della “social card” o anche in quella del “reddito di cittadinanza”. In altri casi, lo Stato ha inteso spaccettare le materie regionali rivendicando l’esercizio di una parte delle funzioni amministrative e lasciando alle Regioni altra parte, come nel caso dell’energia, dove lo Stato ha mantenuto il dominio di determinate attività inerenti al comparto dell’energia, lasciando, ad esempio, quella delle fonti rinnovabili alla cura delle Regioni.

Come si può ben comprendere siamo di fronte ad un sistema di funzionamento delle competenze legislative e amministrative non del tutto coerente, con risultati vari e poco efficienti, nel complesso questo fa perdere competitività all’intero sistema Paese. Inoltre, le incertezze determinate essenzialmente dal comportamento dello Stato, al cui arbitrio è stato rimesso se intervenire e come intervenire in ogni campo della legislazione, decidendo una allocazione delle funzioni amministrative del tutto discrezionale, sono state acuite dalla conflittualità che un simile sistema non poteva non generare. Per contro, è mancata una visione politica che, facendo tesoro delle opportunità aperte dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, abbia saputo razionalizzare il riparto delle competenze, rendendo efficiente il ruolo dei diversi livelli di governo e inverando forme di collaborazione nell’esercizio delle competenze tanto più necessarie quanto più complesse risultavano le politiche pubbliche.

Nella formulazione delle politiche pubbliche si tratta, invero, di concretizzazione delle regolazioni, in massima parte elaborate e disciplinate da atti normativi dell’Unione europea, e di valutare, nel contesto del campo materiale, oggetti e modi di disciplina differenti, afferenti a competenze statali e regionali².

Anche quando una politica pubblica e una materia possono essere individuate con il medesimo *nomen*, non è detto che le due categorie coincidano. Anzi, la logica porta a considerare che esse indichino ambiti legislativi e amministrativi diversi. Per comprendere ciò, a mo’ d’esempio, si

² Tra il riparto delle competenze sulla base delle materie enumerate e quello funzionale alla realizzazione delle politiche pubbliche vi è una certa differenza: il riparto delle materie descrive la competenza secondo gli oggetti di disciplina e secondo una regola di esclusività, tipica del federalismo duale, oppure secondo una regola di concorrenza secondo la distinzione tra principi e disciplina della materia. Diversamente, il riparto insito dalle politiche pubbliche muove dalla determinazione degli obiettivi e delle strategie cui segue una distribuzione di competenza che attraversa i diversi livelli di governo, che ricomponne il disegno della politica grazie al principio di cooperazione e tenendo conto della competenza attribuita agli altri livelli di governo (c.d. regola della *Berücksichtigung*). In via di estrema sintesi si potrebbe dire che il riparto in base alle materie opera su un piano orizzontale (quello tipico della legislazione), mentre quello delle politiche pubbliche si collocherebbe sul piano verticale in base al principio di adeguatezza (S. Mangiameli).

consideri la materia del “turismo” e la politica pubblica del “turismo”. La prima, che rientrerebbe nelle competenze esclusive delle Regioni, di cui all’art. 117, comma 4, Cost., si estrinseca sostanzialmente nella vigilanza dell’industria alberghiera e in pochi limitati servizi di informazione e promozione turistica. La seconda, la politica turistica, abbraccia un complesso di oggetti in via di principio, dal punto di vista del riparto delle competenze, afferenti a materie diverse, solo per esemplificare, si consideri: l’agricoltura, l’artigianato, i porti, gli aeroporti, i trasporti e la viabilità, i beni culturali e ambientali, la caccia e la pesca, le acque termali, l’alimentazione, il governo del territorio, l’ordinamento sportivo, le professioni, e tutte una serie di materie di competenza esclusiva dello Stato, a partire dall’ordinamento civile, alla tutela della concorrenza, ai rapporti internazionali, ecc.

A conferma di ciò si consideri che la relazione tra la legge regionale e la fonte statale nel caso delle politiche pubbliche non si sviluppa secondo lo schema dell’esclusività e neppure secondo quello della concorrenza, basato sulla distinzione tra principio fondamentale e disciplina della materia, bensì sulla base di una ripartizione di ruoli (e cioè: un diverso riparto delle competenze) che ubbidiscono alla realizzazione dei medesimi obiettivi attinenti alle politiche pubbliche, secondo il modello europeo, per il quale: che sia la legge statale o quella regionale a realizzare l’attuazione del diritto europeo è chiaramente irrilevante.

Di conseguenza, il riparto delle materie previsto dall’art. 117, commi 2, 3 e 4, Cost., dovrebbe essere conformativo dei poteri legislativi statali e regionali, e costituire lo schema di realizzazione delle politiche pubbliche, un po’ come avviene con la disciplina delle materie trasversali dello Stato e delle materie regionali interferenti (S. Mangiameli).

Con la conseguenza che, dal punto di vista dei contenuti, alle politiche pubbliche attuate dalla legge regionale dovrebbe riconoscersi la stessa valenza delle politiche pubbliche disciplinate dallo Stato.

Per le politiche direttamente influenzate dal Diritto europeo, questa circostanza è visibile nella regionalizzazione della politica medesima, anche in assenza di una disciplina statale, oppure grazie a una disciplina della legge statale. Le politiche pubbliche regionali, considerate sullo stesso piano di quelle statali, sarebbero sempre politiche “statali”; tra le prime e le seconde non si creerebbe una gerarchia, ma si porrebbe solo una questione di *adeguatezza* dell’intervento che segue la logica del dimensionamento delle azioni inerenti alle politiche pubbliche medesime.

Non si tratta più, perciò, di assicurare la supremazia dello Stato, quanto di essere certi che lo Stato e le Regioni esercitino la loro competenza inerente a una determinata politica pubblica, senza inadempimenti che comporterebbero il mancato raggiungimento degli obiettivi e la mancata realizzazione dei diritti dei cittadini. Conferme chiare emergono dall’esame di ampi settori dell’attività legislativa regionale, quali l’istruzione, l’assistenza, la sanità, l’ambiente, il territorio, le infrastrutture e lo sviluppo economico.

In conclusione, si tratterebbe di realizzare una compiuta riforma dello Stato nazionale che discende dal diverso ruolo attivo che viene loro richiesto dal contesto economico e istituzionale europeo e internazionale. Gli Stati, infatti, in collegamento con le politiche di bilancio, sono ora chiamati a produrre politiche pubbliche e ad erogare servizi e beni pubblici, secondo logiche di promozione del mercato e del *welfare*, piuttosto che come garanti di un assistenzialismo insostenibile.

Lo Stato regionale – come abbiamo sottolineato – appare essere la forma di Stato più adatta per coniugare la nuova dimensione dell’economia globale e la cura del *welfare* interno, in quanto è capace di adattarsi meglio al carattere verticale delle politiche pubbliche, di consentire una visione strategica generale e di assicurare la cura territoriale degli interessi nazionali, realizzando anche una più articolata forma di democrazia della prossimità e di responsabilità politica.

3. Il ruolo delle Regioni.

Prima di procedere oltre, nell'indicare le ricadute sui sistemi istituzionali interni di alcune trasformazioni che sembrano incidere sul volto stesso della globalizzazione, appare necessario ricordare che nella realtà italiana, percorsa dal divario territoriale e da un resistente centralismo inefficiente, la Regione in cinquant'anni ha raggiunto un livello di affermazione non solo istituzionale, per via del complesso delle funzioni che esercita, ma anche sociale, in quanto ha forgiato delle identità che sono diventate la base dell'assetto della società contemporanea.

Ben lungi dall'essere un ente inutile, le Regioni sono diventate un punto di riferimento per i servizi che erogano, per la cura del territorio e per la politica di sostegno allo sviluppo. La maggior parte dei servizi alla persona (sanità, assistenza, diritto allo studio, sostegno alle famiglie, ecc.) dipende da regolazioni e dallo svolgimento di funzioni regionali, rispetto alle quali lo Stato si limita a fornire un quadro di riferimento generale con principi e limiti puntuali, a volte semplicemente normativo e non strategico, e limitandosi ad intervenire in caso di malfunzionamento di determinate Regioni, come con i piani di rientro nella sanità e i commissariamenti per la politica dei rifiuti. Il governo del territorio è una specifica materia enumerata tra quelle concorrenti, ma come è stato osservato anche dal giudice costituzionale, la sua definizione rinvia a una molteplicità di complessi normativi, ben al di là della sola materia urbanistica, e si interseca con la stessa materia ambientale, così come con altre materie prevalentemente regionali, quali l'energia, l'agricoltura, le attività produttive, ecc. In effetti, appare esatta la definizione della Regione come l'ente di cura del territorio e poiché nel territorio si concretizzano tutte le politiche pubbliche e in particolare quelle che poggiano sulle reti, ne consegue che alle Regioni non può non spettare un ruolo primario nello sviluppo di ogni strategia nazionale rivolta a posizionare il Paese anche a livello europeo e internazionale. Qui, in particolare, come si vedrà, opera la necessità di un sistema di raccordo con lo Stato che esprima la reciproca collaborazione, senza la ricerca di una priorità di ruolo, ma certamente sin d'ora bisogna sottolineare il ruolo che svolge la Regione per lo sviluppo economico.

In tal senso, la Regione, in virtù del governo del territorio, è nel nostro ordinamento l'ente che sopporta la maggiore responsabilità delle c.d. "economie esterne", che accrescono la competitività presente in un determinato territorio e una riduzione dei costi di produzione delle imprese. Infatti, senza negare la necessità di una visione strategica che riguarda l'intero Paese e che spetta allo Stato soddisfare, alle Regioni concernono competenze costituzionalmente attribuite che sono tipiche per la creazione di economie di scala per le imprese che sono presenti o si radicano nel territorio e che, grazie all'intervento delle Regioni e dei poteri locali, hanno dato luogo, nei casi più virtuosi alla creazione di veri e propri poli di sviluppo. Queste competenze esattamente riguardano le reti infrastrutturali della viabilità e dei trasporti, quelle relative all'energia, alla telematica e all'informatica, la presenza di servizi complementari alle imprese e, soprattutto, la presenza di centri di formazione e ricerca, che sono in grado di generare innovazione di prodotto o di produzione. Ovviamente, conta molto anche la capacità di accompagnamento delle imprese, soprattutto quelle piccole e medie, sui mercati stranieri, in cui le Regioni, grazie alla materia "commercio con l'estero", in alcuni casi si sono dimostrati più efficaci delle stesse istituzioni dello Stato, o in grado di generare forme di cooperazione con questo. Infine, un discorso analogo sembra possibile ripetersi, anche qui con riferimento a determinate Regioni, per ciò che concerne la promozione del proprio territorio a fini turistici.

Un esercizio di queste competenze anche da parte delle Regioni del divario, che a tal fine possono utilizzare i fondi europei della politica di coesione, con il corretto sostegno statale, potrebbero rappresentare un volano per il superamento progressivo della condizione di sottosviluppo (S. Mangiameli, A. Filippetti, F. Tuzi, C. Cipolloni).

4. I processi globali.

L'articolazione dei poteri tra Stato e Regioni, con la determinazione di un ruolo chiave di queste per ciò che riguarda la produzione di beni e servizi pubblici, il mantenimento del *welfare* e la promozione dello sviluppo locale, si è perciò rivelato un buon antidoto anche per utilizzare i vantaggi della globalizzazione, così come per sopportarne e mitigarne gli effetti negativi. Infatti, un territorio con buone infrastrutture e servizi, che esprime un tessuto produttivo competitivo, capace anche dal punto di vista della formazione, della ricerca e dell'innovazione, ben difficilmente può diventare terra di emigrazione di giovani, lavoratori e imprese. Al contrario, pur nell'unità dello Stato, territori che non sono in grado di esprimere una loro competitività nei mercati saranno soggetti a flussi migratori interni ed esterni.

Via via che l'intero Paese perde la sua competitività e disperde il capitale umano e sociale, alla povertà che si genera non vi sarà rimedio e toccherà, alla fine, tutti gli ambiti territoriali, anche quelli che sembrano collocarsi in una situazione di vantaggio. Diversamente, se alle differenze territoriali si pone rimedio con l'impegno coordinato dei territori, in particolare di quello dei territori che hanno le migliori condizioni di vita sociale ed economica, e delle autorità nazionali, per assicurare servizi e infrastrutture e formazione del capitale umano, allora i divari si possono attenuare sino a scomparire e la ricchezza complessiva è destinata a crescere, grazie al fatto che sempre più territori presenteranno una attrattiva tale da captare risorse umane e finanziarie in quantità maggiore. In fondo questa è la lezione che ci viene dalla esperienza della riunificazione tedesca.

Nel contesto attuale della globalizzazione, perciò, la capacità di rapportarsi delle autorità regionali e statali con i poteri sopranazionali e internazionali è fondamentali per cogliere i vantaggi dei mercati globali e del mercato interno, senza dei quali la dimensione internazionale e quella europea finiscono con l'essere raffigurate come la causa che genera la perdita di valore dei territori e del Paese.

Tuttavia, la questione che questa nuova dimensione delle relazioni economiche ha determinato, non può risolversi semplicemente con una chiusura della comunità entro i confini nazionali o rimpiangendo la moneta nazionale rispetto alla moneta unica, bensì accettando la sfida che deriva direttamente dall'interdipendenza mondiale e dalla innovazione tecnologica crescente, nonché organizzando in modo adeguato l'esercizio dei poteri pubblici, come si è cercato di mostrare, attraverso forme di cooperazione interna e internazionale.

5. Le nuove sfide per le politiche pubbliche: l'ambiente e lo sviluppo sostenibile.

Il governo delle politiche pubbliche, partendo dalla cooperazione internazionale ed europea, che determina gli obiettivi e prescrive strategie di ogni ambito, può apparire un buon indirizzo per i governi statali e regionali di fronte alla globalizzazione.

Tuttavia, ciò non appare più sufficiente a soddisfare tutte le domande che i bisogni collettivi, tanto a livello locale, quanto a livello universale, pongono. La sfida produttivistica, iniziata con la rivoluzione industriale e culminata nella globalizzazione, caratterizzata da poteri finanziari forti e stati deboli (Z. Bauman), oggi si misura tanto con i suoi successi (il progresso tecnologico, la ingente produzione di merci e la crescita degli standard di vita in determinate aree del pianeta), tanto con i suoi problemi (la concentrazione della ricchezza e la diffusione crescente della povertà, le dinamiche demografiche squilibrate, il cambiamento climatico). In particolare, l'incidenza della questione ambientale, ormai generalmente riconosciuta, sembra il tallone d'Achille, tanto dei c.d. "poteri forti" e dei mercati finanziari, a cui questi non hanno dato ancora una risposta di sistema, quanto delle istituzioni pubbliche, nazionali, europee e internazionali, le quali anche se già percepiscono

disagi e interferenze della questione ambientale, non hanno orientato i loro apparati verso il governo dei nuovi compiti che da questa si generano.

Anche se le risposte alle grandi sfide che emergono dalla questione ambientale dovranno venire inevitabilmente dal mercato, queste risposte richiedono in ogni modo il supporto delle politiche pubbliche che i diversi livelli di governo: europeo, nazionale e regionale dovranno mettere in campo, anche dal punto di vista fiscale, per affrontare e risolvere in modo incisivo e lungimirante tanto gli squilibri sociali, quanto il cambiamento climatico e le ricadute sui sistemi politici in termini di democrazia e prossimità.

Così, se da un lato si tratta di ripensare le politiche economiche globali che sono una causa importante dell'attuale precarietà ambientale, dall'altro la questione ambientale deve incrociare ormai le politiche pubbliche. Da questo punto di vista il processo di riconversione di queste ultime sembra trovare una precisa indicazione nell'art. 11 TFUE, per il quale "Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile".

Il "principio di integrazione" della tutela ambientale nelle politiche europee si deve al Trattato di Amsterdam (1997), dopo che l'AUE già dal 1986 aveva dato un rilievo particolare all'ambiente nell'ambito del diritto europeo, al quale si aggiunge il richiamo allo "sviluppo sostenibile", che viene posto tra i "principi"³.

Inoltre, con la formulazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel 2000, la tutela dell'ambiente, secondo i canoni dello sviluppo sostenibile, diventa una pretesa inserita nel Capo della Carta relativo alla solidarietà⁴ e va considerato che alle disposizioni della Carta, adesso, grazie al Trattato di Lisbona (2007), si riconosce "lo stesso valore giuridico dei trattati" (art. 6, paragrafo 1, TUE).

Integrare le politiche pubbliche con la tutela ambientale, risponde alla trasversalità della materia ambientale, ma collegare la tutela ambientale alla realizzazione per l'intera economia di uno sviluppo sostenibile, significa attribuire un compito nuovo e ulteriore rispetto alla tutela dell'ambiente, ai livelli di governo interessati. Infatti, non si tratta più semplicemente di esercitare attribuzioni al fine di assicurare un elevato livello di tutela ambientale, ma di considerare *preminente* questa tutela rispetto ai fini perseguiti da ogni singola politica, giacché solo in questo modo l'intera politica economica potrebbe realizzare i canoni di uno sviluppo sostenibile che, secondo la prima definizione ufficiale (*Rapporto Brundtland*), è quello che, attraverso un uso attento delle risorse naturali, soddisfa i bisogni (e gli interessi economici e ambientali) del presente, senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri.

Integrazione della tutela ambientale e sviluppo sostenibile, perciò, sono due momenti distinti di un nuovo modo di concepire l'economia e la potestà di governo delle istituzioni. In ragioni di ciò già ogni intervento normativo, in qualsiasi ambito e materia, deve tener conto delle considerazioni ambientali, e cioè l'ambiente "deve diventare un impegno per tutti i soggetti interessati e per tutti gli esperti tecnici coinvolti nel processo di elaborazione delle norme"⁵.

³ V anche il IX considerando del preambolo del Trattato sull'Unione europea (*Determinati a promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente, nonché ad attuare politiche volte a garantire che i progressi compiuti sulla via dell'integrazione economica si accompagnino a paralleli progressi in altri settori,*) e le diverse disposizioni (articolo 3, paragrafi 3 e 5, e articolo 22, paragrafo 2, lettere d) ed f)) di quel Trattato che rinviano continuamente allo "sviluppo sostenibile".

⁴ Art. 37 della Carta dei Diritti fondamentali – "Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile."

⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo, 25 febbraio 2004, COM(2004) 130 definitivo, *Integrazione degli aspetti ambientali nella normazione europea*, par. 5.1.1.

Il che vuol dire, per un verso, che acquista un carattere di *generalità* la valutazione delle norme e della loro revisione in seguito all'innovazione, o in vista di questa, ai fini del loro impatto ambientale in qualsiasi campo dell'attività umana e per le possibili – dirette o indirette – conseguenze sull'ambiente (danni, minacce, pericoli)⁶; per l'altro verso, ciò significa che i pubblici poteri sono tenuti ad effettuare la *ponderazione* e la *comparazione* dei diversi interessi in gioco alla luce di un interesse giuridico prioritario quale è la tutela dell'ambiente, che richiede la massima attenzione in ogni disciplina di settore, relativa alla produzione, all'uso e allo smaltimento dei prodotti.

Alla luce di questa impostazione, il parametro di valutazione dello sviluppo economico appare uguale a quello dell'esercizio dei poteri di governo; attività d'impresa e politica economica, in conclusione, sono convergenti verso l'obiettivo dell'attuazione di uno sviluppo sostenibile, nel quale bisogna agire in maniera prospettica, considerando la qualità dell'ambiente, la qualità della vita e lo sviluppo delle generazioni future, e anche agendo sulla condizione immanente, per superare gli squilibri sociali, economici e territoriali e, per raggiungere questi obiettivi, "nella pratica è necessario che la crescita economica sostenga il progresso sociale e rispetti l'ambiente, che la politica sociale sia alla base delle prestazioni economiche e che la politica ambientale sia efficace sotto il profilo dei costi". A questi fini, peraltro, "sono necessari un intervento urgente; una leadership politica all'insegna dell'impegno e della lungimiranza; un nuovo approccio alla politica; un'ampia partecipazione e l'assunzione di responsabilità a livello internazionale"⁷.

6. *L'interazione tra territorio e imprese.*

Molto concretamente, poi, la riconversione delle imprese allo sviluppo sostenibile non è semplicemente una questione di innovazione tecnologica o di processo. Infatti, a prescindere dalla circostanza che questa riconversione richiede una diversa concezione del lavoro, della formazione e della ricerca, appare necessario che questa riconversione sia accompagnata da una riflessione sul ruolo dell'impresa, dal punto di vista economico, sociale e territoriale, che tenda a superare i canoni del capitalismo, proprio per realizzare quella piena assunzione di responsabilità che il principio dello sviluppo sostenibile considera necessario.

Ora, dal punto di vista economico già da tempo l'impresa non è considerata più lo strumento del capitalismo privato che presiede all'estrazione del plusvalore dal lavoro salariato, bensì come un'organizzazione dei fattori produttivi che produce ricchezza e la distribuisce. Anche socialmente l'impresa ha assunto una sua fisionomia distinta dalla proprietà dell'impresa: sia nel caso della piccola e media impresa, dove la stessa proprietà si confonde e fa tutt'uno con il lavoro, sia soprattutto in quella della grande impresa, che assume quasi sempre la forma giuridica della società per azioni. Infatti, come esplicitato molto bene dalla tesi istituzionalista cara a Walter Rathenau, l'impresa è esattamente una istituzione sociale che ha il compito di promuovere lo sviluppo economico e sociale e si inserisce in una società pluralista e specializzata dove sopporta una propria responsabilità sociale che si dirige, non solo nei confronti di coloro che sono direttamente interessati alla vita dell'impresa, come gli azionisti che detengono la proprietà, i lavoratori che traggono da

⁶ "Il processo di riesame periodico è la sede più adeguata per cominciare ad esaminare gli aspetti ambientali di norme già in vigore. Nel corso di tali riesami, gli aspetti ambientali devono essere verificati sistematicamente, proprio come si fa all'inizio della fase di elaborazione di nuovi programmi o progetti di norme, e i risultati devono essere presentati in maniera adeguata" (*Ivi*, par. 5.1.3.).

⁷ Comunicazione della Commissione per il Consiglio europeo di Göteborg, 15 maggio 2001, COM(2001) 264 definitivo, *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile*, par. 1.

questo il loro salario, i fornitori che procurano i fattori della produzione e i consumatori che utilizzano i beni prodotti dall'impresa stessa, ma anche verso la comunità in cui questa opera.

Tutto ciò evidenzia molto bene anche il profilo del legame tra impresa e territorio. Le imprese sono una parte importante della dimensione territoriale; esse elevano nei confronti di chi governa il territorio una precisa domanda di politiche e servizi pubblici e contribuiscono al loro finanziamento. Se un territorio è governato male, le imprese o falliscono, o si trasferiscono esattamente come le persone che emigrano dalle condizioni di disagio. Conservare e/o sviluppare il tessuto produttivo di un territorio è un compito di governo che si assolve solo attraverso il "buon governo". La globalizzazione è stata il banco di prova di questa capacità di attrazione delle imprese, così come del loro mantenimento nel territorio, in quanto i fattori produttivi hanno ormai una mobilità ignota nel passato. Anche la crisi ha confermato il modo di rapportarsi delle imprese ai territori. Infatti, via via che venivano meno gli investimenti per le infrastrutture di innovazione e i servizi pubblici perdevano di qualità, la permanenza delle imprese nel territorio diventava sempre più difficile, determinandosi, con l'assenza delle economie di scala esterne, un aumento dei costi di produzione che mettevano le imprese in condizioni negative di concorrenza.

I governi centrali in Europa hanno avuto difficoltà a fare politiche anticicliche, a causa dei vincoli nascenti dalle politiche europee di austerità, e ciò accresceva l'arretramento dei territori più deboli e in Italia il divario territoriale si approfondiva, per via dei trasferimenti d'impresa e dell'emigrazione delle forze lavoro comportando una perdita pericolosa del capitale sociale e di quello umano che sarà problematico colmare in futuro. Si fonda anche su questa particolare condizione di inefficacia delle politiche anticrisi del governo centrale la richiesta di maggiore autonomia da parte dei governi regionali dei territori più avanzati (e questo vale soprattutto per le Regioni italiane), in quanto in questi territori, anche negli anni della crisi, sono state impiegate maggiori risorse e in modo più efficiente e ciò ha fatto comprendere ancora di più i vantaggi che possono derivare – secondo l'affermazione dei "laboratori del federalismo" di Louis Brandeis – dalla presenza delle Regioni e l'importanza del ruolo che queste possono assolvere per assicurare la crescita economica e sociale al proprio territorio.

Adesso, l'orientamento a favore dello sviluppo sostenibile che si sta rafforzando per via dell'emergenza ambientale, sembra offrire più di una opportunità sia ai territori più avanzati, sia a quelli più disagiati, in quanto l'economia pubblica rivolta all'ambiente può costituire un carattere fortemente attrattivo per le imprese e il lavoro per tutti i territori, a prescindere dal grado di sviluppo sin qui raggiunto. Da questo punto di vista le strategie dello sviluppo sostenibile sarebbero funzionali, tanto alle Regioni più sviluppate, quanto a quelle in transizione o sottosviluppate.

Occorre, però, precisare che rispetto ai sistemi territoriali le imprese che orientano la loro produzione secondo i principi dello sviluppo sostenibile assumono una responsabilità diversa o ulteriore rispetto a quella che tradizionalmente la loro presenza determina. La gestione dell'impresa e, soprattutto, della grande impresa non potrebbe limitarsi, cioè, alla sola decisione razionale ed economicamente conseguente, ma dovrebbe anche impegnarsi per la creazione di un valore aggiunto di carattere sociale e ambientale che viene redistribuito (possibilmente gratuitamente) nel territorio e valutato. per misurare la condizione dell'impresa, con indicatori diversi dal profitto e dal Pil (L. Becchetti, L. Bruni e S. Zamagni).

In un modello del genere, conseguentemente, l'impresa assumerebbe una responsabilità, non solo sulle vicende proprie della sua gestione, ma anche sull'andamento dello sviluppo territoriale, in forza del quale, per un verso, diventerebbe più solido il legame tra territorio e impresa e, per l'altro, bisognerebbe consentire a questa di partecipare alla determinazione delle decisioni pubbliche.

7. La necessità di un raccordo sociale.

La distribuzione dei compiti tra il governo centrale e i governi regionali esprime la resilienza della condizione di superamento della crisi, ma esprime anche il modello migliore per integrare la tutela ambientale e i canoni dello sviluppo sostenibile nelle politiche pubbliche e per consentire alle imprese di operare a condizioni di mercato diverse dal passato, inglobando innovazione e competitività.

Le Regioni, in particolare, rappresentano il livello istituzionale che può migliorare, tanto le economie esterne di conoscenza, che sono uno dei fattori che spiegano le ragioni alla base dei processi di agglomerazione territoriale delle imprese, tanto la competitività, realizzando un migliore funzionamento del sistema pubblico a vantaggio dell'economia e del territorio secondo il paradigma della sostenibilità.

In sostanza le imprese che investono sul territorio, nell'elevare la loro domanda di servizi, dovrebbero considerare attentamente che la maggior parte di questi dipendono dalle Regioni, le quali, perciò, sono la chiave di volta per far funzionare il sistema in modo più coordinato e integrato tra i livelli territoriali, come richiesto dalla transizione energetica e dalle nuove forme di economia sostenibile.

Le Regioni possono anche divenire, sulla base di competenze ormai ampiamente consolidate, la migliore piattaforma per un dialogo realistico con le imprese sulla sostenibilità. Questa presuppone, infatti, il massimo di cura e tutela per il territorio e l'ambiente compatibili con le condizioni di fattibilità e le necessarie fasi di transizione. Il dialogo tra le Regioni e le imprese è, perciò, la premessa per realizzare quella coerenza e sinergia tra interessi pubblici e privati che lo sviluppo sostenibile esige.

Le Regioni sono, almeno parzialmente, già attrezzate per questo incontro con le imprese. I loro Statuti contengono disposizioni specifiche che prevedono sedi di confronto con le imprese; qualche regione ha istituzionalizzato la programmazione strategica; qualche altra ha previsto la formalizzazione del dibattito pubblico o di forme di programmazione negoziata. Esse appaiono come il livello più adeguato, anche rispetto allo Stato, per la negoziazione e la partecipazione. Ciò consente di realizzare di fronte alle decisioni di politica economica le condizioni per il consenso della popolazione, la condivisione delle conoscenze tra diverse istituzioni e la capacità di comunicare in ambito sociale e all'interno della comunità territoriale.

Su questo terreno le imprese possono mostrare il know-how tecnologico che possiedono, sia per contribuire a formare il consenso delle popolazioni, sia per scoprire le potenzialità di un utilizzo della tecnologia e dell'innovazione a scopi di pubblico interesse nel rapporto con istituzioni e comunità, giacché il principio di responsabilità verso l'ambiente e il territorio riguarda tutti gli attori.

In questo modo, il concetto di responsabilità sociale, ambientale e territoriale delle imprese si può legare, in modo trasparente e pubblico, alle politiche che presuppongono lo sviluppo sostenibile e la Regione può fungere da catalizzatore per costruire le basi conoscitive necessarie a un confronto realistico tra istituzioni, imprese e popolazioni ai fini di un esercizio convergente di questa nuova forma di responsabilità in ambito regionale, attraverso il dialogo e i conseguenti accordi.

Certamente, da subito, gioverebbe alle imprese uscire dalla gabbia dell'uniformità istituzionale e cogliere i vantaggi che possono derivare, soprattutto in questa fase del ciclo e alla luce della logica ambientale, dalla differenziazione territoriale. Ciò è certamente legato ad alcuni fattori tipici che mantengono l'economia di mercato vitale, come la fiducia tra i partecipanti e il rispetto del principio di reciprocità, per costruire regolazioni pubbliche e comportamenti imprenditoriali di tipo nuovo, facendo in modo che tanto le istituzioni, quanto gli attori economici e finanziari abbiano una impostazione inclusiva (secondo il significato che a questa espressione hanno dato Daron Acemoglu e James A. Robinson).

8. La determinazione dei compiti dello Stato e delle Regioni.

Se è vero che la Regione rappresenta la cerniera per la cooperazione strategica tra i livelli territoriali, su cui oggi occorre puntare, ciò non toglie che anche allo Stato spetta un compito essenziale e di carattere generale ed unitario. Non solo ma i compiti riconosciuti al centro andrebbero in una qualche misura rafforzati, non solo verso l'esterno, nei confronti dell'Europa e delle sedi di negoziazione internazionale, ma anche verso l'interno.

Risulta chiaro, infatti, che le istituzioni statali, per un verso, sono chiamate a migliorare le politiche di loro competenza e il loro ruolo complessivo, senza rincorrere il livello regionale su attività e politiche che, in un quadro di sussidiarietà, ben si confanno a questo. Per essere più precisi, al centro spetterebbe la visione strategica del Paese, la quale peraltro dovrebbe essere condivisa da tutte le forze politiche parlamentari, di modo che, a ogni cambio di maggioranza, non si veda stravolto il lavoro compiuto dalla precedente.

A ciò si aggiungano, oltre alle classiche funzioni statali rappresentate dalla feluca, dalla toga, dalla spada e dalla moneta (le cui materie sono: politica estera e rapporti internazionali; cittadinanza, immigrazione e condizione giuridica dello straniero; elezioni del Parlamento europeo; difesa e Forze armate; ordine pubblico e sicurezza; giurisdizione e norme processuali; moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari ecc.), alcune funzioni strutturalmente riconducibili al livello centrale, come la perequazione delle risorse finanziarie, anche attraverso l'uso di risorse aggiuntive o la realizzazione di interventi speciali per determinati territori (secondo le previsioni dell'art. 119, quinto comma, Cost.), e la tutela dell'unità giuridica e dell'unità economica del Paese, in particolare con riferimento alla tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali e all'eventuale esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempimenti o menomazioni che provengano dagli altri livelli di governo (di cui all'art. 117, secondo comma, lett. m), e all'art. 120, secondo comma, Cost.).

Infine, da considerare è il ruolo che le istituzioni statali possono realizzare ai fini del raccordo istituzionale tra i diversi livelli di governo, sia per coordinare la realizzazione delle politiche pubbliche che richiedono una partecipazione dei diversi livelli di governo, sia per consentire alle Regioni di meglio partecipare alle decisioni dirette alla formazione e all'attuazione degli atti normativi e delle politiche dell'Unione europea (art. 117, comma 5, Cost.).

Alla Regione, quale istituzione intermedia tra Stato e territorio, bisogna riconoscere che la sua affermazione istituzionale non è solo dipendente dalla previsione costituzionale dei suoi poteri, quanto soprattutto dalla circostanza che, nella maggioranza dei casi, questo ente ha la dimensione meno incongrua rispetto agli ambiti da amministrare in via territoriale. In ambiti più vasti, peraltro, la Regione può agire attraverso intese interregionali o dando luogo a forme di collaborazione con lo Stato. Le Regioni, di fatto, si trovano nella posizione migliore per promuovere politiche coordinate ed esigere politiche nazionali coerenti con quelle regionali di sviluppo territoriale e, in via orizzontale, operare con le altre Regioni e gli enti locali.

Nei settori strategici per lo sviluppo sostenibile, le funzioni dove si realizzano la maggior quota di investimenti sono istituzionalmente demandate alle Regioni (rifiuti, energia rinnovabile, trasporto locale, sanità, governo del territorio etc.); e anche per il sostegno al lavoro e alle attività produttive tendenzialmente l'intervento regionale è prevalente, sia pure quando alcune materie rilevanti a questi fini possano essere di competenza ripartita. Poiché, poi, la politica ambientale richiede esercizio congiunto di molte competenze in modo trasversale, per il perseguimento dell'obiettivo, le politiche pubbliche non dovrebbero sovrapporsi alle materie di competenza dei livelli territoriali, bensì svolgersi in forma coordinata e non conflittuale, secondo il riparto costituzionale.

Le politiche, essendo tutte legate tra loro da una stretta interdipendenza, richiedono una piena condivisione di obiettivi e di metodi da parte di tutti i livelli di governo, soprattutto se le competenze per materia possono appartenere a livelli di governo diverso. Le politiche pubbliche sono sempre

più condivise, perché si articolano necessariamente in azioni che hanno una sfera di efficacia territorialmente delimitata e richiedono per la loro realizzazione di essere svolte attraverso il coordinamento e la collaborazione tra governi locali e regionali con quello statale.

9. La necessità di nuovi raccordi istituzionali.

La globalizzazione e la crisi hanno messo a dura prova le società occidentali, innescando flussi in direzione diversa sia del capitale, che del lavoro. Territori ricchi e territori poveri – come si è ricordato sopra – hanno accentuato le loro caratteristiche.

Ciò non toglie che l'ordinamento regionale dello Stato e la differenziazione territoriale vadano considerati come una opportunità che viene data alla classe politica territoriale e che consente a questa di soddisfare meglio le esigenze delle popolazioni, in sinergia con quella nazionale, limitando gli svantaggi della globalizzazione e cogliendone le opportunità.

Ovviamente, poiché non tutte le Regioni sono nella medesima condizione, perché altrimenti il divario stesso sarebbe risolto, o contenuto entro limiti tali da non inficiare l'omogeneità territoriale, per le Regioni in situazione di svantaggio la loro autonomia potrebbe non solo non essere risolutiva, ma persino determinare un ulteriore arretramento, soprattutto se le politiche perequative statali e quelle di coesione sociale, legate all'utilizzo dei fondi europei, non vengono accompagnate verso la realizzazione delle politiche pubbliche secondo parametri di crescente qualità.

Le istituzioni statali dovrebbero essere in grado di porre rimedio al divario territoriale, adottando un modello organizzativo articolato attraverso la differenziazione, cioè un'articolazione del potere in ragione sufficiente al problema che si affronta: occorre che lo Stato sia più presente al Sud e promuova il ruolo degli enti territoriali verso una piena autonomia e sia presente al Nord in misura adeguata da consentire alle Regioni e alle autonomie locali di utilizzare appieno il principio autonomista.

In tal senso, il rapporto di collaborazione tra i diversi livelli di governo, si dovrebbe basare sui medesimi principi di relazione con la società civile, e cioè: fiducia e reciprocità, tenendo conto che la chiave di lettura di questa specifica relazione è data dalla prossimità e dalla sussidiarietà. Da questo punto di vista anche la richiesta di maggiori poteri legislativi e amministrativi, che alcune Regioni sono in condizione di avanzare, dipenderebbe direttamente dalla condizione in cui versa il loro territorio; e lo Stato, in ipotesi del genere, dovrebbe rapportarsi a queste richieste in modo flessibile e diversificato.

Altrimenti detto, va superata la condizione presente nella quale abbiamo troppo Stato per le Regioni del nord e troppo poco Stato per quelle meridionali e il superamento di questa condizione determinata dal divario territoriale e dall'uniformità che ha ispirato sinora la condotta dello Stato richiede un "patto nazionale" tra lo Stato le Regioni del nord e quelle del sud che comporti un riesame della distribuzione dei poteri, un ruolo flessibile dello Stato e un'assunzione di responsabilità da parte dei diversi livelli di governo, in modo da fare convergere l'ordinamento generale verso una condizione di maggiore omogeneità.

L'idea di accordi tra istituzioni come tra livelli di governo diversi non sorprende più; anzi questo tipo di negoziazioni sembra essere diventato il *proprium* degli stati contemporanei (come ha insegnato Deil S. Wright) e ha bisogno di sedi specifiche di rappresentanza e di concertazione.

Nel caso italiano l'idea di un patto nazionale tra le Regioni e lo Stato, con una collocazione anche per le Regioni meridionali, dovrebbe prevedere un modo diverso e nuovo di realizzare le politiche pubbliche, compresa quella della coesione territoriale, della perequazione e del coordinamento della finanza pubblica. Infatti, un simile accordo dovrebbe prevedere sia una redistribuzione delle risorse a favore dei territori svantaggiati (secondo le regole economiche individuate da James

Buchanan), sia un piano strategico che ricomprenda un programma di investimenti e sviluppo, frutto di scelte concordate con le imprese, le Regioni e lo Stato, comprensivo di particolari settori come energia, logistica, viabilità, trasporti, tecnologie, formazione, ricerca, ecc.

Inoltre, la gestione di un simile piano dovrebbe essere affidata ad un *network* tra i livelli di governo in grado di realizzare una condizione di attrattività per gli investimenti e di consentire un miglior uso delle diverse risorse, a partire dal know-how, fondato sulla partecipazione dei diversi livelli, in cui, accanto al rispetto del ruolo politico di ogni comunità, si affermi il principio di responsabilità delle comunità stesse per lo sviluppo del loro territorio e del Paese.

Bibliografia

ACEMOĞLU DARON, ROBINSON JAMES A. (2012), *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, New York.

BAUMAN ZYGMUNT (1998), *Globalization: The Human Consequences*, New York, 1998.

BECCHETTI LEONARDO, BRUNI LUIGINO, ZAMAGNI STEFANO (2019), *Economia civile e sviluppo sostenibile*, ECRA, Roma

BRANDEIS LOUIS, *Dissenting opinion*, in Corte Suprema U.S., judgment, *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932).

BUCHANAN JAMES M. (1950), *Federalism and Fiscal Equity*, in *The American Economic Review*, vol. 50, 4.

DE OLIVEIRA GUILHERME, GUERRINO CARMINE (2018), *Extractive States: The Case of the Italian Unification*, in Amsterdam Law School Research Paper No. 2014-42; Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2014-03.

FELICE EMANUELE (2014), *Perché il Sud è rimasto indietro*, il Mulino, Bologna.

MANGIAMELI STELIO (1992), *Le materie di competenza regionale*, Giuffrè, Milano.

MANGIAMELI STELIO (2002), *La riforma del Regionalismo italiano*, Torino, Giappichelli.

MANGIAMELI STELIO (2008), *Il principio cooperativo nell'esperienza italiana del primo e del secondo regionalismo*, in *Teoria del Diritto e dello Stato*, Roma.

MANGIAMELI STELIO (2013), *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico* – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC, in *Rivista AIC*, 4.

MANGIAMELI STELIO (novembre 2013), *Il governo delle politiche pubbliche: un banco di prova per il regionalismo*, in www.issirfa.cnr.it, Studi e interventi

MANGIAMELI STELIO (febbraio 2019), *I problemi della differenziazione e della omogeneità nello Stato regionale*, in www.issirfa.cnr.it, Studi e interventi

MANGIAMELI S., FILIPPETTI A., TUZI F., CIPOLLONI C. (2020), *Prima che il Nord somigli al Sud. Le Regioni tra divario e asimmetria*, Rubbettino, Soveria Mannelli.

PUTNAM ROBERT D. (1993), *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton.

RATHENAU WALTHER (1960), *La realtà delle società per azioni*, trad. it., in *Rivista delle Società*, con una presentazione di L. Mengoni e A. Mignoli.

WRIGHT DEIL S. (1988), *Understanding intergovernmental relations*, 3a ed., Belmont California, Wadsworth.

PAOLA BILANCIA
Dignità umana e fine vita in Europa*

SOMMARIO: 1. Le questioni del fine vita nel costituzionalismo contemporaneo: cenni introduttivi. – 2. (*segue*) Eutanasia e principi fondamentali. – 3. Il quadro comparato e multilivello. – 4. L'ordinamento italiano. – 4.1. Il "caso Cappato" e l'ordinanza n. 207/2018. – 4.2. La sentenza n. 242/2019. – 5. Conclusioni.

1. Le questioni del fine vita nel costituzionalismo contemporaneo: cenni introduttivi

L'avanzamento tecnologico ha, come noto, ingenerato innumerevoli questioni di interesse giuspubblicistico che hanno coinvolto per la loro risoluzione l'intero sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, in un dialogo tra le Corti nazionali e sovranazionali che ha portato alla definizione e all'evoluzione della portata di vari diritti riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri e dalle Carte europee¹. Per quel che rileva in questa sede, si osserva come in particolare il progresso biomedico e biotecnologico abbiano fatto emergere notevoli criticità con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali della persona².

Con riferimento al diritto alla vita e al diritto alla salute, tali avanzamenti hanno reso possibile il prolungamento della vita umana curando molte malattie che un tempo erano, invece, considerate fatali. Si è arrivati a ciò ricorrendo, a volte, a nuove tecnologie che consentono il mantenimento artificiale delle funzioni vitali che sarebbero altrimenti interrotte³. Tali nuove possibilità offerte dalla scienza consentono quindi la sopravvivenza dell'essere umano in condizioni che spesso sono estremamente critiche: i casi sono noti e sono stati oggetto anche delle cronache sui media nazionali e internazionali, e in alcuni di essi la situazione di fatto è quella di una condizione di assenza irreversibile di capacità cognitiva e motoria, e di sopravvivenza interamente dipendente dall'opera di una macchina o dall'alimentazione e idratazione artificiali.

Alcune Costituzioni nazionali riconoscono espressamente il diritto alla vita, circostanza che consente (o, meglio, impone) al legislatore e all'autorità giudiziaria di interpretare il concetto di "vita". In questa prospettiva, si pone poi il problema di definire una serie di concetti ulteriori e connessi, come ad esempio quello dell'inizio vita (e si pensi alla legislazione relativa all'aborto), o finanche quello della fine della vita (e si pensi ai casi del testamento biologico e dell'eutanasia)⁴.

* *Lo scritto prende le mosse dalla relazione tenuta al Convegno "Europa e bioetica" tenutosi a luglio 2019 a Ventotene.*

¹ Al tema della tutela multilivello dei diritti fondamentali ha dedicato approfonditi studi, nel costituzionalismo italiano, Pasquale Costanzo. Si vedano almeno: P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, 3 ed., Torino, Giappichelli, 2010, 359 ss.; P. COSTANZO, *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione europea*, in G. De Vergottini (a cura di), *Accademia delle scienze dell'istituto di Bologna, Classe di Scienze morali. Rendiconti degli anni 2007-2008*, Bologna, Bononia University Press, 2009, 343 ss.

² Sul tema si veda P. COSTANZO, *Biotecnologie, militanze e diritti fondamentali*, in P. Costanzo (a cura di), *Organismi geneticamente modificati. Una prospettiva giuridica*, Genova, Genova University Press, 2016, 2.

³ Sulle biotecnologie e sui profili costituzionali connessi si veda, per tutti, A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in M. Volpi (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, Il Mulino, 2001.

⁴ Si vedano, per tutti: M. MANNES, *Euthanasia vs. the right to life*, in *Baylor Law Review*, vol. 27, n. 1, 1975; E. PALOMBI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972. Con riferimento all'ordinamento italiano, il tema è stato approfonditamente studiato da F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, Giuffrè, 2008.

Alcune delle Costituzioni di “prima generazione”, adottate nel Secondo Dopoguerra, come la Costituzione italiana, non prevedono esplicitamente il diritto alla vita, e dunque esso è stato ricondotto nell’ambito dei diritti inviolabili della persona per via giurisprudenziale ed ermeneutica (o dandolo per “presupposto”, o attraverso una lettura aperta dell’articolo 2 Cost.⁵). Ciò è avvenuto in primo luogo nelle sentenze rese a proposito della legislazione sull’aborto, nell’ambito delle quali si è reso necessario operare un contemperamento tra il diritto alla vita del nascituro e il diritto alla salute e all’autodeterminazione della donna⁶.

Il quadro si è ulteriormente complicato quando il dibattito ha iniziato a lambire i temi del fine vita. In effetti, non sembra difficile comprendere come il pensiero di essere tenuti in vita, di fatto, artificialmente, possa per alcuni non coincidere con la concezione di una vita ancora degna di essere vissuta. Naturalmente questi temi si intrecciano anche con considerazioni personalissime di ordine etico-religioso⁷. Non a caso, è proprio sui temi etici che si è concentrata l’attenzione del dibattito politico progressivamente sviluppatosi a partire dalla metà del secolo scorso, in coincidenza delle possibilità offerte dal progresso medico scientifico che, come si è detto, hanno sì prolungato la vita umana, ma con forme di sopravvivenza spesso di dubbia compatibilità con il concetto stesso di vita e di dignità umana⁸.

Il concetto di dignità umana può del resto essere ritenuto non soltanto comune alla tradizione giuridica e filosofica europea (e occidentale), ma addirittura caratterizzato da una sua universalità⁹. Si pensi, a titolo di esempio, alla Costituzione federale brasiliana del 1988, che pone la dignità umana come limite per lo Stato e per le Comunità¹⁰.

Nel costituzionalismo contemporaneo, e in particolare nelle questioni del fine vita, il concetto di dignità umana viene quindi spesso utilizzato come un vero e proprio concetto “ombrello” per tutti i diritti fondamentali che tutelano la vita e le scelte dell’individuo in merito alle modalità con cui la sua esistenza deve essere condotta o deve, in ultimo, avere fine¹¹. In quest’ottica, dignità umana significa anche, necessariamente, dignità nella morte¹².

La nostra Costituzione a proposito del diritto alla salute prescrive all’articolo 32 Cost. che “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”. Il rifiuto delle terapie viene ormai pacificamente ricompreso nell’ambito di applicazione della norma in esame e pertanto, se un tempo le terapie venivano impostate dal medico “in scienza e coscienza”, oggi il paziente deve essere adeguatamente informato circa le sue condizioni di salute e le terapie

⁵ Su cui si vedano, per tutti: F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995; A. BARBERA, *Commento all’art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975.

⁶ Sul diritto alla vita nell’ordinamento costituzionale italiano si vedano: S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, Franco Angeli, 2018, 209 ss.; R. BOTTA, *Il diritto alla vita nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 2, 1992.

⁷ Sulle questioni costituzionali e morali sottese al tema del fine vita si vedano: A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; E. CASTORINA, *Concezioni bioetiche e principi costituzionali: il problema delle scelte di fine-vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, nn. 2-3, 2009; F. LOSURDO, *L’ultima scelta. dogmatiche dell’autodeterminazione e fine vita*, in *Koreuropa*, n. 12, 2018; T. O. MARTIN, *Euthanasia and modern morality (their moral implications)*, in *Jurist*, vol. 10, n. 4, 1950.

⁸ Sul rapporto tra i valori della vita e della dignità umana si veda A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1, 2011.

⁹ Si pensi, per tutti, ai noti casi del “lancio del nano” francese e del “laserodromo” tedesco. Cfr.: Human Rights Committee, Communication No 854/1999: France. 26/7/2002. CCPR/C/75/D/854/1999; CGUE, caso *Omega*, C-36/02.

¹⁰ Si veda sul tema I. W. SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, X ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2019.

¹¹ Si veda J. LUTHER, *The judge’s power over life and death*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2018, 3.

¹² Si veda H. KÜNG, *Della dignità del morire*, Milano, Rizzoli, 1996.

(suggerite) da seguire, decidendo autonomamente se accettare finanche le terapie cosiddette “salva-vita”¹³.

Nel nostro ordinamento (ma, si potrebbe forse azzardare, nel costituzionalismo contemporaneo) non esiste pertanto un obbligo alla vita o un obbligo di curarsi ma è invece possibile e lecito rifiutare le terapie necessarie alla sopravvivenza in piena autodeterminazione e previa assunzione di ogni informazione adeguata (nel rispetto del cosiddetto obbligo di consenso informato)¹⁴. La responsabilità morale attiene esclusivamente al foro interno dell’interessato. In linea con ciò appare l’impostazione sottesa alla regolamentazione del cosiddetto “testamento biologico” per cui il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dallo specialista¹⁵. A tal fine, è sempre garantita un’adeguata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e, se del caso, con l’erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38.

È in questo contesto costituzionalistico che deve essere calato il dibattito sull’eutanasia (attiva o passiva)¹⁶, consentita in forme diverse da vari ordinamenti nazionali, ma ancora vietata espressamente nella maggior parte di essi, con la conseguenza che vengono considerate penalmente rilevanti condotte quali l’istigazione e l’assistenza al suicidio¹⁷.

L’eutanasia è un atto del medico diretto a provocare la morte del paziente sotto sua esplicita volontà. Ovunque la questione dell’eutanasia è percepita come delicata e bisognosa di estrema attenzione nella scelta della terminologia, dei modi e dei contesti adatti a trattarla. Nel nostro Paese in particolare sembra esservi una certa diffidenza verso linee di demarcazione chiare che mirino ad appoggiare il cosiddetto diritto “alla buona morte”. E tuttavia, una serie di casi che hanno conquistato il centro del palcoscenico del dibattito pubblico, come ad esempio quelli di Piergiorgio Welby, Giovanni Nuvoli, Eluana Englaro o, più recentemente, Fabiano Antoniani (“DJ Fabo”), hanno dimostrato l’inadeguatezza e gli evidenti limiti della normativa vigente, dando vita a un’ondata di reazioni tale da dare il via a un dibattito senza precedenti in merito alla liceità e alla compatibilità costituzionale dell’eutanasia (in alcune sue forme e in alcuni casi)¹⁸.

¹³ Fa eccezione, ovviamente, il caso dei trattamenti sanitari obbligatori previsti dalla legge Su volontà della persona e trattamenti sanitari si veda F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, cit., 69 ss. Sulla lettura in esame dell’articolo 32 Cost si vedano, per tutti: D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Lezioni*, II ed., Torino, Giappichelli, 2015; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, n. 1, 1984; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, n. 4, 1980; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, n. 4, 1979.

¹⁴ Si veda, per tutti: C. TRIPODINA, *Articolo 32*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 2008, 328 ss.

¹⁵ Si veda F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, cit., *passim*.

¹⁶ Sul tema si veda D. NERI, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

¹⁷ Per un’analisi comparata della legalità (o illegalità) dell’eutanasia nei diversi ordinamenti si vedano, per tutti: J. GRIFFITHS, H. WEYERS, M. ADAMS, *Euthanasia and Law in Europe*, Oxford, Hart, 2008; N. FERREIRA, *Revisiting euthanasia: a comparative analysis of a right to die in dignity*, in *ZERP Discussion Papers*, n. 4, 2005; H. SILVING, *Euthanasia: a study in comparative criminal law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 103, 1954; M. D. SAYID, *Euthanasia: A comparison of the criminal laws of Germany, Switzerland and the United States*, *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 6, n. 2, 1983; H. SCHNEIDER, *Euthanasia: a comparative examination of its place within the scope of the criminal law*, in *Criminologica*, vol. 7, n. 2, 1969.

¹⁸ Si veda, da ultimo, G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all’eutanasia e al suicidio assistito*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, n. 1, 2019.

2. (segue) Eutanasia e principi fondamentali

Il concetto di eutanasia va tenuto separato da quello di suicidio, e ha indicato e indica una serie di condotte molto differenti tra loro, che vanno da vere e proprie pratiche eugenetiche ad attività strettamente terapeutiche¹⁹. È tuttavia un dato di fatto che il termine abbia gradualmente assunto, specie negli anni recenti, il significato prevalente di pratica volta a porre fine alla vita del soggetto che ritenga intollerabile la prosecuzione della propria esistenza (a causa di sofferenze insopportabili causate dalla malattia e/o dall'impossibilità a provvedere a sé stesso).

L'eutanasia in campo medico può a sua volta essere distinta in eutanasia passiva o eutanasia attiva. Rientra nell'eutanasia passiva in primo luogo la condotta volta ad alleviare le sofferenze del paziente la cui vita stia già naturalmente terminando, anche attraverso la somministrazione di sostanze (ad esempio morfina) che possano accorciarne l'esistenza, senza tuttavia che esse siano la causa della morte già in atto: esempio di tali pratiche può essere considerata la cosiddetta "sedazione profonda"²⁰. Rientra altresì nella nozione di eutanasia passiva la sospensione di terapie che tengano in vita artificialmente un individuo che, senza la somministrazione delle stesse, morirebbe naturalmente: esempio di tali pratiche può essere considerata la già menzionata interruzione dell'alimentazione, idratazione o ventilazione artificiali²¹. Per eutanasia attiva si intende invece, sostanzialmente, il suicidio medicalmente assistito, ove è il comportamento dell'agente a causare direttamente la morte del paziente, che non interverrebbe altrimenti per cause naturali in caso, ad esempio, di sospensione o interruzione delle terapie somministrate²².

In questa prospettiva si è condivisibilmente osservato che nel dibattito sociale, politico e giuridico sull'eutanasia ha giocato un ruolo affatto trascurabile il progredire della scienza medica, che ha sì consentito di allungare artificialmente la vita umana, ma ha anche fatto sì che, in alcuni casi, la qualità della stessa risulti di livello tutt'altro che elevato²³. In questo senso, si potrebbe persino affermare che è la stessa scienza medica (attraverso il suo progresso) a rimettere in discussione, in alcuni casi, il principio di dignità umana. Diviene pertanto estremamente importante (ed estremamente difficile) individuare i casi di cosiddetto "accanimento terapeutico", e dunque quei casi in cui le terapie messe in atto risultino invasive, gravose, dolorose se rapportate alle concrete possibilità di guarigione o di miglioramento, spesso inesistenti²⁴. L'accanimento terapeutico è

¹⁹ Sulle possibili definizioni del concetto di eutanasia si veda M. PORZIO, *Eutanasia*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967.

²⁰ Si veda M. MANFREDINI, *Eutanasia*, in *Dizionario di criminologia*, vol. I, Milano, Vallardi, 1943, 338, che osserva va come il concetto di eutanasia "di per sé contiene l'indicazione del fatto obbiettivo della morte buona e in un primo tempo valse a definire soltanto una azione di indubbia liceità, compiuta dai medici per alleviare il dolore dell'agonia. Ciò non era causare la morte già in atto, ma darle una forma non dolorosa". Sui profili giuridici sottesi alla pratica della "sedazione profonda" si veda F. G. PIZZETTI, "Ai confini delle cure": la sedazione palliativa (o terminale) tra diritto di non soffrire e diritto di morire, in P. Macchia (a cura di), *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Napoli, ESI, 2012.

²¹ Si veda A. D'ALOIA, *Eutanasia (diritto costituzionale)*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 2012. Sulla problematicità sottesa alla sussunzione di tali pratiche "passive" nell'ambito del concetto di eutanasia si veda S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2016, 63 ss.

²² Si veda A. D'ALOIA, *Eutanasia (diritto costituzionale)*, cit. Si vedano inoltre gli scritti raccolti in A. Pérez Miras, G. M. Teruel Lozano, E. C. Raffiotta (a cura di), *Sfide per i diritti della persona nel XXI secolo: Vita e Scienza*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2013.

²³ In questo senso S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 237.

²⁴ Sul tema si veda D. LAMB, *Etica alle frontiere della vita. Eutanasia e accanimento terapeutico*, Bologna, Il Mulino, 1998.

vietato dal codice deontologico medico²⁵ e, limitatamente a questi casi, si sono peraltro registrate anche delle aperture della Chiesa cattolica²⁶.

L'eutanasia attiva e il suicidio assistito sono legali in alcuni (per la verità ancora pochi) ordinamenti del mondo Occidentale, tra cui si menzionano, a mero titolo esemplificativo, l'Olanda, il Belgio, il Lussemburgo la Svizzera e alcuni Stati degli Stati Uniti d'America, mentre aperture giurisprudenziali vi sono state in altri ordinamenti, come ad esempio quello canadese o quello colombiano²⁷. In particolare, ha avuto un certo risalto, anche di cronaca, il caso della Svizzera, ove esistono strutture apposite che forniscono un vero e proprio servizio con riferimento al fine vita, servizio che va dalla predisposizione di materiale informativo fino all'assistenza legale nelle fasi terminali della vita e finanche per eventuali questioni che dovessero insorgere in seguito alla morte²⁸.

In Italia, invece, l'evoluzione della giurisprudenza ha condotto, come si vedrà, ad approdi un tempo forse impensabili, riconoscendo finanche la legittimità, in alcuni casi tassativi, della cosiddetta eutanasia "passiva", e cioè della sospensione dei trattamenti medici necessari per mantenere in vita un paziente²⁹.

L'eutanasia cosiddetta "attiva" è invece vietata in Italia, e viene di fatto assimilata al suicidio se attuata direttamente su di sé (fattispecie peraltro non sanzionata neanche nell'accezione di tentato suicidio³⁰), mentre non viene distinta sul piano giuridico dalla disciplina penale dell'omicidio se operata da terzi. Similmente, sono considerati comportamenti penalmente sanzionabili le fattispecie di aiuto al suicidio e di istigazione al suicidio, nonostante divenga ormai sempre più ampio il dibattito sul tema per quel che riguarda l'autodeterminazione e la decisione autonoma di una buona morte.

3. Il quadro comparato e multilivello

La tutela dei diritti fondamentali non è però limitata al nostro sistema giuridico, ma si intreccia con tutele di diritto internazionale (Convenzione europea dei diritti dell'uomo)³¹ e sovranazionale

²⁵ Cfr. articolo 16: "Il medico [...] non intraprende né insiste in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita".

²⁶ Cfr. canone 2278 catechismo Chiesa cattolica, per cui: "L'interruzione di procedure mediche onerose, pericolose, straordinarie o sproporzionate rispetto ai risultati attesi può essere legittima. In tal caso si ha la rinuncia all'«accanimento terapeutico». Non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire. Le decisioni devono essere prese dal paziente, se ne ha la competenza e la capacità, o, altrimenti, da coloro che ne hanno legalmente il diritto, rispettando sempre la ragionevole volontà e gli interessi legittimi del paziente".

²⁷ Si veda per una ricognizione della normativa esistente nei diversi ordinamenti C. FOCARELLI, *Euthanasia*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.

²⁸ Sulla normativa svizzera in materia si vedano: E. CRIVELLI, *Gross c. Svizzera: la Corte di Strasburgo chiede alla Svizzera nuove e più precise norme in tema di suicidio assistito*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 3, 2013; A. BARAGGIA, *L'assistenza organizzata al suicidio in Svizzera: verso una regolamentazione?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2010.

²⁹ Sul tema si vedano, per tutti: A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2007; P. VERONESI, *Sul diritto a rifiutare le cure salvavita prima e dopo il caso "Welby" - una replica*, in *Studium iuris*, n. 10, 2008.

³⁰ Tanto che si afferma, condivisibilmente, che il suicidio è "condotta neutra" nell'ordinamento italiano. Si vedano sul tema: S. CANESTRARI, *Biodiritto (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. Canestrari (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011., 150 ss.

³¹ Sulla giurisprudenza della Corte EDU sui temi del fine vita si veda U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione*

(Corte di Giustizia dell'Unione europea), oltre che con specifici documenti giuridici internazionali posti a protezione dei diritti dell'uomo nell'ambito del cosiddetto "biodiritto" (nella fattispecie alla Convenzione di Oviedo)³².

La Convenzione sui diritti umani e la biomedicina o "Convenzione di Oviedo" è il primo trattato internazionale sulla bioetica, promosso dal Consiglio d'Europa e firmato, appunto, ad Oviedo il 4 aprile 1997. Nel corpo della Convenzione si prescrive espressamente che l'interesse e il benessere dell'essere umano debbano prevalere sull'interesse della società o della scienza, e si introduce altresì il principio del consenso informato, in conseguenza del quale un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il proprio espresso consenso che deve necessariamente essere, appunto, libero e informato, facendo riferimento in particolare a "una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi"³³. La persona interessata può inoltre, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso.

Giova sottolineare che la Convenzione di Oviedo è stata adottata dal Parlamento italiano con legge di autorizzazione alla ratifica del 28 marzo 2001, n. 145 ed è stata ratificata dal Presidente della Repubblica, anche se la ratifica non è mai stata depositata al Consiglio d'Europa. Ciò ha peraltro portato alla presentazione di interrogazioni parlamentari che denunciano come il mancato deposito dello strumento di ratifica costituisca un grave limite per l'applicazione nell'ordinamento interno dei principi fissati dalla Convenzione e indebolisca la posizione dell'Italia, da tempo impegnata in sede internazionale nella promozione dei diritti umani e, in particolare, della dignità dell'essere umano, che può essere lesa dall'applicazione delle nuove tecnologie in assenza di adeguati presidi normativi³⁴.

La giurisprudenza costituzionale italiana ha definito il consenso informato come "sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà della persona, conformemente all'art. 32.2 Cost."³⁵.

Anche secondo la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea "il consenso della persona interessata deve essere personale, "libero e informato"³⁶, revocabile e specifico (anche in relazione

irragionevole). *Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 2, 2016.

³² Sulla tutela multilivello dei diritti sia consentito il rinvio a P. BILANCIA, F. G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, Giuffrè, 2004.

³³ Così l'articolo 5: "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".

³⁴ Cfr., da ultimo, l'interrogazione Atto n. 1-00848 Senato, del 12 ottobre 2017.

³⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 438/2008. Sulla sentenza in esame si vedano: R. Balduzzi, D. Paris, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 23 aprile 2009; C. Casonato, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, nn. 3-4, 2009.

³⁶ Così l'articolo 3: "Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge, il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro, il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani".

alle possibili fasi alternative ed ai conseguenti rischi dell'intervento chirurgico)³⁷. Sul punto era peraltro già intervenuta la giurisprudenza italiana, ben prima dell'entrata in vigore della Carta di Nizza³⁸, che comunque sempre più sta divenendo parametro, quantomeno *ad adiuvandum*, delle decisioni della Corte costituzionale³⁹.

Sul tema è inoltre intervenuta la giurisprudenza della Corte EDU, in quanto la Convenzione riconosce espressamente il diritto alla vita all'articolo 2 che statuisce che "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 reato sia punito dalla legge con tale pena".

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha chiarito, nel caso *Pretty v. United Kingdom*, che dal diritto alla vita non può trarsi il diritto diametralmente opposto alla morte, se non a prezzo di un'inammissibile distorsione della lettera dell'articolo 2 della Convenzione⁴⁰. Similmente la Corte ha ritenuto che un diritto siffatto non potesse ricavarsi dagli articoli 3, 8, 9 e 14 della Convenzione. Nel caso di specie una donna, paralizzata dal collo in giù da una malattia degenerativa e alimentata artificialmente, desiderava porre fine alla propria vita ma non era in grado di farlo da sola. Tuttavia, la legge inglese vieta l'assistenza al suicidio, a prescindere dal consenso del paziente. La Corte ha ritenuto che, mentre il rispetto del diritto alla vita di cui all'articolo 2 della Convenzione è obbligatorio per gli Stati, la previsione o meno della possibilità di forme di suicidio assistito rientra nel margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati stessi.

La posizione della Corte EDU è stata confermata anche con riferimento a Stati in cui forme di suicidio assistito sono legali: la Corte ha ritenuto, nel caso *Haas v. Switzerland*, che non esista un diritto del singolo ad ottenere dallo Stato gli strumenti (e, in particolare, i farmaci) necessari per porre fine alla propria vita senza prescrizione medica, e ciò perché la prescrizione medica garantisce che le decisioni dell'individuo non siano affrettate e che la pratica non dia adito ad abusi⁴¹. Nel caso in esame il ricorrente soffriva di una grave malattia psichica, ma non rientrava nei requisiti della legge svizzera per ottenere la prescrizione del farmaco in questione, dal momento che tale legge consente il suicidio assistito solo per chi non sia in grado di suicidarsi autonomamente (il ricorrente era afflitto da un disturbo psichico, non fisico).

La Corte sembra quasi riconoscere, quindi, un diritto a scegliere come e quando porre fine alla propria vita (ricavabile dal diritto al rispetto della vita privata di cui all'articolo 8 della Convenzione), ma non ritiene che da tale diritto sia ricavabile un obbligo positivo dello Stato di attivarsi per assecondare la volontà dell'individuo in tal senso.

Nel senso opposto, e dunque in tema di interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiale, la Corte EDU ha ritenuto, nel caso *Lambert and Others v. France*, che sia necessario riconoscere un ampio margine di apprezzamento agli Stati, e che pertanto non violi l'articolo 2 della Convenzione la normativa dello Stato membro che consenta tale interruzione, a patto che essa disciplini

³⁷ Sull'articolo in esame si veda R. BIFULCO, *Art. 3*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001.

³⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. III, n. 364/1997.

³⁹ Si veda in punto L. TRUCCO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁴⁰ Cfr. *Pretty v. The United Kingdom*, Application no. 2346/02, 29.04.2002. Sul caso in esame si veda A. SZERLETICS, *Paternalism and euthanasia: the case of Diane Pretty before the European Court of Human Rights*, in *Diritto & questioni pubbliche* (<http://www.dirittoequestionipubbliche.org/>), n. 10, 2010. Sugli orientamenti della Corte EDU in tema di suicidio assistito si veda R. BIFULCO, *Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2003.

⁴¹ Cfr. *Haas v. Switzerland*, Application no. 31322/07, 20.01.2011.

adeguatamente i necessari controlli e passaggi procedurali⁴². Nel caso in esame il paziente versava in stato di incoscienza permanente (stato vegetativo) e veniva idratato e alimentato artificialmente. Dopo una lunga controversia dinnanzi alle Corti francesi, la questione si era ridotta a quella della compatibilità o meno con il diritto alla vita di cui all'articolo 2 della Convenzione EDU della norma dell'ordinamento francese che autorizza i medici ad interrompere trattamenti medici "irragionevolmente ostinati" (il Consiglio di Stato francese propendeva per la compatibilità tra le due norme, a patto che il procedimento garantisse sia l'accertamento dell'irreversibilità della condizione, che l'accertamento della volontà pregressa del paziente, oltre che l'acquisizione delle posizioni in punto dei familiari).

La Corte EDU, con la pronuncia in esame, ha sostanzialmente confermato la lettura del Consiglio di Stato, affermando che la sospensione dei trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale (cosiddetta "eutanasia passiva") non causa la morte del paziente, ma semplicemente non impedisce la morte per cause naturali che comunque interverrebbe. In questo senso, la questione rientra nel margine di apprezzamento degli Stati membri.

La vicenda del caso *Lambert* è tuttavia proseguita, in quanto dopo una pioggia di ricorsi i medici, nel maggio di quest'anno, avevano effettivamente interrotto l'alimentazione e idratazione artificiali, ma un provvedimento d'urgenza della Corte di Appello di Parigi ha ordinato, il giorno stesso, che tali trattamenti fossero ripristinati in attesa del parere del Comitato delle Nazioni Unite per la tutela dei diritti delle persone con disabilità, che stava esaminando il caso. Infine, l'uomo è morto nel luglio di quest'anno, a seguito della revoca da parte della Cassazione francese della sospensiva che impediva l'interruzione delle terapie.

Le questioni non sono meno complesse nel panorama comparato, e basti pensare, oltre ai già menzionati casi della Francia e della Svizzera, al recente caso *Charlie Gard* nel Regno Unito, che ha visto scontrarsi in un'aspra battaglia giudiziaria i genitori di un infante afflitto da una grave malattia degenerativa normalmente fatale che tuttavia non desideravano interrompere le cure (anche sperimentali) a cui era sottoposto, nonostante i medici che seguivano il piccolo paziente, che ritenessero che la condizione fosse giunta a un punto tale per cui ogni ulteriore tentativo di cura sarebbe stato futile e foriero di ulteriori inutili sofferenze. In ultimo (e dopo che la Corte EDU aveva dichiarato inammissibile il loro ricorso), i genitori acconsentivano alla sospensione dei trattamenti che tenevano in vita artificialmente il figlio.

4. L'ordinamento italiano

Nell'ordinamento italiano la dottrina si è a lungo interrogata circa la relazione intercorrente tra suicidio (come l'atto con cui un individuo si procura volontariamente e consapevolmente la morte⁴³), autodeterminazione e vita umana, e dunque in merito al bilanciamento tra diritto all'autodeterminazione individuale e diritto alla vita.

Parte della dottrina aveva rinvenuto nell'articolo 5 c.c., che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo laddove essi cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica (o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume), un divieto di disporre

⁴² Cfr. *Lambert and Others v. France*, [GC], App. no. 46043/14, 5.06.2015. Sul caso si veda C. CASONATO, *Un diritto difficile. il caso "Lambert" fra necessità e rischi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 9, 2015.

⁴³ Si veda S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 236.

della propria vita. In altri termini, se l'individuo non può validamente disporre della propria integrità fisica, a maggior ragione egli non potrà validamente disporre della propria vita⁴⁴.

Altre impostazioni hanno sottolineato, per converso, come una lettura della norma originariamente "organicista" di cui all'articolo 5 c.c. attraverso il prisma dei principi fondamentali riconosciuti dalla Costituzione repubblicana dovrebbe inevitabilmente ampliare la sfera di signoria dell'individuo sul proprio corpo e, conseguentemente, finanche sulla propria vita⁴⁵.

Secondo l'impianto codicistico penale – che risale all'era pre-Repubblicana – il suicidio, così come gli atti di disposizione del proprio corpo che comportino una lesione permanente, era visto sfavorevolmente dal legislatore, che tentava quindi di reprimere il fenomeno attraverso la legislazione penale⁴⁶. L'ordinamento prevede pertanto espressamente, all'articolo 580 del codice penale, il reato di istigazione o aiuto al suicidio, oltre che, all'articolo 579 del codice penale, il reato di omicidio del consenziente.

È però importante sottolineare sin da ora che la sanzione non si estende al suicida stesso: è possibile il tentativo di fermarlo, ma laddove egli tenti di uccidersi senza riuscirvi, non incorrerà in alcuna responsabilità penale⁴⁷. I tentativi giurisprudenziali di lettura restrittiva delle norme in esame (per cui l'aiuto al suicidio penalmente rilevante sarebbe solo quello che comporti un rafforzamento della volontà suicidiaria⁴⁸) si sono peraltro infrante sull'argine della Corte di Cassazione, che ha ritenuto invece penalmente rilevante anche il mero aiuto materiale⁴⁹.

Il disfavore ordinamentale è tale che la sanzione non colpisce il solo aiuto al suicidio, ma anche altre condotte che possano in qualche modo agevolare o diffondere tale pratica: sono quindi vietate anche le pubblicazioni e le trasmissioni radiotelevisive a contenuto impressionante, tali da poter diffondere il fenomeno, ovvero la pubblicazione a mezzo stampa di ritratti di suicidi⁵⁰.

Secondo la ricostruzione classica, pertanto, dall'irrinunciabilità del diritto alla vita di cui all'articolo 2 Cost. e dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori non imposti per legge di cui all'articolo 32 Cost. discende la conseguenza che non esiste nel nostro ordinamento costituzionale un "diritto al suicidio" dell'individuo⁵¹. Secondo tale impostazione, dunque, il suicidio non è neppure una libertà, e quindi un comportamento non vietato, ma piuttosto un "comportamento giuridicamente tollerato", con riferimento però soltanto al soggetto che tenti di suicidarsi, e non invece anche ad eventuali soggetti ulteriori che abbiano contribuito alla sua determinazione⁵².

Altre e più recenti ricostruzioni dottrinali hanno invece sottolineato come una lettura del diritto alla salute di cui all'articolo 32 Cost. attraverso i principi personalista, pluralista e di dignità umana riconosciuti dall'articolo 2 Cost. dovrebbe inevitabilmente portare a riconoscere il più ampio

⁴⁴ Si vedano sul tema: L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1995, 734; M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche: capacità, status, diritti*, Torino, Giappichelli, 2014, 46.

⁴⁵ Sulla disponibilità del corpo si veda, per tutti, R. ROMBOLI, *I limiti della libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" e in quello "passivo"*, in *Il Foro italiano*, 1991.

⁴⁶ Si vedano: V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Torino, UTET, 1985, 111 ss.; P. NUVOLONE, *Linee fondamentali di una problematica del suicidio*, in AA. VV. *Suicidio e tentato suicidio in Italia, Rapporto della Commissione di studio del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale (CNPDS)*, Milano, Giuffrè, 1967, 391.

⁴⁷ Sull'inefficacia deterrente della sanzione penale con riferimento al suicidio si veda già C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di P. Calamandrei, Firenze, Le Monnier, 1965.

⁴⁸ Cfr. Corte d'Assise di Messina, sentenza del 10 giugno 1997.

⁴⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. I, sentenza n. 3174 del 12 marzo 1998.

⁵⁰ Così S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 237, che porta ad esempio l'articolo 14 della legge n. 47/1948 o l'articolo 30 della legge n. 223/1990, o ancora l'articolo 114 del TULPS.

⁵¹ Si veda S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 237.

⁵² *Ibidem*.

marginale possibile di disponibilità dell'individuo sul proprio corpo e finanche sulla propria vita⁵³. Secondo questa prospettiva, il suicidio dovrebbe essere quindi considerato non più come un atto illecito e disapprovato dall'ordinamento, o come un atto tollerato, bensì come atto "neutro" sotto il profilo della liceità dello stesso⁵⁴.

Diversa è invece la questione con riferimento al tema dell'eutanasia (passiva o attiva).

Fermo evidentemente il divieto di eutanasia non volontaria (laddove non sia stato il paziente a richiederla, o a manifestare preventivamente la propria volontà in tal senso), che integrerebbe ex articolo 575 c.p. la fattispecie di reato di omicidio puro e semplice, neppure può ritenersi lecita, allo stato, l'eutanasia attiva, e dunque il comportamento del medico che cagioni la morte del paziente su espressa richiesta di quest'ultimo, fattispecie che integrerebbe il reato di omicidio del consenziente di cui all'articolo 579 c.p.⁵⁵.

Con riferimento all'eutanasia attiva, si è sostenuto che essa sarebbe sempre vietata in virtù della prevalenza del principio di dignità umana sull'autodeterminazione individuale⁵⁶. L'impostazione contraria ritiene che l'imposizione di un "quasi-dovere" di vivere in nome della dignità umana sia fondata in impostazioni di tipo paternalistico che esulano da una lettura moderna della trama dei principi e dei diritti costituzionali fondamentali⁵⁷.

Per quanto riguarda invece l'eutanasia passiva, deve ormai ritenersi che, alla luce delle evoluzioni dottrinali e giurisprudenziali sopraccitate, essa possa discendere legittimamente dal rifiuto di un trattamento sanitario da parte dell'interessato. Si è infatti condivisibilmente osservato, in dottrina e in giurisprudenza, che il rifiuto delle cure non implicherebbe il riconoscimento di un "diritto a morire", bensì di un diritto a lasciarsi morire non impedendo il naturale decorso di una malattia, attraverso un comportamento che è pertanto passivo o omissivo⁵⁸. In particolare, appare ormai necessario ricondurre l'idratazione e l'alimentazione artificiale nell'ambito di quei trattamenti sanitari previsti dall'articolo 32 Cost. che il paziente può liberamente rifiutare, e non invece nell'ambito degli "atti dovuti eticamente"⁵⁹. Infine, a maggior ragione dovrebbe ritenersi lecita l'eutanasia passiva in casi di "accanimento terapeutico", e dunque laddove le terapie poste in essere siano inutili⁶⁰.

⁵³ Si vedano sul tema: C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, Giappichelli, 2009; A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, Raffaello Cortina, 2001; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007; R. ROMBOLI, *I limiti della libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" e in quello "passivo"*, cit.

⁵⁴ Si vedano sul tema: S. CANESTRARI, *Biodiritto (diritto penale)*, cit.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, cit., 150 ss.; M. NISTICÒ, *Il suicidio come "indifferente giuridico" fra diritto alla vita e tutela della libertà di autodeterminazione*, in *Il Foro italiano*, n. 9, 2009.

⁵⁵ Si veda anche l'art. 36 del codice di deontologia medica che dispone che "il medico, anche su richiesta del malato, non deve effettuare né favorire trattamenti diretti a provocarne la morte".

⁵⁶ Si veda G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014.

⁵⁷ Si veda G. GEMMA, *Dignità ed eutanasia: non c'è antitesi. Note a margine di un'opera recente di una costituzionalista cattolica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 2016.

⁵⁸ Cfr. v. Cass. civ., n. 21748/2007. Si veda S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 240. Sul tema si veda inoltre A. D'ALOIA, *Il diritto di rifiutare le cure e la fine della vita. Un punto di vista costituzionale sul caso Englaro*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2009. Per una prospettiva comparata si veda inoltre J. LUTHER, *The judge's power over life and death*, cit., 11 ss.

⁵⁹ Sul tema si vedano C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in S. Rodotà, P. Zatti, *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011, 64 ss. Sul dibattito in materia si vedano, inoltre: G. BATTIMELLI, *Nutrizione ed idratazione artificiale (NIA) nei documenti di alcune società scientifiche: una riflessione bioetica*, in *Medicina e morale*, n. 3, 2011; A. SCALERA, *Alimentazione e idratazione artificiale*, in *Studium iuris*, n. 4, 2009; E. COLOMBETTI, *Alimentazione e idratazione artificiale come problema di giustizia*, in *Medicina e morale*, (www.medicinamorale.it/), n. 6, 2009.

⁶⁰ Sul tema si veda G. RAZZANO, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org/>), n. 3, 2015.

La Corte costituzionale ha del resto affermato, in punto, che “l’individuo può rifiutare trattamenti medici e la sua volontà consapevole deve essere rispettata anche quando il rifiuto riguardi terapie salvavita e tutto ciò vale non solo nel rapporto tra Stato e cittadini, ma anche tra privati ovvero il paziente e il suo medico, che dovrà attenersi alla volontà del malato come regola generale”⁶¹. Non esiste, quindi, nel nostro ordinamento un “obbligo alla salute” o un “obbligo alla vita”⁶², salvo i casi espressamente previsti dalla Costituzione, e dunque sostanzialmente in caso di pericolo per la salute collettiva⁶³ o nell’adempimento del dovere di difesa della patria⁶⁴.

Con il caso di Piergiorgio Welby l’autorità giudiziaria ha dovuto affrontare il caso dell’eutanasia passiva in cui, pur essendo chiaramente espressa la volontà del malato di porre fine alla propria esistenza, era comunque necessaria un’azione positiva di un soggetto terzo ai fini di interrompere i trattamenti che lo tenevano artificialmente in vita, non essendo egli in grado di interromperli autonomamente, e in particolare di staccarsi dal respiratore che lo ventilava artificialmente⁶⁵. Il problema era, in primo luogo, l’eventuale responsabilità penale del sanitario che provvedesse al distacco: fermo che ove il distacco fosse stato autonomo non vi sarebbe stata condotta illecita, occorreva comprendere come si configurasse giuridicamente la condotta di chi si sostituisce materialmente al paziente, dando seguito alla sua volontà ma concorrendo di fatto nella sua morte. L’autorità giudiziaria ha risolto la complessa questione ritenendo che il medico che provveda al distacco del respiratore stia adempiendo a un dovere, e debba pertanto andare esente da responsabilità penale in virtù della scriminante di cui all’articolo 51 c.p. Dopo una prima imputazione coatta disposta dal GIP (che non accoglieva la richiesta di archiviazione formulata dal PM), il GUP dichiarava non luogo a procedere con riferimento alla posizione del sanitario che aveva provveduto nel caso di specie⁶⁶.

La giurisprudenza ha dovuto compiere un ulteriore sforzo ricostruttivo nel caso di Eluana Englaro, trovandosi a decidere del caso in cui la volontà del paziente di rifiutare i trattamenti che lo tengono in vita artificialmente non sia attuale, ma sia stata espressa prima del verificarsi della malattia incapacitante (nel caso di specie la ragazza versava in stato vegetativo irreversibile da oltre quindici anni) e sia quindi portata avanti dal tutore (nella specie, il padre della ragazza)⁶⁷. La Corte di Cassazione ha ritenuto che il trattamento di idratazione e alimentazione artificiale potesse essere interrotto, in una situazione siffatta, a patto che “la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima

⁶¹ Cfr. Corte cost. sentt. nn. 88/1979; 161/1985; 307/1990; 471/1990; 118/1996; 238/1996 e 257/1996.

⁶² Si vedano sul tema: C. TRIPODINA, *Articolo 32*, cit.; A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. cost.*, n. 5, 1996; M. COSULICH, *La salute fra diritto dell’individuo e interesse della collettività: la questione della responsabilità individuale nella sanità*, 2006, disponibile all’indirizzo telematico <http://www.provinz.bz.it/>.

⁶³ Si veda S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 234 ss.

⁶⁴ È questo il caso, che peraltro non appare più forse del tutto compatibile con un’interpretazione evolutiva dei principi costituzionali sinora richiamati, della mutilazione della propria persona ai fini di sottrarsi al servizio militare (libro II, titolo II, capo IV e articolo 242 del codice penale militare di pace e articoli 112 e 115 del codice penale militare di guerra). Si veda P. CURATOLA, *Automutilazione (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, Giuffrè, 1959.

⁶⁵ Cfr. Trib. Roma, decisione del 15.12.2006.

⁶⁶ Sul caso si vedano: A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, cit.; P. VERONESI, *Sul diritto a rifiutare le cure salvavita prima e dopo il caso “Welby” - una replica*, cit.; F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a “essere lasciati morire in pace”?* *Considerazioni a margine del caso Welby*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2007; V. POCAR, *Il caso di Piergiorgio Welby e il diritto di autodeterminazione del malato*, in *I diritti dell’uomo*, n. 2, 2007.

⁶⁷ Sul caso si vedano: S. CANESTRARI, F. MANTOVANI, A. SANTOSUOSSO, *Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro*, in *Criminalia*, 2009; F. G. PIZZETTI, *Sugli ultimi sviluppi del caso Englaro: limiti della legge e progetto di vita*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2009; T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2009; M. LUCIANI, *L’emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2009.

possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno” e che la richiesta formulata dal tutore “sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l’idea stessa di dignità della persona”⁶⁸.

La sentenza in esame non è andata esente da critiche dottrinali, e in particolare essa è stata criticata con riferimento da un lato al supposto principio di indisponibilità della vita umana, e dall’altro al principio di precauzione, per cui l’unica volontà valida del paziente, sulle decisioni del fine vita, dovrebbe essere quella attuale, non potendo rilevare quella pregressa manifestata in situazioni di fatto radicalmente differenti⁶⁹. Ancor più problematica, secondo la ricostruzione in esame, la fattispecie in cui la volontà pregressa non sia neppure riconducibile univocamente al paziente, ma sia invece riferita da un soggetto terzo (come nel caso Englaro). In altri termini, decisioni di questo tipo potrebbero essere prese solo e soltanto da chi si trovi realmente a vivere le complesse situazioni di cui si è detto, poiché proprio tali esperienze possono profondamente cambiare l’approccio individuale a temi come il fine vita e la dignità umana⁷⁰.

Le conclusioni a cui è in ultimo giunta la Corte di Cassazione appaiono tuttavia conseguenza della necessità di colmare una grave e perdurante lacuna ordinamentale in presenza di una prolungata inerzia del legislatore, ai fini di dare risposta alle esigenze individuali in un caso concreto, e del resto tali conclusioni sembrano corroborate sia dalle fonti del diritto internazionale convenzionale (la già menzionata Convenzione di Oviedo)⁷¹.

I casi sinora menzionati di decisione sul fine vita sono occorsi prima che nel nostro ordinamento venisse approvata una legge sul testamento biologico e, anzi, hanno sollecitato in vario modo opinione pubblica e, a fatica, il legislatore ad intervenire in materia dopo anni di effettivo vuoto legislativo.

Il Parlamento italiano ha quindi infine approvato, non senza colpevole ritardo, la legge n. 219 del 22 dicembre 2017, recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”. La legge ha tentato di dare una sistemazione compiuta e organica ad alcune (non tutte) delle questioni problematiche relative al fine vita, recependo in molti casi i migliori approdi della giurisprudenza sopradescritta⁷².

Nonostante la legge n. 219/2017 abbia rappresentato un indubbio passo in avanti del legislatore verso una progressiva regolamentazione delle questioni del fine vita, molte situazioni problematiche restano “scoperte” e tutt’oggi esulano dall’ambito di applicazione della normativa vigente, con la naturale conseguenza che, ancora una volta, dovrà essere l’autorità giudiziaria a colmare il vuoto

⁶⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. I, sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007.

⁶⁹ Per le letture più critiche del caso e dell’intervento dell’autorità giudiziaria si vedano: M. L. DI BITONTO, *Sulla decisione del giudice del caso Englaro e sulle sue implicazioni*, in *Ragiusan*, 2009; P. BECCHI, *L’imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 3, 2009.

⁷⁰ Sul dibattito sull’effettivo accertamento delle volontà del paziente e sulle complesse questioni costituzionali a esso sottese si vedano le ampie riflessioni in F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, cit., *passim*.

⁷¹ L’articolo 9 della Convenzione stabilisce che “i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente, che, al momento dell’intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà, saranno tenuti in considerazione”.

⁷² Sulla legge in esame si vedano: C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un “modus moriendi” che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018; A. SANTOSUOSSO, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), n. 1, 2018; C. CASONATO, *Forum: la legge n. 219 del 2017, norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità, ibid.*

normativo, come spesso accade del resto con riferimento alle questioni maggiormente innovative o controverse⁷³.

4.1. Il “caso Cappato” e l’ordinanza n. 207/2018.

Ciò è emerso con drammatica attualità nel recente caso di Fabiano Antoniani (noto con il nome d’arte di “DJ Fabo”)⁷⁴, giovane che divenne tetraplegico e cieco in seguito a un incidente automobilistico, rimanendo in una condizione che egli descriveva come insopportabile, anche a causa della non autonomia nella respirazione e nell’alimentazione, oltre che dei costanti e intensi spasmi e dolori che provava quotidianamente. L’attivista ed esponente politico radicale Marco Cappato, entrato in contatto con la famiglia dell’Antoniani, gli forniva informazioni circa le pratiche di “suicidio assistito” in Svizzera e, dietro richiesta di quest’ultimo, lo trasportava in macchina fino a una clinica in detto Paese, dove egli si sottoponeva a una procedura di eutanasia “attiva” (suicidio medicalmente assistito), legale in quell’ordinamento.

La Procura di Milano, dopo avere aperto un fascicolo sul caso, chiedeva l’archiviazione (sostenendo una lettura restrittiva dell’articolo 580 c.p. per cui l’aiuto al suicidio rilevante sarebbe solo quello prestato nella “fase esecutiva” della volontà suicidiaria, e non anche in quella meramente prodromica), e in subordine che fosse sollevata questione di costituzionalità del reato di aiuto al suicidio⁷⁵. Il GIP tuttavia rigettava la richiesta, disponendo invece l’imputazione coatta per il reato di aiuto al suicidio ex articolo 580 c.p. per avere Cappato rafforzato il proposito di suicidarsi di Fabiano Antoniani, e più precisamente prospettandogli la possibilità di ricorrere al suicidio assistito in Svizzera, mettendolo in contatto con la clinica Dignitas (che gli aveva fornito materiale informativo) e trasportandolo fisicamente presso quest’ultima. L’articolo 580 c.p. punisce infatti, oltre a chi istighi un’altra persona al suicidio, chiunque ne agevoli “in qualsiasi modo” il suicidio⁷⁶.

Si celebrava pertanto il processo dinnanzi alla Corte di Assise di Milano, al termine del quale la Procura chiedeva l’assoluzione dell’imputato. La Corte riteneva tuttavia di dover sollevare questione di costituzionalità del reato di cui all’articolo 580 c.p., poiché se è vero che Cappato non aveva rafforzato l’intento di commettere suicidio di Fabiano Antoniani (intento che era già maturato autonomamente in un tempo antecedente al contatto con l’imputato), dovendosi quindi escludere

⁷³ Osserva M. DOGLIANI, *Introduzione*, in M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Milano, Giuffrè, 2012, 2, che ciò accade frequentemente per quei casi che si collocano “sui confini del compromesso costituente”.

⁷⁴ Ma si pensi anche ai recenti casi “stranieri”, come quello di Charlie Gard. Su tali casi si veda D. SERVETTI, *Dopo Charlie e gli altri “casi Gard”, ripartiamo da alcune domande*, in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2018.

⁷⁵ Cfr. Procura della Repubblica di Milano, Richiesta di Archiviazione del 26 aprile 2017, proc. 9609/2017 R.G.N.R., PP. MM. Siciliano e Arduini, indagato Cappato. Si veda sulla richiesta in esame 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* (www.penalecontemporaneo.it), n. 5, 2017.

⁷⁶ Cfr. ordinanza del G.I.P. di Milano, 10 luglio 2017, Giud. Gargiulo, Imp. Cappato. Sull’ordinanza in esame si veda P. BERNARDONI, *Aiuto al suicidio: il G.I.P. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l’imputazione di Marco Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), nn. 7-8, 2017. Si noti, peraltro, che la condotta di chi si limiti ad accompagnare qualcuno presso una clinica svizzera ai fini di mettere in atto un suicidio assistito era stata ritenuta penalmente irrilevante, con riferimento proprio all’articolo 580 c.p., dal Tribunale di Vicenza solo pochi anni prima. Cfr. Tribunale di Vicenza, sentenza del 02 marzo 2016.

la sussistenza del reato di istigazione al suicidio, egli ne aveva indubbiamente agevolato la condotta suicidiaria, dovendosi quindi astrattamente ritenersi sussistente il reato di aiuto al suicidio⁷⁷.

La Corte riteneva tuttavia che il reato di aiuto al suicidio dovesse essere sospettato di incostituzionalità nella parte in cui esso incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio, ritenendo tale norma contrastante con gli articoli 2, 13 comma 1 e 117 Cost. (quest'ultimo in relazione agli articoli 2 e 8 della CEDU secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo), nonché nella parte in cui esso prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 [recte: 12] anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, ritenendo tale norma contrastante con gli articoli 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost.⁷⁸.

La questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale in un primo momento con l'ordinanza n. 207/2018, con cui la Consulta ha ritenuto che dall'articolo 2 Cost. (e, similmente, dall'articolo 2 CEDU) discenda un dovere in capo allo Stato di tutelare la vita di ogni individuo, ma che non si possa trarre da tali disposizioni il dovere speculare e contrapposto di riconoscere all'individuo il diritto di ottenere dallo Stato o da altri soggetti terzi un vero e proprio "aiuto a morire"⁷⁹. In questa prospettiva la norma penale di cui all'articolo 580 c. p. è finalizzata alla protezione di interessi meritevoli di tutela nell'ordinamento costituzionale, e più precisamente alla protezione della vita della persona umana. Conseguentemente, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta costituzionalmente illegittima.

La Consulta ha ritenuto tuttavia che sia un caso particolare, per il quale può essere introdotto un trattamento differenziato ex articolo 3 Cost., quello della persona che sia: (a) affetta da una patologia irreversibile; (b) sottoposta a sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili; (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale; (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli. In un caso del genere, infatti, l'assistenza di soggetti terzi per porre fine alla propria vita diviene per il malato l'unica strada percorribile per sottrarsi a un mantenimento in vita artificiale non voluto che egli ha il diritto di rifiutare ex articolo 32 Cost., in accordo con il proprio concetto soggettivo della propria dignità. Con le parole della Corte, "il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturite dagli articoli 2, 13 e 32 comma 2 Cost., imponendogli un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive".

La Corte non ha ritenuto, tuttavia, di poter intervenire direttamente ai fini di porre rimedio alla situazione attraverso "la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena

⁷⁷ Cfr. Corte d'Assise di Milano, ord. 14 febbraio 2018, Pres. Mannucci Pacini, Giud. Simi De Burgis, Imp. Cappato. Sull'ordinanza in esame si veda M. FORCONI, *La Corte d'Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), n. 2, 2018.

⁷⁸ Per un'ampia ricostruzione dei contenuti dell'ordinanza e delle questioni giuridiche a essa sottese si vedano: R. ROMBOLI, *In tema di istigazione al suicidio*, in *Il Foro italiano*, n. 6, 2018; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?* in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 14 giugno 2018.

⁷⁹ Sul tema si vedano: U. VERONESI, *Il diritto di morire. La libertà del laico di fronte alla sofferenza*, Milano, Mondadori, 2006; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano d'altri"*, in *BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>), 2018.

descritte". Una soluzione siffatta avrebbe infatti creato un vuoto legislativo nel quale, essa paventa, potrebbero trovare spazio forme di abuso.

La Corte ha conseguentemente affermato che quelli che essa definisce "delicati bilanciamenti" – che le questioni del fine vita necessariamente sottintendono – spettino *in primis* al Parlamento in quanto detentore del potere legislativo, dal momento che il compito della Corte è quello di verificare *ex post* la costituzionalità delle scelte operate dal legislatore.

La Consulta, "onde evitare che la norma possa trovare, in parte qua, applicazione *medio tempore*, lasciando però, pur sempre, al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità – ferma restando l'esigenza di assicurare la tutela del malato nei limiti indicati dalla presente pronuncia" ha deciso di intervenire "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale: ossia di disporre il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019, in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela".

La pronuncia in esame è stata oggetto di alcune critiche da parte della dottrina, che l'ha definita "pilatesca"⁸⁰, "attendista"⁸¹, ovvero come ordinanza "a incostituzionalità differita"⁸². Secondo tale lettura, la Consulta avrebbe deliberatamente scelto una strada "attendista", consentendo la sopravvivenza di una norma che essa ritiene incostituzionale (se non altro secondo l'interpretazione del giudice *a quo*, e dunque nel diritto vivente) ai fini di evitare un'invasione delle competenze legislative del Parlamento, evitando così l'accendersi di un nuovo scontro sull'usurpazione (o presunta tale) della funzione di produzione normativa da parte dei Giudici.

Altra dottrina, in senso opposto, ha criticato un'"invasione di campo" da parte della Consulta, che avrebbe inteso "forzare la mano" del legislatore, indicando una strada ben precisa per il prossimo esercizio della discrezionalità politica, strada giudicata pericolosa in quanto volta a legalizzare, in ultima analisi, forme di suicidio assistito⁸³. In questi termini, secondo la tesi in esame, sarebbe illegittima la riduzione del margine di discrezionalità goduto dal legislatore per mano della Consulta, che avrebbe di fatto già operato a monte la scelta valoriale sottesa al prossimo esercizio del potere legislativo.

Posto che, in effetti, in punto di diritto sarebbe stata forse più opportuna una sentenza interpretativa di rigetto, interpretativa di accoglimento, ovvero finanche manipolativa, la Corte sembra aver voluto avere cura di non invadere l'ambito di discrezionalità politica del legislatore, specie su di un tema etico particolarmente sensibile. A tal fine, essa ha adottato una soluzione particolarmente creativa, e ha utilizzato lo strumento del "monito al legislatore" subordinandolo però a un termine per provvedere, come avviene in altri ordinamenti europei e del mondo occidentale (ad esempio Germania, Canada) ma non, fino a oggi, nella giustizia costituzionale italiana⁸⁴.

Va inoltre osservato che la peculiare soluzione adottata in ultimo dalla Corte potrebbe forse essere ritenuta sintomatica di una divisione interna alla stessa su di un tema particolarmente

⁸⁰ In questo senso A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2018/III, 568.

⁸¹ In questo senso U. ADAMO, *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 23 novembre 2018.

⁸² In questo senso M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 19 novembre 2018.

⁸³ Si veda sul tema G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), n. 1, 2019.

⁸⁴ Si vedano: J. LUTHER, *The judge's power over life and death*, cit.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit.

complesso e sensibile sotto il profilo etico-morale, che non può comprensibilmente lasciare immuni neppure i giudici costituzionali.

Appariva peraltro quasi certo sin dal principio come fosse assolutamente probabile che, il legislatore non avrebbe provveduto a riformare la materia secondo i principi di diritto che la Corte aveva posto entro la data fissata per l'udienza.

A prescindere dalle pur comprensibili critiche che sono state mosse alla pronuncia in esame, resta il fatto che, in una congiuntura politica e sociale in cui il circuito delle decisioni democratiche nell'ambito della rappresentanza politica risulta fortemente delegittimato presso il corpo sociale⁸⁵, la scelta della Consulta di tentare di valorizzare, almeno in prima battuta, il ruolo del legislatore può risultare certamente apprezzabile. Il ruolo "supplente" e "residuale" che la Consulta ha disegnato per sé stessa nel caso di specie, se letto in questa prospettiva, non sembra privo, in questa prospettiva, di alcuni apprezzabili profili di prudenza e sensibilità istituzionale.

4.2. La sentenza n. 242/2019.

Come prevedibile, il legislatore (complice anche la crisi di Governo dell'estate 2019) non è stato in grado di rispettare la scadenza indicata dalla Consulta con l'ordinanza n. 207/2018. La Corte costituzionale si è dunque definitivamente espressa sulla questione con la sentenza n. 242/2019⁸⁶.

In primo luogo, va osservato che la Corte conferma preliminarmente gli approdi e i principi cristallizzati nell'ordinanza n. 207/2018, così dirimendo un dubbio che pure era sorto in dottrina in merito alla vincolatività (o meno) dell'ordinanza stessa con riferimento alla successiva sentenza. In altri termini, ci si era chiesti se la Consulta avrebbe potuto, con la sentenza, offrire una soluzione diversa da quella già prospettata con l'ordinanza con cui veniva disposto il rinvio. La Corte ha risposto (anche se implicitamente) negativamente al quesito, mostrando di ritenersi vincolata alla ricostruzione giuridica preliminare operata con l'ordinanza n. 207/2018, così lasciando prefigurare quasi una formazione progressiva del giudicato costituzionale.

La Corte conferma inoltre l'impossibilità, già rilevata con l'ordinanza n. 207/2018, di intervenire con una sentenza ablativa, posto che ciò porterebbe, di fatto, alla creazione di un vuoto legislativo che lascerebbe prive di regolazione situazioni estremamente sensibili, potendo verificarsi finanche dei veri e propri abusi.

La Corte prende infine atto del fatto che, nonostante il rinvio e il considerevole lasso di tempo da essa concesso, il legislatore sia rimasto sostanzialmente inerte. Ciò giustifica l'intervento della Consulta, che si conferma dunque "supplente" e "residuale" rispetto a quello del Parlamento. In altri termini, secondo la motivazione in esame, l'inerzia del legislatore a fronte di una sorta di "messa in mora" da parte della Corte assurge a condizione per un intervento della Consulta che travalica i limiti che essa stessa normalmente si impone, valendo a conferirle una sorta di potere che di fatto finisce per essere, come si vedrà, "quasi-normativo".

⁸⁵ Sia consentito, sul tema, il rinvio a P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in P. Bilancia (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁸⁶ Sulla sentenza in esame si vedano i primi commenti di: A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme* (www.giustiziainsieme.it), 24 novembre 2019; C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), n. 12, 2019; G. BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento «costituzionalmente obbligato» del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), n. 1, 2020.

La Corte deve quindi introdurre una nuova disciplina, necessariamente transitoria (in attesa dell'auspicato intervento del legislatore) che regolamenti l'accesso al suicidio assistito individuando i casi in cui esso non integra il reato di cui all'articolo 580 c.p. e il procedimento per l'accertamento della sussistenza dei necessari requisiti.

Per fare ciò la Consulta individua un "punto di riferimento" nella già citata legge n. 219/2017, e in particolare negli articoli 1 e 2 della stessa, che già pongono le modalità di accertamento "della capacità di autodeterminazione del paziente e del carattere libero e informato della scelta espressa".

Si applicano quindi anche al suicidio assistito le norme di cui al comma 4 dell'articolo 1 della legge n. 219/2017, e pertanto la manifestazione di volontà deve essere acquisita "nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente" e documentata "in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare", per poi essere inserita nella cartella clinica. Ciò, "[f]erma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà": il che peraltro, rileva la Corte, nel caso dell'aiuto al suicidio, è insito nel fatto stesso che l'interessato conserva, per definizione, il dominio sull'atto finale che innesca il processo letale.

Si applica altresì il comma 5 del medesimo articolo, e dunque il medico deve prospettare al paziente "le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative", promuovendo "ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica". È in questa fase che deve altresì essere accertato il "carattere irreversibile della patologia", da indicarsi nella cartella clinica contestualmente all'avviso al paziente circa le conseguenze dell'interruzione del trattamento vitale e le possibili alternative.

La verifica delle condizioni sopra menzionate deve essere necessariamente svolta da "strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale", che devono altresì "verificare le relative modalità di esecuzione", che garantiranno che non abbiano luogo abusi in danno di soggetti deboli.

Una funzione consultiva è inoltre affidata ai comitati etici territorialmente competenti.

È garantita l'obiezione di coscienza, e la Corte specifica che la sentenza non produce alcun obbligo di assistere al suicidio (alle condizioni sopra descritte) in capo al medico.

La complessa procedura disegnata dalla Consulta vale solo per il futuro, e del resto i requisiti, per la loro precisione di dettaglio, non risulterebbero mai in concreto soddisfatti da condotte antecedenti alla sentenza stessa. Perciò per i casi precedenti alla sentenza (come appunto il caso di DJ Fabo) viene devoluto caso per caso all'autorità giudiziaria l'accertamento delle "condizioni del richiedente che valgono a rendere lecita la prestazione dell'aiuto – patologia irreversibile, grave sofferenza fisica o psicologica, dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e capacità di prendere decisioni libere e consapevoli – abbiano formato oggetto di verifica in ambito medico; che la volontà dell'interessato sia stata manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente con quanto è consentito dalle sue condizioni; che il paziente sia stato adeguatamente informato sia in ordine a queste ultime, sia in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all'accesso alle cure palliative ed, eventualmente, alla sedazione profonda continua".

5. Conclusioni

Anche con l'intervento della Consulta e (si auspica, in futuro) del legislatore, le problematiche in esame non sono destinate a trovare una stabile risoluzione, e ciò perché l'intersezione tra costituzionalismo, dignità umana e progresso tecnologico è, per sua definizione, estremamente

fluida⁸⁷. Sono quindi destinati ad emergere, continuamente, nuovi casi e nuove fattispecie che non erano stati previsti dal legislatore, e che necessiteranno del bilanciamento operato dalle Corti.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al recentissimo caso *Noa Pothoven*, ragazza olandese minorenni, vittima di violenza sessuale in tenera età, afflitta da una gravissima forma di depressione e di anoressia, che dopo avere tentato diverse volte il suicidio si è lasciata morire di inedia in casa, con il sostanziale benessere dei genitori e dei medici curanti. Gli interrogativi giuridici sono molteplici, e *in primis* sarà necessario valutare se sussista una responsabilità dei genitori e dei medici: avrebbero forse dovuto intervenire per evitare il decesso tenendo la ragazza in vita forzatamente (con trattamenti sanitari obbligatori)?

Il caso in esame pone inoltre l'ulteriore problema di come la questione eutanasia viene trattata nel dibattito pubblico e sociale. Inizialmente i media italiani hanno riportato infatti il caso come un caso di eutanasia attiva avallato dalle autorità olandesi. In realtà, è poi risultato che la richiesta della ragazza era stata invece respinta, perché gli esperti incaricati avevano intravisto dei margini di miglioramento, se fosse stata curata.

In generale, in ogni caso, sembra andare diffondendosi una tendenza del legislatore a "fuggire" dai temi maggiormente sensibili nel dibattito sociale. Tale tendenza appare sintomatica della crisi del circuito della rappresentanza, nota alla dottrina⁸⁸, ed è proprio la delicatezza dei temi ad avere giustificato di fatto, nelle motivazioni dell'ordinanza n. 207/2018 e della sentenza n. 242/2019, prima l'utilizzo evolutivo di strumenti innovativi quale il differimento con monito al legislatore, e poi un intervento della Consulta "quasi-legislativo", che pone una disciplina di dettaglio, generale e astratta, di una fattispecie tipizzata.

Tuttavia, il bilanciamento non può essere delegato stabilmente alle Corti, che possono fungere da valvola di sfogo solo in casi eccezionali. Quando la sofferenza del vigente sistema normativo non è più episodica ed emergenziale, ma strutturale, si impone un intervento che adegui la legislazione alla mutata sensibilità sociale.

È quindi della massima importanza che il Parlamento si riappropri del suo ruolo centrale con riferimento a scelte che possono essere certamente anche complesse e divisive sotto una pluralità di profili, ma che proprio per questo necessitano di uno spazio incompressibile per il contemperamento e il bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti nell'ambito della discrezionalità politica. Il recupero del rapporto tra corpo sociale e rappresentanti deve infatti passare necessariamente dalla capacità di questi ultimi di intercettare il cambiamento sociale.

In questo senso una nuova lettura evolutiva del diritto alla vita e della dignità umana impone quantomeno di aprire il dibattito sui temi del fine vita e dell'eutanasia. Il legislatore non può e non deve (come sembra per ora purtroppo intenzionato a fare quello italiano) ignorare la questione per timore delle ripercussioni elettorali.

⁸⁷ Sul tema si veda P. COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in *Rassegna parlamentare*, 2012.

⁸⁸ A. D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1, 2018; A. SPADARO, *Su alcuni rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1, 2017; G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), n. 3, 2017; M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001. Sia inoltre consentito il rinvio ai contributi ora raccolti in P. Bilancia (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2018.

ROBERTO ROMBOLI
Le unioni omoaffettive tra legislatori e giudici

SOMMARIO: 1. *La destinazione dello scritto*. – 2. Due premesse. – 3. A) *Unioni omoaffettive come formazioni sociali*. Il diritto politico: la mancanza di riferimenti alla omosessualità nelle previsioni delle Carte costituzionali del secondo dopoguerra. Il *soft law* e la Carta di Nizza. Dalla fase dell’“indifferenza” a quella della “tolleranza”. – 4. *Segue*: il diritto giurisprudenziale. Le unioni omoaffettive come rilevanti per la nozione di “vita familiare” ed il riconoscimento del “diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia”. La “pressione” della Corte costituzionale e della Corte Edu sul legislatore italiano. La legge 76/2016 sulle unioni civili. Dalla fase della “tolleranza” a quella del “riconoscimento”. – 5. B) *Unioni omoaffettive e matrimonio*. Il riferimento a “uomini e donne” nelle Carte costituzionali. Il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come soluzione non imposta, né vietata, ma lasciata alla scelta del legislatore. – 6. *Segue*. Le relazioni tra legislatori e Giudici costituzionali: 1) in caso di assenza di una disciplina del matrimonio omosessuale: le esperienze del Portogallo, dell’Italia e della Francia; 2) in caso di giudizio sulla legge che ha riconosciuto il matrimonio omosessuale: le esperienze del Portogallo, della Francia e della Spagna. Un elemento comune: il rispetto delle scelte del legislatore. – 7. C) *Unioni omoaffettive e adozione di minori*. La posizione del legislatore e quella della giurisprudenza (Corte Edu, *Tribunal constitucional* spagnolo, *Conseil constitutionnel* e Corte di cassazione). – 8. *Segue*. La c.d. *stepchild adoption*. La posizione della giurisprudenza italiana di merito e di legittimità in ordine all’applicazione dell’art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983 alle coppie dello stesso sesso. La posizione di “pesce in barile” del legislatore in occasione dell’approvazione della legge sulle unioni civili. – 9. *Segue*. L’accesso delle coppie omosessuali alle tecniche di PMA e la supposta discriminazione rispetto alle coppie etero conviventi. La questione di costituzionalità della l. 40/2004 e la risposta della Corte costituzionale. I limiti dell’intervento del Giudice costituzionale per rispetto delle scelte del legislatore: una soluzione “allo stato” ed alla luce “degli apprezzamenti correnti”. – 10. Una riflessione conclusiva.

1. La destinazione dello scritto.

Il presente lavoro, che rappresenta una rielaborazione di un intervento al Convegno dello scorso anno tenutosi a Catania sulle formazioni sociali a cura di Adriana Ciancio, è destinato agli scritti in onore di Lino Costanzo.

Negli ultimi anni mi sono trovato nella particolare condizione, che non nego mi ha procurato una particolare sensazione, di scrivere un lavoro destinato ad onorare amici, molto più che colleghi, che hanno terminato, per limiti di età, il loro servizio e con i quali ho avuto il piacere di condividere molti anni della carriera universitaria e dell’attività di ricerca.

Tra questi uno dei più cari in assoluto è certamente Lino Costanzo, che ho avuto modo di conoscere molti anni fa, quando collaborava, insieme a Giancarlo Rolla e Memmo Floridia, alla cattedra di diritto costituzionale allora tenuta da Federico Sorrentino.

La vicinanza tra Pisa e Genova ed il rapporto scientifico che Federico aveva con il mio Maestro, fecero sì che frequenti furono i momenti di incontro con Lino, che culminarono con la decisione di Pizzorusso di inviarmi quale “pisano” nella tana dei “genovesi” (nostri storici nemici) per partecipare ad una ricerca sulla giurisprudenza costituzionale. Si trattava di un metodo di ricerca quasi rivoluzionario, in quanto fondato su criteri informatici in anni in cui nessuno aveva minimamente sentito neppure parlare di computers o cose simili.

Forse anche da questo nascerà l'amore di Lino per l'informatica giuridica che lo porterà ad essere uno dei maggiori (a mio giudizio il maggiore) esperto dei principi costituzionali della materia.

Da quel momento le occasioni di incontro e collaborazione con Lino sono state davvero tantissime e per questo impossibili da ricostruire ed anche semplicemente da citare.

Mi piace però ricordare le diverse occasioni in cui insieme abbiamo partecipato, spesso anche con le rispettive famiglie, agli incontri del Gruppo di ricerca sulla giustizia costituzionale annualmente organizzate ad Aix-en-Provence da Luis Favoreu, la fondazione del Gruppo di Pisa, di cui Lino sarà apprezzato presidente e poi la partecipazione ai relativi incontri annuali, il commentario ai lavori della Commissione Bicamerale D'Alema (insieme a Ferrari, Floridia e Sicardi), l'organizzazione delle Giornate italo-spagnole-brasiliane, che ci ha portato a trascorrere insieme periodi sia in Spagna, sia in Brasile. Specie in un paio di occasioni "brasiliane" ho avuto modo di ricavare utili elementi proprio per il tema oggetto del presente scritto¹, come certamente Lino ricorda molto bene per avermi aiutato nella raccolta di materiali.

L'aspetto più rilevante che mi piace ricordare non è comunque quello scientifico, ma quello personale e direi familiare. Per alcuni anni siamo stati infatti insieme a fare una settimana bianca con mogli e figli, passando così anche serate a fare giochi a casa di uno dei due.

Anche in questi casi, e non solo sulle piste, era chiaro lo spirito competitivo di Lino. Ricordo che una sera ad uno dei giochi da tavolo durante il quale si confrontavano le famiglie Costanzo e Romboli, noi avemmo la meglio (i miei figli sono maggiori di alcuni anni). La mattina successiva, di primo mattino venne a trovarmi Lino con tre pagine di regole nuove che aveva scritto evidentemente durante la notte e che avrebbero permesso, come accadde, alla famiglia Costanzo di potersi aggiudicare il secondo scontro.

In altra occasione, sempre di ordine familiare, fummo per alcuni giorni in gita di piacere a Parigi ed in questo caso l'abilità del mio amico si mostrò nella organizzazione meticolosa dei tempi di visita del parco di Eurodisney, tale da poter concentrare in un solo giorno quello che noi facemmo in due giorni. L'efficienza portava anche a pagare i biglietti per un solo giorno, anziché per due (famosa parsimonia genovese!).

Un'esperienza che, per alcuni versi ricordo con vera angoscia per i tempi nei quali siamo stati costretti a lavorare, è stata quella della partecipazione alla commissione nazionale per le abilitazioni alla prima ed alla seconda fascia, nella quale mi trovai a subentrare al collega Paco Balaguer.

Credo di non aver mai lavorato così tanto e con tale intensità, ma a distanza di tempo l'angoscia lascia il posto ad un bellissimo ricordo quando penso al clima di armonia e di serenità nel quale abbiamo lavorato e che dobbiamo principalmente alla presidenza preziosa ed apprezzata di Lino.

Certamente, dati i numeri ed i tempi, forse abbiamo in quella occasione potuto compiere alcuni errori di valutazione, ma credo di poter dire che sempre abbiamo operato in maniera del tutto disinteressata e mai per aiutare o danneggiare qualcuno. Anche di questo penso dobbiamo essere grati al nostro presidente di commissione per il modo sempre trasparente con il quale ha condotto i nostri lavori.

La permanenza in servizio, per inarrestabili ragioni di tempo, cessa ad una determinata data, mentre l'amicizia e la stima non hanno scadenza, per questo sono contento, caro Lino, che noi e le nostre famiglie continuino a frequentarsi come avviene da anni, anche in occasioni (come quella recentissima all'abbazia di San Fruttuoso) che niente hanno a che fare con il diritto costituzionale, ma solo con l'amicizia e la stima.

¹ Cfr. G. VIDAL MARCILIO POMPEU, F. FACURY SCAFF (curr.), *Discriminação por orientação sexual, Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale*, Florianopolis, 2012.

2. Due premesse.

La esposizione del tema delle unioni omoaffettive tra legislatori e giudici richiede due brevi premesse a giustificare il metodo seguito e le finalità della mia riflessione sul tema.

La trattazione farà riferimento, come evidente, ad alcune importanti decisioni specialmente dei Giudici costituzionali nazionali e delle Corti sovranazionali. Da qui un problema preliminare che potrebbe porsi consiste nel decidere se tali Corti, dato il tema da trattare, siano da qualificare quali “giudici” oppure quali “legislatori”.

Specie negli ultimi anni non si è mancato ad esempio di rilevare come la posizione della Corte costituzionale si stia avvicinando sempre più a quella del legislatore e come l’“anima politica” stia decisamente prendendo il sopravvento su quella giurisdizionale.

Importanti e molto note decisioni, alcune delle quali saranno in seguito richiamate specificamente, hanno di recente fatto riferimento in modo esplicito alla necessità di porre in essere un’opera di collaborazione con il legislatore, quasi legittimando l’affermazione per cui la Corte sia ormai divenuta una sorta di terza camera, con conseguente spostamento del pendolo l’anima politica².

Mi riferisco, solo per fare qualche esempio, alle decisioni sulle leggi elettorali, sulla modulazione degli effetti temporali, sul caso Cappato, sulla prostituzione, sul divorzio imposto ed in ordine al fenomeno della omosessualità che vedremo più avanti.

Anche della Corte di giustizia della Unione europea si potrebbe dubitare la collocazione tra giudice e legislatore in ragione della concreta realizzazione delle sue competenze e della efficacia delle sue decisioni. Si pensi all’effetto vincolante delle interpretazioni del diritto dell’Unione contenute nelle sue pronunce, parificabili quindi quanto ad effetto ad una fonte del diritto, alla trasformazione della questione pregiudiziale di interpretazione in un controllo di comunitarietà delle leggi nazionali, con conseguente potere di disapplicazione da parte del giudice nazionale.

La Corte europea dei diritti dell’uomo con sempre maggiore frequenza è solita andare oltre il caso da decidere e fare affermazioni che vanno ad incidere su aspetti strutturali degli stati membri, valga per tutti l’utilizzo delle sentenze pilota e l’attività appena iniziata di “consulenza”, seppure non vincolante, ai sensi del protocollo XVI della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Si tratta, come noto, del problema assai dibattuto della natura dei Giudici costituzionali e delle Corti sovranazionali, il quale certamente non potrà essere esaminato, neppure in parte, in questa sede.

Il mio esame infatti avrà ad oggetto la presenza e l’influenza, nel riconoscimento dei diritti delle unioni omoaffettive, accanto ad un diritto politico, anche di un diritto giurisprudenziale o “culturale”, come lo ha definito Alessandro Pizzorusso, dando assolutamente per pacifica l’esistenza di entrambe le forme di produzione normativa.

A questo fine pertanto la distinzione sarà fondata in particolare sul procedimento di formazione della fonte (metodo politico o metodo giurisdizionale) e sul tipo di legittimazione riconosciuta a coloro che producono la fonte ed in questo senso credo non sia dubbio che i Giudici costituzionali e le Corti sovranazionali appartengono alla categoria dei “giudici” e non a quella dei “legislatori”.

Fatta questa prima premessa, la seconda è ancora più semplice.

Il tema delle unioni omoaffettive è oggetto ormai da anni di studi approfonditi sotto differenti aspetti, di natura storica, etica, morale, filosofica, giuridica e, per quanto più ci riguarda, di analisi generali e su singoli aspetti dal punto di vista costituzionale.

² In proposito v. *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di R. Romboli, Torino, 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017; C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016.

Il mio interesse sarà rivolto esclusivamente alla relazione fra legislatori e giudici, tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, allo scopo di evidenziare i momenti di raccordo, quando ci sono stati, tra i due soggetti e quelli di reciproca influenza nelle varie fasi che hanno caratterizzato il cammino delle unioni omoaffettive nel nostro paese.

A tal fine ho ritenuto di seguire questo cammino attraverso tre momenti che mi sono sembrati maggiormente caratteristici ed idonei allo scopo: quello delle unioni omoaffettive come a) formazioni sociali, come b) titolari del diritto ad accedere al pari delle coppie eterosessuali all'istituto matrimoniale e come c) titolari, quale coppia omosessuale, della possibilità di adottare minori.

3. A) Unioni omoaffettive come formazioni sociali. *Il diritto politico: la mancanza di riferimenti alla omosessualità nelle previsioni delle Carte costituzionali del secondo dopoguerra. Il soft law e la Carta di Nizza. Dalla fase della "indifferenza" a quella della "tolleranza".*

Iniziando dalla prima (unioni omoaffettive come formazioni sociali), il dato di partenza non può che essere quello delle carte costituzionali del secondo dopoguerra e quindi del diritto politico.

Con riguardo alla dichiarazione universale dei diritti umani, alla nostra Costituzione repubblicana (entrambe del 1948) ed alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), i principi che con maggiore frequenza vengono richiamati con riguardo al tema che ci occupa sono quelli della libertà personale, di tutela della persona e della sua dignità, del riconoscimento e tutela delle formazioni sociali e delle minoranze, del divieto di discriminazione, del rispetto della vita privata e della vita familiare e del diritto al matrimonio.

Un primo elemento che può essere sottolineato è quello per cui in nessuna di queste Carte compare alcun riferimento alla omosessualità. Neppure tra le possibili ragioni di discriminazione.

La dichiarazione universale infatti fa riferimento a ragioni "di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione" (art. 2), la nostra Costituzione vieta discriminazioni "di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali" (art. 3), la Cedu esclude distinzioni "di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione" (art. 14).

Anche in conseguenza di ciò, negli anni successivi è accaduto che il diritto ad un proprio orientamento sessuale - riconducibile alla libertà di scegliere una persona dello stesso sesso come proprio partner con il quale condividere una vita familiare - è stato definito come "diritto nuovo", accostato quindi a quei diritti che non sarebbero stati pensabili al momento in cui le Carte suddette furono approvate, ma che sono emersi solo successivamente a seguito degli sviluppi della scienza. Quali i diritti collegati ad internet, alla genetica, ai nuovi risultati raggiunti dalla medicina.

Eppure, la omosessualità, e tutti i problemi ad essa connessi, erano certamente noti ai compilatori di quelle Carte e per alcuni versi potremmo aggiungere "tragicamente noti".

Nei regimi autoritari fascisti e nazisti i rapporti omosessuali tra maggiorenni consenzienti infatti erano qualificati come reato, determinando l'effetto di rendere "invisibile" il fenomeno e costringendo quindi a mascherare la propria omosessualità con matrimoni di comodo.

Nei campi di sterminio nazisti, dopo gli ebrei, gli omosessuali hanno rappresentato la categoria più numerosa.

Le Carte costituzionali, nate dalla resistenza e dalla esplicita volontà di opporsi agli orrori dei regimi precedenti e quindi caratterizzate principalmente come "antifasciste" o "antinaziste", non hanno ciò nonostante ritenuto di introdurre alcun riferimento alla condizione degli omosessuali.

Potremmo affermare che si passa dalla situazione di “persecuzione” ad una situazione di sostanziale “indifferenza”, facendo come se il fenomeno della omosessualità non esistesse o comunque non meritasse di essere ricordato nel testo costituzionale.

Negli anni successivi il diritto politico, nella forma del c.d. *soft law*, ha assunto posizioni di maggiore attenzione verso i diritti degli omosessuali e delle coppie di persone dello stesso sesso.

A livello europeo meritano di essere segnalate una serie di prese di posizione, contenute in atti ufficiali, da parte di organi della Comunità economica europea (ora Unione europea).

Nel 1981 l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa approvò una raccomandazione (1° ottobre 1981, n. 924) con cui invitava in generale gli stati membri a prendere provvedimenti finalizzati ad eliminare le disuguaglianze fra omosessuali ed eterosessuali, richiedendo in particolare la depenalizzazione degli atti omosessuali tra adulti consenzienti.

Nel 1994 una risoluzione del parlamento europeo (8 febbraio) suscitò particolare scalpore, in quanto rivolse un appello alla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità europea e raccomandò di eliminare qualsiasi discriminazione collegata alle “tendenze sessuali” degli individui e, per quando riguarda più specificamente il tema di questo scritto, di “porre fine agli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali” o di prevedere “un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni”.

Nel 2000 una nuova risoluzione del parlamento europeo (16 marzo) sollecitò gli stati membri “a garantire eguaglianza di diritti alle coppie unite in matrimonio e alle coppie di fatto, alle coppie omosessuali e alle famiglie monoparentali”, esortando i paesi a riconoscere parità di diritti in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali.

Nello stesso anno una direttiva comunitaria (2000/78/Cee), dedicata a combattere le discriminazioni sessuali sui luoghi di lavoro, si riferì esplicitamente alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e una raccomandazione del Consiglio d'Europa (26 settembre 2000) chiese al Consiglio dei ministri di aggiungere alle cause di discriminazione vietate dalla Cedu quella fondata sull'orientamento sessuale.

Nel 2003, con una risoluzione del 15 gennaio, il parlamento europeo chiese agli stati membri di riconoscere le *partnerships* non matrimoniali sia eterosessuali che omosessuali e di concedere loro gli stessi diritti derivanti dal matrimonio e di inserire nell'agenda politica le questioni del mutuo riconoscimento delle *registered partnerships* e del matrimonio fra persone del medesimo sesso, nonché di elaborare specifiche proposte normative su queste due questioni.

Nella relazione annuale del parlamento europeo (12 marzo 2015) è stato rivolto un invito a riflettere sul riconoscimento delle unioni omoaffettive come titolari del diritto a sposarsi o almeno ad essere qualificate e disciplinate come unioni civili, “in quanto questione politica, sociale e di diritti umani e civili”.

Nonostante ciò per un formale riconoscimento in una Carta dei diritti, seppure ancora priva di effetti giuridici, occorre attendere il nuovo secolo e l'approvazione della Carta di Nizza (2000) (poi, con valore giuridico, quale Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a decorrere dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona).

All'art. 21, rubricato “non discriminazione” si legge infatti: “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*”.

Per la prima volta l'orientamento sessuale viene ritenuto degno di essere espressamente tutelato e considerato come possibile elemento di discriminazione (vietata).

Tale riconoscimento appare come un momento decisamente importante nel diritto politico, tale da favorire, a mio avviso, il passaggio dalla fase che abbiamo chiamato della "indifferenza" a quella che potremmo definire della "tolleranza".

La condizione dell'omosessuale viene riconosciuta e vista dalla prevalente opinione pubblica come una situazione di libertà individuale, da tollerare e finanche rispettare, purché rimanga una libertà di carattere personale, relativa appunto alla vita privata e non ambisca ad essere riconosciuta come vita familiare e come situazione di coppia.

Emblematica in proposito la nota del Consiglio episcopale permanente del 28 marzo 2007, dove si dice espressamente; "riconoscendo la dignità di ogni persona, siamo coscienti che esistono situazioni specifiche nelle quali possono essere utili le garanzie e tutele giuridiche per la persona convivente, però siamo convinti che questo obiettivo può essere perseguito nell'ambito dei diritti individuali, senza ipotizzare una nuova figura giuridica che sarebbe alternativa al matrimonio e alla famiglia e produrrebbe più guasti di quelli che vorrebbe sanare".

A questa posizione hanno in qualche misura risposto indirettamente il Tribunale costituzionale spagnolo e la Corte suprema degli Stati Uniti.

Il primo ha infatti sottolineato come "trattasi di un diritto di titolarità individuale, ma non di esercizio individuale, dal momento che richiede un'altra persona per realizzarsi ed un mutuo consenso liberamente espresso dai contraenti"³, mentre la seconda sottolinea l'aspirazione degli omosessuali ad una vita di coppia simile o identica a quella delle coppie eterosessuali e "la loro speranza è di non essere condannati a vivere in solitudine (...) essi chiedono l'eguale dignità agli occhi della legge. La Costituzione garantisce loro quel diritto"⁴.

4. Segue: il diritto giurisprudenziale. Le unioni omoaffettive come rilevanti per la nozione di "vita familiare" ed il riconoscimento del "diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia". La "pressione" della Corte costituzionale e della Corte Edu sul legislatore italiano. La legge 76/2016 sulle unioni civili. Dalla fase della "tolleranza" a quella del "riconoscimento".

Nel cammino delle unioni omoaffettive verso il riconoscimento dei loro diritti di coppia e di una normale vita di relazione, un ruolo decisivo è stato quindi svolto dal diritto giurisprudenziale.

Particolare importanza assumono in proposito due decisioni pronunciate a distanza di pochi mesi l'una dall'altra nel 2010, la prima è quella della Corte Edu, la seconda della nostra Corte costituzionale.

La Corte europea, con giurisprudenza fino ad allora consolidata, aveva sempre riferito il diritto all'orientamento sessuale alla sfera della vita privata, di cui all'art. 8 della Convenzione.

Con la decisione del giugno 2010⁵ la Corte rileva come nel corso dell'ultimo decennio l'opinione pubblica nei riguardi delle coppie dello stesso sesso abbia subito una rapida evoluzione nei paesi membri, molti dei quali hanno loro dato un riconoscimento legale. Da questo la Corte conclude che la situazione di una coppia omosessuale che vive una relazione stabile, rileva non solo con riguardo alla "vita privata", ma pure riguardo alla nozione di "vita familiare", allo stesso titolo di una coppia eterosessuale.

La nostra Corte costituzionale, nella nota decisione relativa alla legittimità costituzionale della mancata previsione della possibilità di una coppia omosessuale di unirsi in matrimonio, ha

³ *Tribunal constitucional de Espana* 6 novembre 2012, n. 198

⁴ Corte suprema Usa 26 giugno 2015, *Obergefell c. Hodges*

⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, la quale ha altresì sostenuto che "una differenza di trattamento fondata sull'orientamento sessuale deve essere giustificata *"par des motifs particulièrement impérieux"*.

volutamente “creato” una questione di costituzionalità che non le era stata sottoposta dal giudice *a quo*, vale a dire quella della conformità ai principi costituzionali della mancanza di una qualsiasi disciplina del rapporto tra due persone dello stesso sesso.

La questione viene risolta nel senso che una simile lacuna dell’ordinamento non può essere riempita dal Giudice costituzionale, il quale può solo intervenire a sanzionare singole, specifiche disparità di trattamento. La conclusione è quindi nel senso della inammissibilità perché la soluzione richiesta eccede i poteri del Giudice costituzionale.

La decisione si presenta comunque come una inammissibilità di principio attraverso la quale viene affermata la necessità di un intervento del legislatore a dettare una disciplina generale ed organica, fissando i principi ai quali lo stesso dovrà attenersi ed ai quali potrà riferirsi il giudice e la stessa Corte costituzionale fintanto che ciò non si sarà verificato.

La Corte costituzionale si è posta, come detto, autonomamente la questione e lo ha fatto, a mio avviso, con uno scopo ben preciso, che non è quello di accogliere la stessa (dichiarata appunto inammissibile), ma di poter esprimere una importante affermazione di principio.

Con essa infatti la Corte ha ricondotto tra le formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost. l’unione omosessuale, “intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il *diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia*, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”⁶.

In tal modo il Giudice costituzionale ha inteso inviare al legislatore un evidente monito ad intervenire a regolare la materia, pur se lasciandolo libero nello scegliere “i tempi, i modi ed i limiti”.

Passati tre anni senza che il legislatore fosse intervenuto a dettare una normativa con la quale fissare una regolamentazione dei diritti e dei doveri della vita di coppia per le unioni omoaffettive, l’allora Presidente della Corte Gallo, nell’ambito della annuale conferenza stampa sulla giustizia costituzionale, ha provveduto ad integrare il monito, aumentando fortemente la sua intensità.

In quella occasione infatti il Presidente ricordò quale esempio di “invito” rimasto sino ad allora inascoltato, quello contenuto nella sentenza n. 138 del 2010, richiamando espressamente l’affermazione secondo cui due persone dello stesso sesso hanno comunque il «diritto fondamentale» di ottenere il riconoscimento giuridico, con i connessi diritti e doveri, della loro stabile unione e di aver così affidato al Parlamento la regolamentazione della materia nei modi e nei limiti più opportuni.

Nella stessa occasione Franco Gallo sostenne altresì che i moniti “costituiscono l’unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità” e che “queste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l’affermazione – resa nell’esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è *tenuto* ad intervenire in materia” (corsivo aggiunto)⁷.

Essere “tenuto” ad intervenire equivale pertanto all’affermazione di un obbligo del legislatore, il quale può di conseguenza essere sanzionato in quanto tale ed è appunto quello che la Corte costituzionale ha fatto l’anno successivo.

⁶ Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138.

Per riferimenti ai moltissimi commenti alla decisione si rinvia alle indicazioni facilmente reperibili nel sito della Corte costituzionale: ricerca sulle decisioni, dottrina a commento o in quello di *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, dove le osservazioni sono riportate in testa alla relativa pronuncia.

Diversi anni prima Paolo Barile aveva sostenuto che all’unione di due persone omosessuali ed alla loro convivenza, difficilmente può negarsi quella che può essere definita la funzione di “luogo degli affetti”, dove maturano e si svolgono i valori della persona protetti dall’art. 2 Cost., dal momento che le coppie omosessuali “pure sono fondate, come le altre, su un’*affectio* che le assimila a quelle eterosessuali; rendendone anzi più essenziale l’elemento spirituale” (P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 358)

⁷ Relazione del Presidente della Corte costituzionale Franco Gallo alla stampa del 12 aprile 2013

Il caso è quello conosciuto del c.d. divorzio imposto, vale a dire la questione di legittimità costituzionale della disposizione secondo la quale, in caso di mutamento di sesso di uno dei due coniugi, il matrimonio, indipendentemente e quindi anche contro la volontà della coppia, si intende automaticamente sciolto, per il venir meno della diversità di sesso dei coniugi.

Anche questo caso mostra alcune particolarità, le quali si riconnettono a quelle prima ricordate con riguardo alla sentenza 138/2010.

La Corte costituzionale perviene infatti alla dichiarazione di incostituzionalità della disposizione impugnata, ma non per l'effetto da essa prodotto (scioglimento automatico del matrimonio), ma perché ad essa viene ricollegato l'omesso intervento del legislatore nel regolare la situazione delle coppie omosessuali. È infatti l'omissione legislativa che in realtà viene dichiarata incostituzionale, nella considerazione che, bilanciando il carattere eterosessuale del matrimonio (la cui legittimità viene ribadita) con l'interesse della coppia omosessuale alla vita di relazione, questo ultimo risulta essere eccessivamente sacrificato⁸.

Di nuovo quindi una questione, quella in realtà affrontata dal Giudice costituzionale, diversa da quella sollevata e quindi autoproposta dalla Corte, allo scopo stavolta di sanzionare l'omesso intervento del legislatore.

La particolarità della pronuncia appena segnalata ha determinato il sorgere di diverse letture fornite dalla dottrina in ordine agli effetti di tale, anomala, dichiarazione di incostituzionalità ed altresì la discutibile soluzione adottata dal giudice *a quo*, una volta riassunto il giudizio a seguito della dichiarazione di incostituzionalità e della conseguente restituzione degli atti processuali.

La Corte costituzionale - mentre nella maggior parte dei casi di "sentenze di principio" ha sostenuto che il principio doveva ritenersi diretto al legislatore, ma che nell'immediato avrebbe dovuto guidare il giudice nella ricerca della soluzione del caso da decidere - nel caso della sent. 170/2014 aveva affermato che "la disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore", senza alcun riferimento alla attività del giudice.

L'autorità giudiziaria rimettente⁹ da un lato sostiene di ritenere applicativa la dichiarazione di incostituzionalità, ma dall'altro pare al contrario prescindere dalla stessa.

Sulla base infatti della dichiarazione di incostituzionalità della disposizione che dispone l'automatico scioglimento del matrimonio il giudice avrebbe dovuto, di conseguenza, considerare ancora valido il rapporto matrimoniale, venendo quindi meno la necessità di indicare una normativa regolante diritti e doveri della coppia omosessuale. La Cassazione al contrario, in maniera alquanto creativa, individua essa stessa la disciplina applicabile, indicandola in quella relativa al matrimonio, sebbene in via temporanea, vale a dire in attesa dell'intervento del legislatore¹⁰.

L'anno ancora successivo è dato registrare un altro pesante intervento giurisprudenziale, stavolta da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello stato italiano.

La Corte osserva come la presenza in Italia dei registri delle unioni civili debbono ritenersi uno strumento certamente insufficiente e con valore quasi esclusivamente simbolico e che il mancato

⁸ Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170.

Per riferimenti ai molti commenti alla decisione si rinvia alle indicazioni facilmente reperibili nel sito della Corte costituzionale: ricerca sulle decisioni, dottrina a commento o in quello di *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, dove le osservazioni sono riportate in testa alla relativa pronuncia.

⁹ Cass. 21 aprile 2015, n. 8097.

¹⁰ La legge 20 maggio 2016 n. 76, contenente la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, ha poi risolto il problema, stabilendo che "alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso" (art. 1, comma 27).

La stessa soluzione non è prevista invece per il caso di rettificazione del sesso nell'ambito di una coppia unita civilmente, per il quale è previsto l'automatico scioglimento dell'unione civile, senza la previsione di una trasformazione in matrimonio.

riconoscimento di una qualsiasi disciplina delle unioni omoaffettive si pone in contrasto con il necessario rispetto della loro vita familiare, sancito dall'art. 8 della Cedu.

La Corte europea osserva altresì come in Italia il riconoscimento delle coppie omosessuali rispecchi il sentimento della maggioranza della popolazione e come l'inerzia dello Stato, nonostante i molti richiami interni ed esterni al medesimo, non possa essere ricondotto ad alcun legittimo interesse pubblico o agli interessi della collettività nel suo insieme¹¹.

Da segnalare, per il tema che ci occupa dei rapporti tra legislatori e giudici, il, per certi versi, curioso atteggiamento tenuto dal governo italiano di fronte alla Corte europea.

Mentre "in patria" il legislatore lamentava frequentemente in materia gli sconfinamenti dei giudici nel terreno proprio delle scelte discrezionali ad esso spettanti, davanti alla Corte esso ha cercato di evitare la condanna, sostenendo che, pur in mancanza di una normativa in materia, l'intervento dei giudici vale a garantire il rispetto dei diritti delle unioni omoaffettive.

La Corte europea ha però respinto tale argomentazione, osservando che le decisioni caso per caso non possono essere considerate una soluzione sufficiente a potersi dire rispettato il disposto dell'art. 8 della Cedu.

A seguito delle citate decisioni della Corte costituzionale e della Corte Edu, una legge che desse riconoscimento alle unioni omoaffettive diviene costituzionalmente e convenzionalmente necessaria ed il legislatore viene posto nella condizione di dover intervenire, ad evitare tra l'altro una spirale di condanne da parte della Corte europea.

La legge n. 76 del 2016 viene quindi a chiudere la fase della "tolleranza", attraverso la istituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso "quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione" (art. 1, comma 1).

A seguito della approvazione di tale legge può ritenersi realizzato il passaggio dalla fase della "tolleranza" a quella che potremmo chiamare del "riconoscimento"¹², un risultato realizzato

¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo 21 luglio 2015, Oliari c. Italia.

Questa la conclusione della Corte, punto 185: "non avendo il governo italiano dedotto un interesse collettivo prevalente in rapporto al quale bilanciare gli importantissimi interessi dei ricorrenti, così come individuati in precedenza, e alla luce del fatto che le conclusioni dei tribunali interni in materia sono rimaste lettera morta, la Corte conclude che il governo italiano ha ecceduto il suo margine di discrezionalità e non ha ottemperato all'obbligo positivo di garantire che i ricorrenti disponessero di uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali".

¹² Decisamente più rapido il cammino seguito nel riconoscimento delle unioni omoaffettive negli Stati Uniti, dove in meno di trenta anni si è passati dalla repressione alla legittimazione matrimoniale.

Negli anni Ottanta infatti molti stati sanzionavano penalmente i rapporti omosessuali consenzienti tra maggiorenni e comunque anche negli altri stati esisteva una forte discriminazione e limitazione nei diritti sociali e lavorativi.

Una legge della Georgia che puniva penalmente gli atti omosessuali fu ritenuta non in contrasto con i principi costituzionali nel 1986 dalla Corte suprema, la quale la considerò invece incostituzionale solo nel 2003.

Un importante momento di svolta è comunemente individuato in una sentenza del 1993, che ritenne discriminatoria una legge che limitava il matrimonio alle coppie omosessuali, pur non autorizzando il matrimonio per le medesime.

La disciplina del matrimonio rientra nella competenza dei singoli stati, ma nel 1996 fu approvata la legge a difesa del matrimonio etero (DOMA: *Defense of Marriage Act*), che consentiva agli stati di non riconoscere matrimoni fra coppie dello stesso sesso celebrati in altri stati e che quando una legge federale parla di "matrimonio", questo deve intendersi come l'unione tra un uomo ed una donna.

Nonostante il DOMA in diversi stati fu riconosciuta la legittimità del matrimonio omosessuale.

Un secondo momento di svolta avvenne con la sentenza Windsor del 2013, con la quale la Corte suprema ha dichiarato incostituzionale la DOMA, nella parte in cui, definendo il matrimonio nella I. federale come solo etero, impediva al governo federale di ritenere validi i matrimoni tra coppie dello stesso sesso, pur autorizzati da leggi dei singoli stati.

Nel 2014 una sentenza della stessa Corte negò il *certiorari* contro le sentenze che avevano dichiarato illegittimi i matrimoni omosessuali di alcuni stati, aprendo così al matrimonio per le unioni omoaffettive.

attraverso un'attività di collaborazione tra giudici e legislatore, grazie alla forte pressione esercitata dai primi sul secondo, al quale è stata fornita una valida ragione per giustificare il proprio intervento e per superare le remore della parte meno sensibile ai diritti delle coppie omosessuali ¹³.

5. B) Unioni omoaffettive e matrimonio. *Il riferimento a "uomini e donne" nelle Carte costituzionali. Il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come soluzione non imposta, né vietata, ma lasciata alla scelta del legislatore.*

Venendo adesso al secondo dei momenti indicati nella premessa (unioni omoaffettive e accesso all'istituto matrimoniale), è opportuno, anche in questo caso, ricordare i principi costituzionali in materia.

Questi, come già ricordato, non contengono alcun riferimento alla situazione degli omosessuali ma, nel riconoscere il diritto al matrimonio, richiamano significativamente la differenza di sesso.

La Dichiarazione universale dei diritti umani (1948) prevede in proposito che "uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione" (art. 16) e la Cedu, a proposito del diritto al matrimonio, stabilisce analogamente che "uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto".

Nella nostra Costituzione, come noto, non compare il riferimento a "uomini e donne", ma vengono riconosciuti "i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio".

Al di là della formulazione letterale, credo che, qualora ritenessimo di seguire una interpretazione originalista, al fine di ricostruire cioè la volontà di coloro che hanno approvato le Carte suddette, penso che pochi dubbi possano nutrirsi sul fatto che questi avevano inteso il matrimonio come l'unione di un uomo ed una donna.

La fase temporale in cui tali atti furono approvati infatti è quella che abbiamo chiamato la fase della "indifferenza", ci si comporta cioè come se l'omosessualità non esistesse o fosse, al massimo, un fatto privato.

Nella Carta di Nizza invece scompare il riferimento espresso a "uomini e donne" e, a proposito del diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, è previsto che "il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio" (art. 9).

Né l'eliminazione suddetta può ritenersi casuale, infatti nelle spiegazioni ufficiali fornite a riguardo della approvazione della Carta, si legge: "la formulazione di questo articolo è stata aggiornata con lo scopo di disciplinare i casi in cui le leggi nazionali riconoscono modalità diverse dal

Infine, nel 2015 (Corte suprema 26 giugno 2015, Obergefell, cit.) è stato dichiarato incostituzionale, per violazione del XIV emendamento la sez. II del DOMA, per cui gli stati non possono negare la licenza di matrimonio alle coppie dello stesso sesso né il riconoscimento di matrimoni legalmente autorizzati e contratti in altri stati dell'Unione.

¹³ Successivamente alla approvazione della legge 76/2016, il nostro paese è stato nuovamente condannato dalla Corte di Strasburgo per aver lasciato i ricorrenti in una situazione di vuoto normativo e quindi privi di protezione nel periodo precedente l'entrata in vigore della legge.

La Corte europea ha infatti ritenuto che, nel caso di specie, "lo Stato italiano non potesse ragionevolmente ignorare la situazione dei ricorrenti, che corrispondeva a una vita familiare ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione, senza offrire ai ricorrenti alcun mezzo per tutelare la loro relazione. Tuttavia, fino a poco tempo fa, le autorità nazionali non avevano riconosciuto tale situazione né fornito alcuna forma di tutela all'unione dei ricorrenti, in conseguenza del vuoto giuridico esistente nella legislazione italiana (nella misura in cui prima del 2016 essa non aveva previsto alcuna unione in grado di tutelare la relazione dei ricorrenti). Ne consegue che lo Stato non è pervenuto a un giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti in gioco, in quanto non ha garantito che i ricorrenti disponessero di uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali." (Corte europea dei diritti dell'uomo 14 dicembre 2017, Orlandi ed altri c. Italia, punto 210).

matrimonio per fondare una famiglia. L'articolo non proibisce e non impone il riconoscimento dello *status* matrimoniale alle unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto analogo a quello della Cedu, ma la sua applicazione può essere più ampia se la legislazione nazionale lo consente".

Chiara pertanto la volontà di aprire ai matrimoni fra persone del medesimo sesso, senza che questo debba ritenersi un obbligo per gli stati membri, ma al tempo stesso escludendo che lo stesso si ponga in contrasto con i principi della Carta.

La stessa lettura è stata seguita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, con una giurisprudenza inaugurata nel 2010 (sent. Schalk, cit.) e poi sempre ribadita, ha ritenuto che l'art. 12 Cedu non impone agli stati di riconoscere il matrimonio anche per le coppie dello stesso sesso, ma neppure limita questo diritto alle coppie eterosessuali, lasciando liberi gli stati di decidere. Essi infatti si trovano nelle migliori condizioni per valutare allo scopo la situazione sociale e culturale del paese.

Una simile interpretazione, come detto, è sempre stata ribadita fino ad oggi, pure se deve essere sottolineato come, in una delle ultime occasioni (sent. Orlandi del dicembre 2017, cit.), la Corte di Strasburgo ha affermato che "gli stati sono 'tuttora' liberi, ai sensi dell'art. 12, in combinato con gli artt. 8 e 14, Cedu, di limitare l'accesso al matrimonio alle coppie eterosessuali" (corsivo aggiunto).

L'utilizzo del termine "tuttora" potrebbe far pensare ad una situazione che sta evolvendo verso l'obbligo di aprire alle coppie dello stesso sesso, una sorta cioè di "autorizzazione in scadenza" per gli stati membri.

6. Segue. Le relazioni tra legislatori e Giudici costituzionali: 1) in caso di assenza di una disciplina del matrimonio omosessuale: le esperienze del Portogallo, dell'Italia e della Francia; 2) in caso di giudizio sulla legge che ha riconosciuto il matrimonio omosessuale: le esperienze del Portogallo, della Francia e della Spagna. Un elemento comune: il rispetto delle scelte del legislatore.

Sempre con riguardo al diritto giurisprudenziale, ma a livello nazionale, assai interessante si rivela l'analisi delle decisioni dei Giudici costituzionali i quali sono stati chiamati, attraverso vie di accesso diverse, a pronunciarsi sulla conformità ai principi costituzionali (in realtà abbastanza analoghi nelle diverse esperienze) del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

In proposito, è utile distinguere tra le ipotesi in cui il Giudice costituzionale è stato chiamato ad intervenire a proposito di una situazione normativa, la quale non prevedeva, senza però escluderla formalmente, la possibilità delle coppie omosessuali di unirsi in matrimonio e quelle in cui invece lo stesso ha giudicato sulla costituzionalità di una legge che aveva introdotto nel paese il matrimonio omosessuale.

Tre sono le esperienze del primo tipo che possono essere richiamate: in ordine di tempo quella portoghese, italiana e francese.

Il Tribunale costituzionale portoghese nel 2009 ha pronunciato una decisione di infondatezza, con la quale, con una maggioranza di tre giudici a due, ha escluso che il riconoscimento del matrimonio omosessuale potesse ritenersi imposto in base alle previsioni costituzionali che sanciscono i principi di dignità e di eguaglianza ed il diritto alla formazione e preservazione della famiglia¹⁴.

Il significato di questa decisione sarà, come vedremo, meglio precisato con una sentenza dell'anno successivo.

¹⁴ *Tribunal constitucional de Portugal*, sez. I, 9 luglio 2009, n. 359

Nel 2010 è la nostra Corte costituzionale (sent. n. 138, cit.) ad affrontare l'analogo problema di costituzionalità.

La Corte, pur ritenendo che i principi costituzionali non possono essere intesi secondo una interpretazione originalista che cristallizzerebbe i medesimi al tempo della loro approvazione, sostiene che l'attività interpretativa incontra limiti e non può incidere sul nucleo essenziale di una norma. La nozione di matrimonio di cui all'art. 29 Cost., secondo la Corte, esprime un elemento essenziale nella differenza di sesso dei coniugi, senza della quale non potrebbe parlarsi di matrimonio. Le unioni omoaffettive sono considerate non omogenee al matrimonio e quindi viene esclusa una violazione dell'art. 3 Cost.

La stessa posizione, nella sostanza, la Corte costituzionale ha ribadito pure nella ricordata decisione sul c.d. divorzio imposto (sent. 170/2014), con cui ha ritenuto che la norma impugnata (scioglimento automatico del matrimonio in caso di rettificazione del sesso di uno dei coniugi) risulta costituzionalmente necessaria perché l'introduzione, nei casi quale quello in esame, di un divorzio a domanda "equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost."

L'anno seguente è la volta del *Conseil constitutionnel*, il quale pure conclude con una decisione di rigetto della questione di costituzionalità, ritenendo che per condurre una normale vita di relazione non è indispensabile accedere al matrimonio e che evidentemente il legislatore ha ritenuto che la differenza intercorrente tra coppie eterosessuali e coppie dello stesso sesso possa giustificare una differenza di trattamento sulle regole che disciplinano il diritto di famiglia.

In base a tali considerazioni, il *Conseil* ritiene che non spetti ad esso sostituire il proprio giudizio a quello del parlamento, il quale deve ritenersi libero di modificare la disciplina vigente o di abrogarla, mentre il Giudice costituzionale non gode di analogo potere, ma può solamente pronunciarsi sulla conformità di una disposizione normativa ai diritti ed alle libertà garantite dalla Costituzione¹⁵.

Volendo svolgere qualche valutazione conclusiva sulle esperienze ricordate in ordine alla relazione tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, possiamo rilevare come in nessun caso il Giudice costituzionale ha ritenuto di sostituire il legislatore nella scelta se riconoscere o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso, anche se attraverso motivazioni sensibilmente differenti.

Mentre i Giudici costituzionali portoghese e francese hanno ritenuto la scelta riservata al legislatore ordinario, a fronte di principi costituzionali che non impongono, ma al tempo stesso non escludono tale possibilità, la nostra Corte costituzionale è invece parsa precludere in assoluto la stessa, richiedendo in proposito un intervento di revisione costituzionale¹⁶.

Una simile diversità di atteggiamento ha avuto i suoi riflessi sulle scelte successive del legislatore, infatti dopo pochi mesi dalle ricordate pronunce di rigetto, in Portogallo ed in Francia è stata approvata la legge che ha riconosciuto la possibilità delle coppie dello stesso sesso di far ricorso all'istituto matrimoniale in condizioni di parità rispetto alle coppie eterosessuali.

Questo ha determinato l'effetto che la legge è stata immediatamente impugnata davanti al Giudice costituzionale, in quanto ritenuta contrastante, in maniera speculare rispetto alle precedenti questioni, ai principi costituzionali.

In Portogallo la questione è stata proposta dal Presidente della repubblica in sede di controllo preventivo all'atto di promulgazione della legge.

Il *Tribunal constitucional* ha ritenuto che l'iniziativa legislativa non si ponesse in contrasto con la garanzia dell'istituzione matrimoniale, il cui nucleo essenziale, a differenza di quanto sostenuto dalla

¹⁵ *Conseil constitutionnel* 28 gennaio 2011, n. 2010-29

¹⁶ Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, segue invece una interpretazione analoga a quella della Corte di Strasburgo (per la Cedu) e dei Giudici costituzionali portoghese e francese, ritenendo che la Costituzione non esclude il riconoscimento del matrimonio omosessuale in Italia, ma rimette la scelta al legislatore.

nostra Corte, non viene cancellato con il superamento della regola della diversità del sesso e che l'estensione del matrimonio alle persone dello stesso sesso non collide con il riconoscimento e la protezione della famiglia alla stregua di un "elemento fondamentale della società".

Assai diversa anche la posizione espressa dal Giudice costituzionale portoghese anche a proposito dei limiti alla interpretazione del testo costituzionale¹⁷.

Anche in Francia la legge viene portata all'esame del *Conseil constitutionnel* in via preventiva a seguito del ricorso delle minoranze parlamentari.

Il *Conseil* respinge le censure di incostituzionalità proposte, negando che il matrimonio possa essere considerato "naturalmente" come l'unione di un uomo ed una donna.

Nel merito il Giudice costituzionale francese ha sostenuto che, con l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, il legislatore ha ritenuto che la differenza tra coppie omo e coppie etero non giustifica più la differenza di trattamento con la esclusione delle prime dalla possibilità di accedere alla protezione delle norme disciplinanti il matrimonio e che non spetta ad esso sostituire la propria valutazione a quella del legislatore. Viene sottolineato altresì che un simile riconoscimento non determina alcun attentato ai diritti acquisiti derivanti da precedenti matrimoni¹⁸.

Un terzo giudice costituzionale è stato successivamente chiamato a valutare la conformità a Costituzione della legge che ha riconosciuto la possibilità di matrimonio per le coppie omosessuali.

Si tratta del *Tribunal constitucional* spagnolo, a seguito della impugnazione in via principale da parte della minoranza parlamentare.

La Costituzione spagnola, al pari della Cedu e della Dichiarazione universale, contiene l'espresso riferimento all'uomo ed alla donna (art. 32: "*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*").

Questo elemento letterale viene superato dal *Tribunal*, il quale respinge comunque la interpretazione originalista e rileva come, in sede costituente, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non fu né accettato, né escluso. L'art. 32 Cost., a giudizio del *Tribunal*, esprime la volontà del costituente di garantire la uguaglianza tra l'uomo e la donna, senza voler risolvere le altre possibili questioni, il che certo non significa che avevano accolto la possibilità di matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma neppure che questa ipotesi fosse stata esclusa.

Il *Tribunal* affronta pure il problema delle caratteristiche essenziali della istituzione matrimoniale e, a differenza della nostra Corte costituzionale, ha considerato come elementi essenziali la uguaglianza tra coniugi, la libera volontà di contrarre matrimonio con persona di propria scelta e la manifestazione di tale volontà, ma non quindi la differenza di sesso tra coniugi¹⁹.

Dalle tre esperienze sopra richiamate circa il rapporto tra giudici e legislatori possiamo derivarne la conclusione che i primi, pur evitando di operare una scelta rimessa alle scelte discrezionali dei secondi, hanno operato una interpretazione evolutiva dei principi costituzionali, tale da permettere l'approvazione di una legge ordinaria che ha riconosciuto alle coppie dello stesso sesso di unirsi in

¹⁷ Il *Tribunal constitucional de Portugal*, plenum, 8 aprile 2010, n. 121, ha infatti rilevato che, sebbene possa ritenersi che il matrimonio postulato dalla Costituzione, tenuto del contesto giuridico in cui è stata approvata, fosse il matrimonio tra persone di sesso diverso, può concludersi con certezza che essa non contiene alcuna opzione che impedisca lo sviluppo della istituzione. Il *Tribunal* ha pure sostenuto in proposito che la Costituzione attribuisce al legislatore l'onere di mantenere la necessaria connessione tra diritto e realtà sociale; che la nozione costituzionale di matrimonio è un concetto aperto che ammette non solo diverse conformazioni da parte del legislatore, ma anche diverse concezioni politiche, etiche e sociali, essendo affidato al legislatore ordinario il compito di cogliere e di trasfondere nell'ordinamento giuridico, in ogni momento storico, ciò che, in quel determinato momento, corrisponde alle concezioni dominanti.

¹⁸ *Conseil constitutionnel* 17 maggio 2013, n. 669.

¹⁹ *Tribunal constitucional de Espana* 6 novembre 2012, n. 198, cit., la quale è stata pronunciata dopo circa sette anni dalla proposizione del ricorso.

matrimonio. Successivamente i giudici, operata la scelta da parte del legislatore, hanno ritenuto questa conforme a Costituzione.

In un differente ordinamento, quale quello statunitense, le posizioni di chi aveva sostenuto che le scelte in merito al matrimonio omosessuale debbono spettare necessariamente al legislatore, sono state risolutamente respinte dalla Corte Suprema (sent. Obergefell del 2015, cit.), secondo la quale il sistema parlamentare non può limitare, con i suoi ritardi, l'esercizio e la garanzia dei diritti fondamentali, la cui tutela non può che spettare all'autorità giudiziaria ("quando i diritti sono violati, la Costituzione richiede un rimedio da parte delle Corti").

Le Corti, ha sostenuto la Corte Suprema, debbono essere aperte alle persone che richiedono la tutela dei loro diritti, la quale non può dipendere dall'esito del voto e dai risultati elettorali ("non ha importanza se i difensori del matrimonio tra persone dello stesso sesso godano o manchino del consenso nel processo democratico. La questione posta davanti a questa Corte è questione giuridica: se la Costituzione protegge o meno il diritto delle coppie omosessuali a sposarsi").

7. C) Unioni omoaffettive e adozione di minori. *La posizione del legislatore e quella della giurisprudenza (Corte Edu, Tribunal constitucional spagnolo, Conseil constitutionnel e Corte di cassazione).*

Il terzo aspetto indicato nella premessa riguarda il tema, per molte ragioni, forse più controverso, relativo alla possibilità per le coppie dello stesso sesso di adottare minori, cui più di recente, come vedremo, si è aggiunto pure quello, per alcuni versi accostabile, dell'accesso delle coppie omosessuali (in specie formate da due donne) alle pratiche di procreazione medicalmente assistita (PMA).

Nell'ipotesi della adozione appare chiaro come il problema venga a porsi in termini certamente differenti quanto a valori in gioco, dal momento che assume un ruolo preminente su tutti gli altri l'interesse superiore del minore, nella logica, generalmente accolta, secondo cui l'interesse è quello del minore ad avere una famiglia e non quello della coppia ad avere un figlio. Di conseguenza certe valutazioni o conclusioni relative alla situazione in generale della coppia omosessuale, anche con riguardo ai principi costituzionali coinvolti ed alla loro interpretazione, non possono ritenersi automaticamente estensibili al nostro caso.

Pure in questo terzo aspetto l'attenzione viene ovviamente portata, ed in gran parte limitata, alla relazione tra giudici e legislatori, tra il diritto giurisprudenziale e quello politico, che offre, come vedremo, alcuni spunti interessanti.

Nel caso della adozione di minore da parte di coppia omosessuale possiamo distinguere il piano della disciplina astratta, contenuta nella legge e quello della (eventuale) valutazione concreta sul caso singolo affidata ovviamente al giudice.

Sul primo piano è evidente che una scelta del legislatore la quale escludesse in via generale ed esplicita la possibilità di adozione da parte di coppie di persone dello stesso sesso, eliminerebbe qualsiasi possibile potere valutativo del giudice, al quale resterebbe solo la possibilità di sottoporre alla Corte costituzionale la ragionevolezza della scelta legislativa.

In assenza di un intervento chiaro ed univoco del legislatore, il giudice potrebbe valutare caso per caso la idoneità della coppia alla adozione del minore, ponendo tra i vari elementi anche quello della omosessualità della coppia al pari delle altre caratteristiche e requisiti valutabili dal giudice.

La posizione assunta in proposito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo risulta favorevole ad una soluzione nel secondo senso.

Così già nel 2002, con riguardo ad un caso riguardante la esclusione dalla adozione di persona sola non sposata ed omosessuale, la Corte Edu ritenne che certamente i legislatori statali godono di

un margine di apprezzamento largo e sono nelle migliori condizioni per valutare le sensibilità ed i contesti locali, ma dal momento che, come già ricordato, l'adozione è "dare una famiglia ad un bambino" e non "dare un bambino ad una famiglia", lo Stato deve accertarsi che le persone siano quelle in grado di offrire le migliori condizioni e, a questo riguardo, non è possibile affermare oggi che queste condizioni non possano essere offerte da una coppia omosessuale²⁰.

Successivamente la stessa Corte ha affermato che, qualora uno Stato consenta l'adozione del figlio del *partner* a favore di coppie etero conviventi, il principio di non discriminazione fondato sull'orientamento sessuale impone la sua estensione alle coppie formate da persone dello stesso sesso²¹.

Interessanti in proposito anche alcune esplicite prese di posizione di Giudici costituzionali nazionali sul tema che ci occupa.

Il *Tribunal constitucional* spagnolo, nella ricordata decisione sulla legge che ha riconosciuto il matrimonio per le coppie omosessuali, ha esaminato pure i rilievi di costituzionalità mossi nei confronti della legge, per la parte in cui riconosce la possibilità di adozione congiunta da parte della coppia omosessuale.

La disposizione era stata ritenuta contraria all'art. 39, comma 2, della Costituzione spagnola che prevede il dovere di protezione integrale dei figli, in quanto avrebbe anteposto la legittimazione ed omologazione delle relazioni omosessuali all'interesse del minore, sul quale invece dovrebbe fondarsi l'istituto della adozione.

Il *Tribunal*, nel dichiarare infondata la questione di costituzionalità, ha rilevato come l'interesse del minore viene tutelato in ogni caso concreto sulla base delle caratteristiche dei richiedenti e indipendentemente dal loro orientamento sessuale, concludendo che non è costituzionalmente ammissibile presumere l'esistenza di un rischio di alterazione della personalità del minore per il mero fatto dell'orientamento sessuale di uno dei genitori. Per questo, ad avviso del *Tribunal*, misure fondate sull'orientamento sessuale sono da qualificare quali misure discriminatorie vietate dalla Costituzione spagnola.

Anche il *Conseil constitutionnel* è stato chiamato a pronunciarsi sul riconoscimento, da parte della legge che ha aperto al matrimonio omosessuale, della possibilità di adottare da parte di coppia di persone dello stesso sesso.

Il *Conseil* (sent. 17 maggio 2013, n. 669, cit.) ha respinto l'eccezione di costituzionalità, rilevando come la legge non ha lo scopo di riconoscere alle coppie omosessuali il diritto ad adottare un minore, ma solo quello di parificare le stesse a quelle eterosessuali, sottoponendole alle medesime regole, condizioni e controlli imposti a tutte le coppie per l'adozione di minori.

In Italia, seppure nel contesto dell'assegnazione dei figli in caso di separazione, pare da sottolineare l'affermazione contenuta in una sentenza della Corte di cassazione, sul caso di minore affidato alla madre ed allontanato dal padre in quanto violento.

La madre era quindi andata a vivere con altra donna ed il padre chiedeva la revoca dell'affidamento, fondando la sua richiesta principalmente sul danno che sarebbe derivato al minore dal fatto di vivere e crescere con una coppia omosessuale.

La cassazione rileva come il motivo di ricorso si fonda non su dati scientificamente provati, ma su un "pregiudizio", dando così per scontato quello che invece si dovrebbe dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino. Per il giudice di legittimità il contesto di coppia omosessuale non può ritenersi di per sé dannoso per il figlio e la eventuale dannosità non può essere presunta, ma deve al contrario essere dimostrata²².

²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo 26 febbraio 2002, Frette c. Francia.

²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo 19 febbraio 2013, X c. Austria.

²² Cass. 11 gennaio 2013, n. 601

8. Segue. *La c.d. stepchild adoption. La posizione della giurisprudenza italiana di merito e di legittimità in ordine all'applicazione dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983 alle coppie dello stesso sesso. La posizione di "pesce in barile" del legislatore in occasione dell'approvazione della legge sulle unioni civili.*

Un profilo particolare del più generale tema dell'adozione da parte di coppie dello stesso sesso è quello relativo alla possibilità del *partner* di adottare il figlio della compagna/o (c.d. *stepchild adoption*), ipotesi, come noto, prevista invece per le coppie eterosessuali, ai sensi dell'art. 44, lett. b), l. 184/1983. L'adozione co-parentale è presente e possibile da tempo nel panorama europeo (ad es. nel Regno Unito, in Spagna, in Francia, in Danimarca, in Belgio ed in Germania).

Su di esso si è verificata una ipotesi, per alcuni versi come vedremo particolare, di relazione tra legislatore e giudici.

Alcuni giudici di merito hanno ritenuto possibile la trascrizione dell'atto di adozione di una minore da parte della *partner* della madre biologica effettuato in Spagna, in quanto non contrario all'ordine pubblico e sempre che, in concreto, corrisponda al superiore interesse della minore al mantenimento della vita familiare con le due figure genitoriali²³.

Più interessante la prevista possibilità di applicare al nostro caso l'art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983.

Tale disposizione fa riferimento alla possibilità di derogare alle regole generali sull'adozione in caso di "constatata impossibilità di disporre l'affidamento preadottivo". In tali casi interrompere i legami affettivi già instaurati dal minore con una persona o due persone che non potrebbero ottenere un'adozione legittimante, ma che hanno con lui un legame affettivo significativo, comporterebbe un grave pregiudizio per il minore che ha già maturato un senso di appartenenza alla famiglia dell'istante, considerandola come la propria. Da qui la necessità di valutare in concreto se la interruzione di quel rapporto possa nuocere al minore.

Alcuni giudici di merito avevano fatto applicazione di tale disposizione accogliendo la domanda di adozione avanzata ad esempio dalla compagna omosessuale della madre della minore²⁴.

Essi avevano ritenuto che l'adozione ai sensi dell'art. 44.1 lett. d), l. 184/1983 può essere disposta se esiste e viene accertato in concreto l'interesse del minore al riconoscimento di una relazione affettiva già instaurata e consolidata con chi se ne prende stabilmente cura, non avendo alcuna rilevanza l'orientamento sessuale dell'adottante (nella specie bambina di sei anni da parte della compagna della madre che vi aveva acconsentito)²⁵.

Tale giurisprudenza aveva sollevato, come prevedibile, un ampio dibattito anche fuori dall'ambito strettamente giuridico, coinvolgendo anche l'opinione pubblica e quindi ovviamente l'ambiente politico.

Mentre alcuni si erano dichiarati apertamente favorevoli alle aperture offerte dalla surricordata giurisprudenza, altri avevano espresso una fortissima critica, denunciando l'attivismo della magistratura ed una invasione della sfera riservata al legislatore, altri ancora, andando oltre, avevano sporto denunce alla procura della repubblica (*sic!*) e richiesto l'attivazione di un procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati componenti i collegi giudicanti.

²³ In tal senso App. Milano 10 dicembre 2015. Si veda pure Trib. min. Firenze, decr. 7 marzo 2017, che ha riconosciuto per la prima volta in Italia la trascrizione nei registri dello stato civile dell'adozione di due minori in stato di abbandono pronunciata all'estero a favore di una coppia omosessuale.

²⁴ Trib. min. Roma 30 luglio 2014.

²⁵ App. Roma 23 dicembre 2015 e App. Torino 27 maggio 2016.

Di tutto questo non poteva non aversene eco nelle aule parlamentari dove veniva finalmente in discussione l'iniziativa legislativa relativa alla disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso.

Il disegno di legge, conseguentemente, aveva previsto una disciplina anche dell'aspetto in questione, riconoscendo pure nel nostro paese la possibilità della *stepchild adoption* in una misura più ristretta rispetto al risultato raggiunto dalla ricordata giurisprudenza, dal momento che l'accesso alla PMA veniva riconosciuto solamente alle coppie omosessuali che avessero costituito una unione civile e non a tutte quelle semplicemente conviventi (come per le coppie eterosessuali).

Ragioni politiche, che avevano fatto temere per la tenuta della maggioranza sullo specifico aspetto della adozione co-parentale, hanno consigliato il legislatore di eliminare tale previsione, rinviando ad una legge successiva, che era facile capire che non ci sarebbe poi stata.

Il nostro legislatore ha scelto sul punto di assumere la posizione del "pesce in barile", non prendendo posizione né nel senso di escludere la possibilità di adozione in queste circostanze, né di consentirla, pur ben consapevole della presenza della indicata giurisprudenza.

Difficile in questo caso, per il legislatore, parlare di invasione di campo di scelte ad esso riservate – ma volutamente evitate – se non di una invasione assolutamente auspicata e voluta o addirittura di una sorta di delega all'autorità giudiziaria a risolvere, almeno per il momento, un problema collegato con la tutela di un diritto fondamentale che a livello normativo il legislatore non aveva potuto o voluto risolvere.

La soluzione normativa è stata infatti una "ammiccante" disposizione, secondo la quale "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti" (art. 1, comma 20, l. 76/2016), che mi richiama per certi versi la formula che un collega ed amico preside di facoltà utilizzava nel verbalizzare le delibere del consiglio: "alla presenza dei soli aventi diritto".

Molto attesa era quindi la posizione che avrebbe assunto la Corte di cassazione in ordine alla ricordata giurisprudenza di merito sulla interpretazione dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983. Questa si è espressa il mese successivo alla approvazione della legge sulle unioni civili e lo ha fatto nel senso di confermare la posizione espressa dai giudici di merito²⁶.

In conclusione: a fronte di un vuoto lasciato dal legislatore - "pesce in barile", una risposta è venuta dalla giurisprudenza, dal momento che il giudice, a differenza del legislatore, non ha la possibilità di non decidere o di rinviare la soluzione ad un futuro momento più favorevole, ma è obbligato a dare una risposta, positiva o negativa che sia, al cittadino che chiede il rispetto di un suo diritto (vero o supposto tale).

9. Segue. L'accesso delle coppie omosessuali alle tecniche di PMA e la supposta discriminazione rispetto alle coppie etero conviventi. La questione di costituzionalità della l. 40/2004 e la risposta della Corte costituzionale. I limiti dell'intervento del Giudice costituzionale per rispetto delle scelte del legislatore: una soluzione "allo stato" ed alla luce "degli apprezzamenti correnti".

La legge sulle unioni civili ha lasciato aperto altresì il problema del raccordo tra l'istituto delle unioni civili delle coppie omosessuali e la possibilità di accedere da parte delle stesse alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA).

La necessità di un raccordo deriva dal fatto che la l. n. 40 del 2004, notoriamente assai restrittiva in tema di accesso alla PMA, pone limiti sia di carattere oggettivo che soggettivo.

Nel primo senso consente il ricorso alle tecniche di PMA solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione e lo circoscrive comunque ai casi di

²⁶ Cass. 22 giugno 2016, n. 12962

sterilità o di infertilità documentate da atto medico nonché' ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico.

Nel secondo senso limita l'accesso alle *coppie* di maggiorenni di *sex diverso*, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi e sanziona espressamente quanti facciano applicazione delle tecniche di PMA a coppie che siano composte da *sogetti dello stesso sesso*.

Alla luce dei principi introdotti nel nostro ordinamento dalla legge che ha istituito le unioni civili, ci si è chiesti se fosse ancora ragionevole in particolare il diverso trattamento riconosciuto alle coppie conviventi eterosessuali rispetto alle coppie dello stesso sesso, unite civilmente e caratterizzate quindi da una formalizzazione del rapporto non esistente nell'altro caso.

Alcuni giudici, nel corso di giudizi instaurati a causa del rifiuto della autorità sanitarie di accesso alle tecniche di PMA da parte di una coppia di donne, hanno sollevato la questione di costituzionalità delle disposizioni della l. 40/2004, fondandosi sul riconoscimento della coppia omosessuale quale formazione sociale e sulla legge istitutiva delle unioni civili.

Più in specifico è stato osservato nelle ordinanze di rinvio che, se da un'unione civile scaturisce una famiglia idonea ad accogliere il nuovo nato, non vi sono spazi per il legislatore per negare il diritto alla genitorialità mediante accesso alla PMA ad una coppia di donne unita civilmente.

In questo caso non ci sarebbero interessi contrapposti da bilanciare non risultando per niente pregiudicate le prerogative del nuovo nato, né venendo in rilievo le questioni di ordine etico, quali derivano dalla ipotesi di maternità surrogata, per cui la esclusione delle coppie omoaffettive integrerebbe una chiara discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, come tale lesiva della dignità della persona umana, anche perché il divieto implicherebbe una negazione del diritto alla genitorialità²⁷.

La Corte costituzionale²⁸ rileva come la questione deve essere in realtà limitata a coppie omosessuali di sole donne e non di uomini, per i quali si dovrebbe ricorrere alla diversa pratica della maternità surrogata, la quale è vietata in assoluto, in quanto contraria all'ordine pubblico.

La Corte precisa altresì come i giudici *a quibus* auspichino l'effetto di rendere fruibile la PMA alle coppie omoaffettive in quanto tali, anche quindi a prescindere da patologie che pongano la coppia in condizione di infertilità o di altra condizione patologica, con la conseguenza che la PMA verrebbe estesa anche alla infertilità "sociale" o "relazionale", fisiologicamente propria della coppia omosessuale in quanto tale.

Elemento centrale viene individuato nella necessità di decidere se esista o meno un diritto a procreare o alla genitorialità, tale da comportare la libertà di scegliere non solo se e quando, ma anche come farlo. Se il desiderio di avere figli con le nuove tecniche mediche meriti cioè sempre e comunque di essere soddisfatto oppure se l'accesso alle stesse debba essere regolato, ponendo dei limiti, specie per la salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato.

Al proposito, come abbiamo visto, la legge del 2004 ha posto le ricordate due chiare restrizioni relative all'aspetto oggettivo ed a quello soggettivo.

A giudizio del Giudice costituzionale l'ammissione delle coppie omosessuali alla PMA comporterebbe la espressa sconfessione di entrambe le limitazioni, che rappresentano le linee guida della legge.

Per l'aspetto oggettivo la Corte non vede una incongruenza interna: l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale non è affatto omologabile all'infertilità (assoluta e irreversibile) della coppia etero, allo stesso modo che non lo è la infertilità della donna sola o della coppia troppo anziana.

²⁷ Trib. Pordenone, ord. 2 luglio 2018, G.U., 1° s.s., n. 38 del 2018; Trib. Bolzano, ord. 3 gennaio 2019, G.U., 1° s.s., n. 17 del 2019.

²⁸ Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221.

Mentre per l'aspetto soggettivo, la scelta per una situazione para-naturale (due genitori di sesso diverso) come la più idonea per accogliere e crescere il nuovo nato, non può ritenersi in sé arbitraria o irrazionale, a prescindere dalla capacità della donna sola o della coppia omoaffettiva di assolvere le funzioni genitoriali.

La Corte costituzionale conclude quindi per la infondatezza della questione sollevata, risolvendo il problema centrale sopra indicato nel senso che la tutela della "salute" non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia reputi essenziale, tale da rendere incompatibile con essa ogni ostacolo frapposto alla sua realizzazione.

Questa conclusione non è ritenuta contraddetta dalla recente giurisprudenza prima ricordata a proposito della adozione da parte di coppie omosessuali o del figlio del partner, ai sensi dell'art. 44.1, lett. d), l. 184/1983.

La Corte pone infatti in rilievo come tra adozione e PMA vi sia una essenziale differenza.

La prima presuppone l'esistenza in vita di un minore e non serve a dare un figlio alla coppia, ma a dare una famiglia ad un minore, che è già nato, per cui assume interesse preminente che possa mantenere relazioni affettive già instaurate.

La seconda serve invece a dare alla coppia un figlio non ancora venuto in esistenza, realizzando le aspirazioni genitoriali. Il bambino deve ancora nascere ed allora non è irragionevole, a giudizio della Corte, che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione ed alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità appaiono le migliori situazioni di partenza²⁹.

Con riguardo al tema che ci occupa, relativamente ai rapporti tra legislatori e giudici in ordine allo sviluppo ed alla realizzazione delle coppie omoaffettive, si deve segnalare come nella sentenza in esame la Corte costituzionale sottolinea che la disciplina esaminata tocca materia eticamente sensibile, le cui scelte non possono che spettare al legislatore.

Più in particolare la Corte pare voler distinguere tra interventi che vanno a modificare il testo normativo su singoli aspetti, mantenendo però ferme le scelte di fondo operate in proposito dal

²⁹ Successivamente alla summenzionata decisione, la Corte costituzionale è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sul tema.

Il presupposto è stata la posizione assunta dalla Corte di cassazione, secondo la quale, posto che l'ordine pubblico osta al riconoscimento di efficacia in Italia di un atto di stato civile straniero non già allorché questo sia espressione di una disciplina normativa contrastante con disposizioni anche imperative o inderogabili di diritto interno, ma solo quando il diritto straniero di riferimento sia incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Costituzione, dai trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il giudice può disporre la trascrizione dell'atto di nascita straniero (nella specie, spagnolo) nel quale, conformemente alla legge di quel paese, risulti la nascita di un figlio da due donne, una (spagnola) che l'ha partorito, l'altra (italiana) che ha donato l'ovulo, tanto nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia, ivi coniugata, in quanto non collidono con l'ordine pubblico, come sopra delineato: 1) la circostanza che la tecnica riproduttiva utilizzata, comunque non rapportabile alla maternità surrogata, non sia riconosciuta dall'ordinamento italiano; 2) il contrasto con la disposizione di cui all'art. 269, comma 3, c.c., secondo cui è madre solo colei che ha partorito, trattandosi oltretutto di disposizione sulla prova della filiazione; 3) l'essere la coppia genitoriale composta da persone dello stesso sesso, unite da stabile legame affettivo, posto che nessun principio, tanto più di rilevanza costituzionale, preclude a costoro di accogliere, allevare, nonché generare figli, anche considerato che la discendenza biologica non è ormai più requisito essenziale della filiazione; di contro, si deve aver riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, di tutela dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia anche nel suo diritto alla continuità dello status di filiazione, nella specie con riferimento a due donne, ad entrambe le quali è biologicamente legato, validamente acquisito all'estero, oltretutto in altro paese dell'Ue (Cass. 30 settembre 2016, n. 19599).

Sulla base di tali affermazioni è stata sollevata questione di costituzionalità per la mancata previsione della possibilità di formare in Italia l'atto di nascita di un bambino da due madri.

La questione - riguardo alla quale pare utile segnalare il mancato intervento nel giudizio costituzionale del Presidente del consiglio dei ministri - è stata dichiarata inammissibile, per difetto di motivazione in ordine alla individuazione della norma impugnata (Corte cost. 15 novembre 2019, n. 237).

legislatore ed interventi che invece sono tali da impattare proprio con tali scelte, venendo quindi a modificare l'ispirazione di fondo seguita dal legislatore.

Per il Giudice costituzionale interventi del secondo tipo, di norma, non rientrano nei poteri della Corte, anche se tale affermazione viene in parte temperata dal ripetuto riferimento della stessa "allo stato" ed al momento storico in cui la decisione è pronunciata, allo scopo di non precludersi una diversa soluzione per il futuro, anche non troppo lontano.

La Corte ritiene infatti che "la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce *in subiecta materia*, pur rimanendo quest'ultima *aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata*" e che, nel richiedere "la diversità di sesso dei componenti della coppia – condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia – il legislatore ha tenuto conto, d'altronde, anche *del grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta 'omogenitorialità' nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto*".

Anche nel porre la distinzione tra adozione e utilizzo delle tecniche di PMA riguardo alla esclusione delle coppie omosessuali, la Corte ritiene non irragionevole che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione "e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, *appaiono, in astratto, come le migliori condizioni 'di partenza'*".

10. Una riflessione conclusiva.

Una brevissima riflessione per concludere.

Come accaduto per molti altri diritti, il cui riconoscimento nessuno, o quasi, oggi sembra porre in discussione, anche per le coppie omoaffettive è possibile indicare un cammino che, partendo dalle ipotesi allora quasi pionieristiche dei registri comunali³⁰, è giunta a quella fase che ho chiamato del "riconoscimento", partendo da quella della "persecuzione" e passando attraverso quelle della "indifferenza" e della "tolleranza".

In questo cammino abbiamo cercato di porre al centro le relazioni tra legislatori e giudici, evidenziando i momenti di collaborazione ed anche di ambiguità o di eccessi.

Potremmo chiederci se quel cammino debba considerarsi come un cammino a senso unico verso la realizzazione dei diritti umani sanciti dalle Carte costituzionali oppure se sia possibile o pensabile un cammino in senso inverso, nel senso di una limitazione del livello di riconoscimento e di tutela raggiunti in merito a certi diritti.

Fino a ieri non avrei avuto esitazione a dare alla domanda una risposta negativa.

Non è pensabile un ritorno alla situazione in cui la donna era esclusa dalla magistratura oppure alla carcerazione dei giovani che, per ragioni di coscienza, rifiutavano il servizio di leva allora obbligatorio o ancora ad una nozione di famiglia, per la quale il marito era indicato come il "capo" della medesima o alla qualificazione come reato della scelta della donna di interrompere la gravidanza nei primi tre mesi e così via.

Pur restando della convinzione che il cammino dei diritti è un percorso a senso unico, non posso negare che il clima che caratterizza la situazione politica attuale del nostro paese rende meno sicura la mia risposta o quanto meno insinua elementi di preoccupazione.

Il percorso a ritroso comincia, come sempre, dai meno tutelati, vale a dire dagli ultimi arrivati (come gli immigrati) e dalle minoranze.

³⁰ R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I registri comunali delle unioni civili ed i loro censori*, in *Foro it.*, 1996, III, 525.

Di recente sono state approvate leggi che sanzionano coloro che salvano vite umane in mare, provvedimenti che hanno escluso dalle mense scolastiche bambini stranieri fondati sulla richiesta di certificazioni del paese di origine, impossibili da ottenere, abbiamo assistito a fatti quali l'assalto ad una famiglia cui era stata legittimamente attribuita una casa popolare, in quanto rom e potremmo certo continuare.

Il ministro della famiglia del primo governo Conte, in una delle sue prime affermazioni ha sostenuto che per lui le unioni omoaffettive "non esistono".

Un'affermazione che certamente può essere inquadrata in un percorso a ritroso che potremmo collocare in un ritorno "dal riconoscimento" alla "indifferenza", senza neppure passare per la "tolleranza".

Consulta Online

ANNA PIROZZOLI

La libertà di coscienza e le neuroscienze cognitive

SOMMARIO: 1. *La coscienza tra transumanesimo e profilazione.* – 2. *La sfera della coscienza individuale nel contesto costituzionale.* – 3. *I limi delle neuroscienze nelle applicazioni al diritto.*

1. *La coscienza tra transumanesimo e profilazione.*

I nuovi scenari di interazione tra stimoli neuronali esterni o interni al corpo umano e reazioni dell'uomo, ridisegnano il ruolo delle neuroscienze cognitive¹ nello studio della libertà di coscienza, del libero arbitrio e della libertà di scelta². Questi lasciano immaginare un ripensamento dei confini di alcune categorie giuridiche fondate sulla libertà del volere in funzione della riformulazione delle neuroscienze³, non più riconducibili allo studio di mere *brain images*, bensì come un insieme interdisciplinare della ricerca biomedica, cellulare e psicobiologica per la comprensione dei meccanismi neurali legati al comportamento, alla memoria, al linguaggio e alle emozioni, che in fondo traducono in azioni le nostre scelte.

Le nuove prospettive di interazione tra cervello e supporti artificiali spingono gli scienziati a teorizzare la possibilità di trasferire la coscienza umana su supporti extracorporei, aprendo persino a scenari di sopravvivenza della coscienza umana oltre il decadimento del corpo, quello che viene definito tra gli altri da Alexandre Besnier come il "transumanesimo"⁴.

¹ Sullo sviluppo delle neuroscienze cognitive si veda particolarmente A. OLIVERIO, *Neuroscienze cognitive*, in *Enc. ital.*, VII Appendice, 2007, disponibile anche in *Treccani, Enciclopedia delle Scienze sociali*, (http://treccani.it/enciclopedia/elenco-opere/Enciclopedia_delle_scienze_sociali), in cui si fa risalire l'espressione "neuroscienze cognitive" alla fine degli anni Settanta del Ventesimo Secolo, quando, in seguito allo sviluppo di una serie di tecniche volte a visualizzare il funzionamento della corteccia e dei nuclei cerebrali, si chiarì come «il cervello rende possibile la cognizione e, più in generale, come funziona la mente in rapporto ad attività quali la memoria, l'apprendimento, l'emozione, i processi inconsci. Al progresso delle neuroscienze cognitive contribuirono sia psicologi cognitivi come G.A. Miller e S.M. Kosslyn sia neuroscienziati come A. Damasio e J. LeDoux, che proposero nuove teorie della mente con particolare riferimento all'intreccio tra fattori emotivi e cognitivi. Tuttavia, le neuroscienze cognitive affondano le loro radici in un cambiamento di ottica nei confronti del ruolo dei fattori biologici. Il comportamentismo sostenuto da J.B. Watson e in seguito da B.F. Skinner entrò infatti in un progressivo declino in seguito alla diffusione delle posizioni del linguista N. Chomsky (il quale affermò che la teoria dell'apprendimento sostenuta da Skinner non poteva spiegare come emerge il linguaggio, considerato da Chomsky una facoltà con una larga base innata) e in seguito alle originali teorie proposte dal neuroscienziato D. Marr, che propose una teoria della mente basata su processi computazionali. Pur nella loro diversità, questi approcci naturalistici concorsero allo sviluppo delle neuroscienze cognitive, che sono accomunate da un'ottica fortemente radicata nella biologia».

² È interessante qui richiamare anche l'analisi filosofica relativa alla libertà di scelta di E. SEVERINO, *Sul problema della libertà*, in M. DI FRANCESCO, *A proposito di libertà*, ESR, Milano, 2009, 27 ss., in cui l'Autore afferma che «la libertà di scelta presuppone che le cose – e innanzitutto le cose decise – siano disponibili al loro poter non essere, anziché essere; e al loro poter essere, anziché non essere. Che siano disponibili all'oscillazione tra il loro non essere e il loro essere. (...) Al fondo della libertà di scelta – e qui tocchiamo il significato ultimo di ogni possibile libertà – sta la libertà delle cose *dal* loro essere e *dal* loro non essere».

³ Sulla libertà del volere come «possibilità di scelta tra i vari motivi che suggeriscono all'individuo una condotta» si veda G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 1960, 1629-1701, ora in G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, Volume III, *Il processo e le libertà*, Giuffrè, Milano, 1997, 290 ss.

⁴ J.M. BESNIER, *L'uomo semplificato*, Vita e Pensiero, Milano, 2013, 31; sul transumanesimo anche N. BOSTROM, *In Defense of Posthuman Dignity*, in *Bioethics*, 3/2005, 202 ss.; U. RUFFOLO-A. AMIDEI, *Intelligenza artificiale e diritto – Intelligenza artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"*, in *Giur. It.*, 2019, 7, 1658 ss. Per una disamina dei fondamenti teorici del transumanesimo v. P. SOMMAGGIO, *Tecnoentusiasti e tecnofobici: l'umano in transizione*, in *Persona e danno*, 2013, 13 ss.

Una prospettiva sostenuta anche dagli scienziati della *Columbia University* che hanno avviato alcune sperimentazioni avanzate nello studio delle “neuroprotesi” capaci di restituire la parola (e ancor prima la capacità di elaborazione del pensiero) a soggetti affetti da malattie neurodegenerative, interferendo dall'esterno con le funzioni cerebrali, fino a influenzare e modificare emozioni, pensieri o ricordi⁵.

Insomma, le neuroscienze mostrano una nuova immagine dell'uomo, meno libero poiché influenzato nelle sue scelte: innanzi tutto dal contesto in cui agisce, ma anche dai condizionamenti genetico-cerebrali.

Il primo, il contesto, comprende le condizioni ambientali e sociali in cui il soggetto opera, ed oggi con l'influenza delle nuove tecnologie e della loro capacità di profilazione⁶, il contesto sociale si dimostra ancora più incisivo rispetto alla (reale) possibilità di scelta del singolo. Si crea infatti una distorsione della realtà disegnata dall'abilità performante dei motori di ricerca che esaudiscono le esigenze degli utenti e l'accesso ad ogni tipo di informazione (verificata o *fake*)⁷, concedendo sempre meno spazio all'autonomia decisionale, nella scelta tra ciò che si desidera davvero e ciò che ci fanno desiderare, tra quello che pensiamo davvero e quello che ci inducono a pensare.

Si genera dunque una sorta di profilazione dell'utente sempre più condizionante, non solo per l'inevitabile invasione della *privacy*⁸, ma anche per la limitazione della capacità stessa di pensare⁹. La promozione di una più ampia offerta rischia di essere un'illusione generata prevalentemente dalle nostre stesse ricerche, un'offerta disegnata sui presunti gusti dell'utente per cui ogni risultato

⁵ H. AKBARI-B. KHALIGHINEJAD-J.L. HERRERO et al., *Towards reconstructing intelligible speech from the human auditory cortex*, in *Scientific Reports*, 2019/9, 874 ss.

⁶ M. AINIS, *Il regno dell'Uroboro*, La Nave di Teseo, Milano, 2018, 50 ss., in cui l'Autore esamina gli effetti sulle nostre libertà della propagazione di Google, Apple, Microsoft, Amazon, Facebook, Twitter e WhatsApp, poiché siamo psicologicamente e socialmente indotti a dare il consenso alle piattaforme, a permettere di controllare i nostri comportamenti *online* e i nostri contenuti sotto forma di dati, in questo modo, spiega l'Autore, «ogni contatto, ogni ricerca, ogni giudizio che ti scappa via su un *social network* si trasforma in merce, e la merce sei tu stesso, sono i frammenti della tua identità».

⁷ Sulla “dimensione costituzionale” del diritto di accesso ad Internet si veda P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *L'informazione. Il percorso di una libertà*, Passigli, Firenze, 2012, 9 ss., in cui l'Autore, con particolare riferimento alla cd. “democrazia elettronica” afferma che «Non sarebbe dubbia, (...), l'attrazione del “diritto di accesso ad internet” anche nella dimensione costituzionale, ben al di là di quanto la sua configurazione nei termini di uno strumento liberamente utilizzabile per un esercizio più sostanziale di determinati diritti costituzionalmente tutelati consente già, come si è visto, di concepire. In questa prospettiva, infatti, il tono costituzionale dell'accesso sarebbe collegato al piano dell'attuazione costituzionale di principi e regole, in quanto si individuasse nell'utilizzazione della Rete lo strumento migliore, se non l'unico, per corrispondere al *magis ut valeat* nei confronti di questi stessi principi e regole. In questa prospettiva, sembrano, del resto, collocarsi quelle esperienze ordinamentali nelle quali l'accesso alla Rete si rivela talmente imbricato con situazioni costituzionalmente rilevanti da doversi concludere per una sua, sia pure specifica e settoriale, consistenza costituzionale».

⁸ A riguardo si veda particolarmente L. CALIFANO, *Brevi riflessioni su privacy e costituzionalismo al tempo dei big data*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 9/2017, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it (www.federalismi.it), in cui l'Autore afferma che «in termini generali le attività legate all'utilizzo dei *big data* e alla profilazione commerciale possono evidenziare chiari profili di contrasto con la disciplina *privacy* con riferimento alla violazione del principio di finalità; all'assenza del consenso degli interessati; alla mancata o carente informativa sul trattamento dei dati personali dei soggetti. A ciò si aggiungano i dubbi che riguardano i presupposti di legittimità di vere e proprie banche dati private; i livelli di sicurezza, intesa come irreversibilità, delle tecniche di anonimizzazione; il rispetto degli obblighi di cancellazione». In tema anche P. COSTANZO, *Internet e giustizia costituzionale*, in P. IVALDI-S. CARREA (a cura di), *Lo spazio cibernetico: rapporti giuridici pubblici e privati nella dimensione nazionale e transfrontaliera*, Genova University Press, Genova, 2018, 3 ss.

⁹ Sui rischi derivanti dalla “profilazione dell'utente” si veda M. AINIS, *Economia digitale e Big Data*, intervento del 25 ottobre 2017 disponibile all'indirizzo www.agcm.it, secondo il quale «pensiamo di pensare, ma in realtà ripetiamo come pappagalì i pensieri altrui. O al limite anche i nostri, però amplificati e deformati, senza verifiche, senza alcun confronto con le opinioni avverse. È l'universo autistico in cui siamo rinchiusi, anche se per lo più non ci facciamo caso. Un universo tolemaico, in cui il sole gira attorno alla terra - ed è ognuno di noi, la terra».

è costruito sull'immagine che la Rete crea attraverso l'opera di "personalizzazione"¹⁰, restituendo ciò che presumibilmente l'utente vuole conoscere, e non tutto quello che davvero vorrebbe sapere¹¹.

Oltre al contesto, ci sono poi i condizionamenti genetico-cerebrali. Almeno è ciò che ci suggeriscono alcuni neuroscienziati secondo i quali è possibile osservare il sorgere di scelte comportamentali alcuni millisecondi prima che il soggetto acquisisca la consapevolezza della propria determinazione. Insomma, se tra gli altri Benjamin Libet¹² indica la possibilità che segnali cerebrali possano precedere e prevedere l'esito delle decisioni ancor prima che i soggetti credano di prendere una decisione cosciente¹³, possiamo continuare ad affermare che siamo noi a scegliere quando siamo dinanzi ad una opzione, oppure le scelte sono l'esito di una programmazione cerebrale che non lascia spazio ad una elaborazione consapevole e intenzionale? C'è una dissociazione tra le funzioni delle attività mentali (il pensiero, la coscienza, la volontà) rispetto a quelle cerebrali, e quali sono gli effetti sulla libertà di coscienza?

2. La sfera della coscienza individuale nel contesto costituzionale.

La coscienza, appunto. La Corte costituzionale già nel 1991 si è occupata di coscienza e la qualificava come valore costituzionale, la cui tutela è da considerarsi necessaria (scrive la Corte nella sentenza 467 del 1991) "al fine della garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili dell'uomo", e si ricava dall'art. 2 Cost. oltre che "dall'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti". In maniera originale per le modalità con cui è stata redatta la pronuncia e tuttavia poco decodificabile, la Corte costituzionale ha tentato di disegnare un fondamento della tutela della coscienza individuale, parlando di un "principio creativo che rende

¹⁰ Sui rischi di distorsione dell'identità individuale in Rete si veda L. TRUCCO, *Identità individuale e privacy alla prova di internet*, in P. IVALDI, S. CARREA (a cura di), *Lo spazio cibernetico. Rapporti giuridici pubblici e privati nella dimensione nazionale e transfrontaliera*, Genova University Press, Genova, 2018, 37 ss.

¹¹ Di un "mondo su misura" offerto dai creatori della personalizzazione in Rete parla Eli Pariser, secondo il quale «la bolla dei filtri può influire sulla nostra capacità di scegliere come vogliamo vivere. (...) Ci illudiamo di essere padroni del nostro destino, ma la personalizzazione può produrre una sorta di determinismo dell'informazione, nel quale ciò che abbiamo cliccato in passato determina ciò che vedremo in futuro (...) Rischiamo di restare bloccati in una versione statica e sempre più ridotta di noi stessi, una specie di circolo vizioso»: E. PARISER, *The Filter Bubble*, 2011, (trad. it.) B. TORTORELLA, *Il Filtro. Quello che internet ci nasconde*, Il Saggiatore, Milano, 2012, 20.

¹² B. LIBET-C.A. GLEASON-E.W. WRIGHT-D.K. PEARL, *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act*, in *Brain*, 106/1983, 623 ss. Sul modello applicato da Libet cfr. le riflessioni di A.E. PANERAI, *Le neuroscienze e la libertà del volere*, in *Lebenswelt*, 4.1 (2014), 8: «Il modello di Libet consiste nel registrare l'elettroencefalogramma di volontari sani cui viene chiesto di dire quando prendono

coscienza della decisione di piegare un dito. Un aspetto importante dello studio è che il soggetto in esame definisce il momento della sua 'decisione' facendo riferimento, a fine esperimento, alla posizione che aveva avuto un disco rosso che gira su un orologio davanti a lui, secondo come la ricordava. Le registrazioni indicano una attività cerebrale, definita *readiness potential* o potenziale di preallerta, che precede di un tempo compreso tra 500 e 1000 ms (cioè 1 secondo!) la coscienza della decisione che, a sua volta, precede di 100-200 ms l'atto stesso», ove l'Autore precisa che «Libet stesso è restio a interpretare il dato come dimostrazione della totale assenza di libero arbitrio e introduce il concetto, invero vago, senza alcuna base e per la sua stessa natura non verificabile, che il periodo di 100-200 ms tra la presa di coscienza e l'esecuzione dell'atto sia il vero momento del libero arbitrio, poiché in quella frazione di tempo il volontario potrebbe rifiutare l'azione».

¹³ J. D. HAYNES, *Beyond Libet: previsione a lungo termine di scelte libere dai segnali di neuroimaging*, in S. DEHAENE-Y. CHRISTEN (a cura di), *Coscienza caratterizzante: dalla cognizione alla clinica? Ricerca e prospettive nelle neuroscienze*, Berlino, 2011.

possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo, ed è regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione"¹⁴.

Insomma, non è chiaro cosa sia la coscienza ma questa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che le libertà e i diritti ad essa connessi non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione "a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima".

Una elaborazione creativa e decisamente enigmatica, cui la Corte è stata costretta in assenza di un esplicito riferimento costituzionale, poiché né l'Assemblea Costituente scelse di assegnare alla coscienza un'esplicita e autonoma garanzia costituzionale nonostante ci fosse una proposta in tal senso di Costantino Mortati nella *Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato*¹⁵ (in tema di coscienza religiosa), e nemmeno in seguito, nell'ottica di una revisione costituzionale, con la proposta dell'on. Basso nel '72, che non fu mai oggetto di discussione del Parlamento¹⁶.

Le difficoltà interpretative nel riconoscere nella coscienza un principio costituzionale autonomo rispetto al principio personalistico risiedono nella complessità del concetto di coscienza, molto più articolato rispetto ad una mera relazione del soggetto con se stesso, poiché investe anche la relazione con il mondo esterno, la comunicazione, l'agire sociale e la sua riservatezza¹⁷. Dunque, investe il campo delle scelte, delle decisioni, delle azioni, su cui inevitabilmente influisce anche il contesto.

Il contesto esterno, senza dubbio, quindi l'educazione, il temperamento personale, le esperienze culturali, il contesto sociale; ma anche il contesto "interno", ossia quello che mette in relazione il cervello con tutto l'organismo a cui il cervello appartiene. E questo è il più difficile da decifrare, quello su cui le neuroscienze possono maggiormente contribuire, poiché la relazione tra cervello e mente sembra essere molto più complessa di quanto noi giuristi possiamo immaginare.

Alcuni neuroscienziati, confutando le basi filosofiche del pensiero cartesiano che con il suo *Cogito ergo sum* celebrava la netta separazione della mente, la immateriale "cosa pensante" (*res cogitans*) dal corpo non pensante dotato di estensione e di parti meccaniche (*res extensa*), parlano oggi di una correlazione intrinseca della mente con il cervello, sostenendo che ogni processo decisionale (ad

¹⁴ Così testualmente Corte cost., sentenza n. 467/1991, in particolare, al punto 4 del *diritto*. In argomento E. CANALE-I. DEL VECCHIO, *La (mancanza di una) clausola di coscienza nella legge italiana sul fine vita*, in *Giurisprudenza Penale* (www.giurisprudenzapenale.com/), 2019, 1-bis - "Questioni di fine vita"; A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 134 ss.; L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in L. LENTI-E.P. FABRIS-P. ZATTI, *I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, 184 ss., in cui l'Autore parla di un "approccio giudiziario rinnovato" anche alla luce della giurisprudenza costituzionale qui in esame.

¹⁵ L. MUSSELLI, *Chiesa e stato all'assemblea costituente: l'articolo 7 della costituzione italiana*, in *Il Politico*, Vol. 53, n. 1 (1988), 69-97.

¹⁶ Già in sede di Assemblea Costituente l'on Basso, nel corso della Relazione sulle "Libertà civili" in I Sottocommissione propose tale testo per l'art. 7: "Ognuno è libero di professare la propria fede religiosa, e di manifestare le proprie convinzioni politiche, sociali, filosofiche e scientifiche, e può porre in essere ogni atto idoneo a diffondere le proprie credenze e opinioni, purché non leda i diritti altrui. Nessuna differenza può farsi tra gli individui in base alla religione e alle opinioni politiche, sociali, filosofiche e scientifiche. Nessun limite può porsi alla libertà di coscienza. L'esercizio di ogni culto è libero. Nessun limite può porsi alla libertà di coscienza, che dev'essere in ogni tempo e luogo azionabile, verso qualunque autorità. Sembra opportuno disciplinare in questa sede la libertà di religione e di culto, anziché rinviarla alla norma relativa ai rapporti tra Stato e Chiesa, se dovrà esservi. Non appare invece necessario scendere a specificazioni delle varie estrinsecazioni della libertà di coscienza, di religione e di culto, come fanno alcune costituzioni, in ordine, per esempio, al giuramento, ai rapporti di lavoro, al servizio militare, ecc., poiché queste specificazioni per un lato non sono complete, onde danno luogo a difficoltà interpretative per i casi non enunciati; per un altro sono superflue, in quanto conseguenze immediate e dirette del principio enunciato".

¹⁷ In argomento v. A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1995, 240 ss.; F. CEMBRANI-G. CEMBRANI, *L'obiezione di coscienza nella relazione di cura*, SEEd Medical Publishers, Torino, 2016, 47 ss.

esempio quello di compiere una scelta tra due o più alternative), è condizionato dalle risposte somatiche emotive osservabili, utilizzate dal soggetto come indicatori della bontà o meno di una certa prospettiva.

Sono i marcatori somatici di cui parla il neuroscienziato portoghese Antonio Damasio¹⁸, secondo il quale questi servono come strumento automatico che facilita il compito di selezionare opzioni vantaggiose. Oggi quindi gli scienziati propendono per una teoria biologica della coscienza, sorretta da una serie sempre più consistente di dati, per cui tolta la base materiale la coscienza svanisce poiché - lo ha affermato il Premio Nobel Gerald Edelman - questa "emerge dall'organizzazione e dall'attività del cervello"¹⁹.

Dunque, ogni aspetto della nostra coscienza sembra essere il frutto di impulsi nervosi. Sicché se quando decidiamo liberamente di compiere un'azione, sia l'attività elettrica sia quella metabolica cerebrale insorgono qualche tempo prima di quando il soggetto rivela di aver preso la decisione, allora il primo stadio della decisione appartiene a un processo inconscio, diremmo meccanico, e solo successivamente diventiamo coscienti di quanto il cervello aveva deciso di fare²⁰.

3. I limi delle neuroscienze nelle applicazioni al diritto.

È chiaro che non possiamo qui ridurre a poche deduzioni le riflessioni scientifiche degli ultimi decenni: i venti milioni di dollari che finanziano un progetto di ricerca internazionale della *Templeton World Charity Foundation*²¹ rappresentano solo una piccola parte dell'impegno dei neuroscienziati sull'analisi dei processi cognitivi, al fine di comprendere se la coscienza sia il sottoprodotto dei processi di elaborazione delle informazioni (in questo caso potenzialmente riproducibili da un *software*), oppure se la coscienza sia il frutto delle cellule nervose neuronali proprie solo del nostro cervello.

Questi spunti però sono fondamentali per comprendere la complessità della definizione dell'oggetto della libertà di coscienza, anche se forse più propriamente dovremmo parlare dei "diritti della coscienza", poiché si tratta di pretese soggettive derivanti dalla maturazione della propria coscienza e a cui il legislatore e la Corte costituzionale hanno di volta in volta provato a fornire un opportuno bilanciamento rispetto ai doveri²², anche se si tratta di un "conflitto improprio di doveri"²³, ossia tra un dovere giuridico e un dovere metagiuridico della coscienza²⁴.

¹⁸ A.R. DAMASIO, *Descartes' error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, AvonBooks, New York, 1994. Su cui si veda P. ZATTI, *Principi e forme del governo del corpo*, in S. CANESTRINI-G. FERRANDO-C.M. MAZZONI-S. RODOTÀ-P. ZATTI, (a cura di), *Trattato di BioDiritto* (<https://www.biodiritto.org>). *Il governo del corpo*, 2011, 110 ss.; A. GUSMAI, *Le neuroscienze come strumento di "emersione" del diritto muto*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), n. 3/2017, 24 ss.

¹⁹ G. M. EDELMAN, *Wider than the sky. The phenomenal gift of consciousness*, Yale Univ Press, 2004.

²⁰ P. STRATA, *Neuroscienza e diritto: un colloquio necessario*, in *dpu – diritto penale e uomo*.

²¹ La *Templeton World Charity Foundation, Inc. (TWCF)* è stata fondata nel 1996 a Nassau, nelle Bahamas, per fungere da catalizzatore filantropico globale per le scoperte relative alle grandi questioni della vita e dell'universo, in aree di scienza, teologia, filosofia e uomo società. Sir John Templeton ha istituito la Fondazione per promuovere il pensiero audace, ambizioso e le comunicazioni creative su diversi argomenti al fine di stimolare la curiosità e l'entusiasmo per le nuove scoperte. Ciò si riflette nel motto della Fondazione: "*How little we know, how eager to learn*".

²² J. LUTHER, *I diritti della coscienza in attesa di una nuova legge*, in *Giur. It.*, 1992, 4, 629 ss.

²³ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, ETAS-RCS Libri, Milano, 1994, 381 ss.

²⁴ F. GRANDI, *Recenti sviluppi in tema di obiezione di coscienza*, in *Treccani, Enciclopedia delle Scienze sociali*, (http://treccani.it/enciclopedia/elenco-opere/Enciclopedia_delle_scienze_sociali), 13 marzo 2019. Poiché, se dal punto di vista giuridico quel che conta è la norma giuridica validamente posta, orientando dunque una preferenza in favore della giuridicità oggettiva piuttosto che in favore della coscienza individuale, ciò non significa affermare che il diritto non si debba curare delle questioni di coscienza. Poiché si tratta di un "conflitto improprio di doveri", un dovere giuridico in contrasto con un dovere metagiuridico della coscienza, rispetto al quale il legislatore, e spesso suo malgrado la Corte

La Corte costituzionale se ne è fatta carico soprattutto con riferimento alla relazione esistente tra coscienza e sentimento religioso. Già nel 1975 la sentenza n. 188, che vedeva relatore Crisafulli, considerava il sentimento religioso un bene costituzionalmente rilevante che vive nell'intimo della coscienza individuale²⁵; coscienza che torna nelle parole della Corte, alcuni anni dopo, per tutelare la libertà di coscienza dei non credenti in relazione alla formula del giuramento.

Mentre il legislatore, a partire dal 1972, ha avviato un'opera di interpretazione del valore della coscienza individuale ponendolo in equilibrio con alcuni doveri, ad esempio rispetto agli obblighi di leva in prestazioni di carattere non militare per chi ne avesse fatto richiesta (ora non più vigente)²⁶; ma poi nel 1978 con la legge che legittimava l'astensione del personale sanitario dal compimento delle procedure dirette a determinare l'interruzione della gravidanza²⁷, e poi ancora in tema di sperimentazioni sugli animali²⁸, e in tema di procreazione medicalmente assistita²⁹.

In tutti questi casi si tratta della protezione della libertà di coscienza, qui tutelata attraverso l'ammissione di un comportamento contrastante rispetto al generale dovere di osservanza dell'ordinamento giuridico sulla base di una "obiezione di coscienza".

Dunque, si tratta di un'eccezione rispetto alla regola generale motivata dalla necessità di tutelare l'individuo e la proiezione nel mondo delle sue più profonde convinzioni. Ma oggi le neuroscienze ci suggeriscono che non tutte le nostre scelte potrebbero essere frutto di una elaborazione intenzionale, ma probabilmente sono l'esito di influenze non completamente il nostro controllo, sia che si tratti di quelle interne al nostro corpo, sia di quelle derivanti dal mondo esterno.

Questa nuova impostazione modifica l'approccio del giurista in termini di riconoscimento della libertà dell'uomo e soprattutto dei suoi limiti, poiché se il processo volitivo prende avvio

costituzionale, hanno disegnato di volta in volta gli equilibri secondo un parametro di "ragionevole proporzionalità e necessità". In argomento si veda anche A. BONOMI, *Libertà morale e accertamenti neuroscientifici: profili costituzionali*, in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), n. 3/2017.

²⁵ Corte cost., sentenza n. 188 del 1975, su cui i commenti di A. ALBISSETTI, *Vilipendio della religione e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Dir. eccl.*, 1975, I, 283 ss.; S. BERLINGÒ, *Libertà "di religione" e "diritto di vilipendio"*, in *Dir. eccl.*, 1975, I, 188 ss.; F. ONIDA, *Vilipendio della religione e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giur. Cost.*, 1975, 3160 ss.; P. SIRACUSANO, *Art. 403 c.p. e tutela penale del sentimento religioso*, in *Dir. eccl.*, 1976, II, 292 ss.

²⁶ Il riferimento è alla legge n. 772 del 1972, su cui cfr. almeno A. ALBISSETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1987, 88 ss.

²⁷ Si tratta della legge n. 194 del 1978. Tra i numerosi commenti relativi anche alla concreta attuazione delle disposizioni di legge si veda almeno S. ROSSI, *L'obiezione di coscienza e il sabotaggio della 194*, in *Persona e danno*, disponibile all'indirizzo www.personaedanno.it; D. PARIS, *Coscienza e politica nell'obiezione di coscienza*, in *Quad. reg.*, 2011, 151 ss.; S. RODOTÀ, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, 64 ss.; L. VIOLA, *Obiezione di coscienza "di massa" e diritto amministrativo*, in *Federalismi.it*, 10/2014.

²⁸ Il riferimento qui è al decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 120; per una disamina dei contenuti principali si veda V. SILANO, *Medicinali di uso umano. Aspetti economici, normativi, procedurali e tecnici connessi a sperimentazione, produzione, prezzi, commercio e vigilanza in Europa e in Italia*, Tecniche nuove, Milano, 2001, 43 ss.

²⁹ Si tratta della controversa legge 40 del 2004, su cui tra i numerosi commenti v. almeno A. CELOTTO-N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Franco Angeli, Milano, 2004; M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 3/2004, 453 ss. Mentre sugli interventi della Corte costituzionale sulla legge 40 del 2004 si veda L. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. It.*, 2007, 1622 ss.; A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3846 ss.; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 369 del 2006)*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3849 ss.; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3859 ss.; A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità conseguenziale e selezione discrezionale dei casi (nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); 17 novembre 2006; invece, particolarmente sul ruolo dei *mass media* nella vicenda costituzionale della disciplina sulla procreazione assistita v. M. FIORILLO, *Il referendum abrogativo fra giustizia costituzionale e mass media*, in M. ANINIS (a cura di), *Il referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2005, 337 ss.

inconsapevolmente, visto che il cervello si prepara all'azione molto prima che il soggetto divenga consapevole di aver deciso di compiere il movimento, il soggetto è depotenziato da una pluralità di agenti neuronali che si orientano e decidono in base a logiche e meccanismi molto diversi da quelli che attribuiamo a noi stessi.

In sostanza resta la libertà di scelta, il libero arbitrio del soggetto, ma solo tra le opzioni che il cervello ha già selezionato per noi, una libertà meno assoluta di quella che si immagina, poiché non siamo sempre attori consapevoli della formazione di quell'«innervamento spirituale e morale delle libertà più antiche» di cui parlava Baldassarre³⁰.

È uno scenario che sembra preoccupante, soprattutto se si pensa ai riflessi di queste teorie in ambito penale, dove l'applicazione di modelli "radicali" arriva sino ad affermare l'inesistenza del libero arbitrio, generando non poco scetticismo dei giudici rispetto all'intrinseca validità scientifica e alla potenziale utilità delle neuroscienze rispetto alle questioni di rilevanza strettamente normativa.

E forse è proprio questo il punto della questione, ossia trovare una formula di interazione equilibrata tra l'intervento delle neuroscienze e la loro rilevanza nelle aree del diritto. Un'applicazione incondizionata di risultati scientifici rischierebbe di falsare le valutazioni, rispetto alle quali la componente umana è irrinunciabile. Bisogna muoversi con cautela tra i risultati neuroscientifici che - gli scienziati ci insegnano - possono comunque essere confutati da un ampio numero di esperimenti contrari, cercando di sfruttare, con ragionevolezza i nuovi elementi che ora meglio delineano il profilo della nostra libertà di coscienza ed i confini della non intenzionalità.

³⁰ A. BALDASSARRE, *Libertà. I. Problemi generali*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, XIX, 20 ss.

ANNA CIAMMARICONI
La legislazione farmaceutica nell'ordinamento statunitense:
un'analisi in prospettiva diacronica*

SOMMARIO: 1. Questioni definitorie e nozione giuridica di *drug*. – 2. Evoluzione della normativa federale in materia di farmaci: il *Federal Food, Drug and Cosmetic Act* e i principali emendamenti. – 2.1 Il *Federal Food, Drug and Cosmetic Act* del 1938. – 2.2 *Durham-Humphrey Amendment* del 1951. – 2.3 *Kefauver-Harris Amendments* del 1962 e *Hatch-Waxman Amendments* del 1984. – 2.4 *L'Orphan Drug Act* del 1983. – 2.5 Il *FDA Modernization Act* del 1997. – 3. La procedura di approvazione e di commercializzazione dei farmaci: il ruolo della FDA. – 3.1 La procedura di approvazione dei “*new drugs*” (NDA). – 3.2 La procedura di approvazione dei farmaci generici, la *Abbreviated NDA*. – 4. Il sistema sanitario statunitense: cenni. – 4.1 I programmi sanitari pubblici e l'*Obamacare*. – 4.1.1 *Individual mandate* e ampliamento di *Medicaid*. – 4.2. Le politiche farmaceutiche dell'Amministrazione Trump – 5. Considerazioni conclusive.

1. Questioni definitorie e nozione giuridica di *drug*

Il significato attribuito al termine *drug* nel mondo anglosassone riproduce l'ambivalenza che connota la parola *farmaco* fin dalle origini: ad esso è, infatti, associata una duplice accezione, sia positiva sia negativa, alla quale si riconducono i termini “*medicinale*” e “*sostanza stupefacente*”¹.

Nel contesto statunitense, la disciplina rilevante in materia di farmaco viene adottata a partire dall'inizio del XX secolo. Primo di una serie di importanti interventi legislativi sulla tutela dei consumatori, il *Pure Food and Drug Act*² del 1906 reca una definizione di *drug* nella sua accezione di “*medicinale*”; la disposizione, ex Sezione 6 dell'*Act* in oggetto, statuisce che: «the term “*drug*”, as used in this Act, shall include all medicines and preparations recognized in the United States *PharmaDrugs* or *National Formulary* for internal or external use, and any substance or mixture of substances intended to be used for the cure, mitigation, or prevention of disease of either man or other animals». Come osservato in dottrina³, al significato del termine viene attribuita ampia portata: si riconducono ad esso non solo «all *drugs* and *medicines*» – siano essi semplici o composti – ma anche tutti quei prodotti presentati ai consumatori come rimedi per il trattamento o la prevenzione di una qualsiasi malattia, contraibile dall'uomo o da altre specie animali, e prevede anche l'introduzione della prescrizione medica⁴.

La definizione elaborata dal legislatore statunitense non appare tuttavia scevra di elementi problematici, dovuti *in primis* all'impossibilità di tracciare una netta e chiara linea di demarcazione tra i prodotti da intendersi come afferenti alla categoria di *drug* piuttosto che quelli riconducibili a

* Chi scrive ha avuto l'onore e il piacere di conoscere il Prof. Costanzo durante gli anni del Dottorato genovese in “*Metodi e tecniche della formazione e della valutazione delle leggi*” (XVIII ciclo), di cui Egli è stato Coordinatore.

¹ Per un quadro storico, si rinvia a L. SACCO, *Il pharmakos nelle fonti antiche e nella Storia delle religioni. Alcune valutazioni critiche*, in *Mythos - Rivista di Storia delle Religioni*, 12/2018. Al riguardo, cfr. anche G.F. FERRARI, F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco – Medicinali, diritto alla salute, politiche sanitarie*, Cacucci Editore, Bari, 2015, 13.

² Può sin d'ora farsi notare come nella tradizione del Nord America (Stati Uniti e Canada) emerge, fin dai primi interventi normativi in materia di farmaci, una caratteristica comune, ossia quella di affrontare contestualmente la regolamentazione di *food* e *drug*. Sul quadro giuridico italiano, dal punto di vista storico e contemporaneo, cfr. P. COSTANZO (cur.) *Aspetti e problemi della disciplina giuridica del farmaco*, GUP, Genova, 2017.

³ Per maggiori informazioni, si veda, tra gli altri, A.P. GREELEY, *The Food and Drugs Act, June 30, 1906*, John Byrne&Company, Washington D.C., 1907.

⁴ *Ivi*, 1-2.

quella di *food*, considerato che dalla corretta e certa collocazione di un prodotto in una delle due tipologie discende il regime giuridico al quale lo stesso deve essere sottoposto.

Ad ogni buon conto, tutti i dubbi sollevati in merito alla definizione di *drug* contenuta nell'atto del 1906 vengono in buona parte dissipati nel 1938, in seguito all'approvazione da parte del Congresso del *Federal Food, Drug and Cosmetics Act* (FD&C Act)⁵. Con tale legge, oggetto negli anni di diversi interventi di modifica, il legislatore USA traccia un'articolata definizione del termine *drug*⁶. In particolare, l'art. 1 del FD&C Act stabilisce che per "*drug*" si intendono: «A. articles recognized in the official United States Pharmacopoeia, official Homoeopathic Pharmacopoeia of the United States, or official National Formulary, or any supplement to any of them; and B. articles intended for use in the diagnosis, cure, mitigation, treatment, or prevention of disease in man or other animals; and C. articles (other than food) intended to affect the structure or any function of the body of man or other animals; and D. articles intended for use as a component of any article specified in clause A, B, or C». La restante parte della disposizione richiamata si propone di chiarire quando un alimento, un integratore alimentare o un *dietary ingredient* non può essere ascritto alla categoria dei medicinali: «A food or dietary supplement for which a claim, subject to sections 403(r)(1)(B) and 403(r)(3) or sections 403(r)(1)(B) and 403(r)(5)(D), is made in accordance with the requirements of section 403(r) is not a drug solely because the label or the labeling contains such a claim. A food, dietary ingredient, or dietary supplement for which a truthful and not misleading statement is made in accordance with section 403(r)(6) is not a drug under clause (C) solely because the label or the labeling contains such a statement».

Sulle disposizioni accennate, non sono mancati, da parte della *U.S. Supreme Court* e delle Corti distrettuali, interventi chiarificatori, specie in ordine alla coerenza della classificazione di prodotti entro la *species* di medicamento⁷.

2. Evoluzione della normativa federale in materia di farmaci: il Federal Food, Drug and Cosmetic Act e i principali emendamenti.

Il già menzionato *Pure Food and Drug* del 1906, fortemente ostacolato per via degli standard di «strength, quality and purity» che imponeva, non risultò particolarmente gradito alle *lobby* dell'industria farmaceutica, nonché ai Senatori degli Stati meridionali – i quali, nella loro

⁵ L'approvazione del FD&C Act del 1938 è stata preceduta da un'ampia e articolata discussione in sede di Congresso, nella quale si sarebbe affermata l'idea secondo cui la classificazione di un bene come medicinale piuttosto che come un bene salutistico dovesse essere lasciata alla decisione del produttore, con il rischio, tuttavia, che si potesse in tal modo minimizzare le proprietà terapeutiche accertate e, di contro, enfatizzare proprietà non scientificamente dimostrate. Tale impianto è emerso, in particolare, dalla discussione avutasi in seno al Senato nel 1935, consesso nel quale è prevalso l'orientamento di sostenere come «[t]he use to which the product is put will determine the category into which it will fall. If it is to be used only as a food it will come within the definition of food and none other. If it contains nutritive ingredients but is sold for drug use only, as clearly shown by the labelling and advertising, it will come within the definition of drug, but not that of food. If it is sold to be used both as a food and for the prevention or treatment of disease, it would satisfy both definitions and be subject to the substantive requirements for both. The manufacturer of the article, through his representations in connection with its sale, can determine the use to which the article is to be put. For example, the manufacturer of a laxative which is a medicated candy or chewing gum can bring his product within the definition of drug and escape that of food by representing the article fairly and unequivocally to be a drug product» (cfr. Senate Report n. 36, 74th Congress, 1st Session from the *Committee on Commerce Report*).

⁶ Che, *mutatis mutandis*, è molto simile a quella in seguito adottata in seno all'Unione europea. Cfr. art. 2 della Direttiva 65/65/CEE del 26 gennaio 1965 per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali.

⁷ A tale proposito si possono qui menzionare *States v. Bacto-Unidisk*, 394 US 784 (1969); *United States v. Sudden Change, Hazel Bishop, Inc.*, 409 F.2d 734 (2nd Cir. 1969); *Nutrilab, Inc. v. Schweiker*, 713 F.2d 335 (7th Cir. 1983).

opposizione, facevano leva sulla presunzione che il disegno di legge non fosse costituzionalmente fondato – tanto da determinare uno stallo superato grazie al diretto coinvolgimento dell'allora Presidente Roosevelt. La *ratio* dell'atto adottato risiedeva nella volontà di vigilare sulla produzione, vendita e distribuzione di alimenti e farmaci, al fine di assicurare che gli standard qualitativi degli stessi non fossero inferiori rispetto a quelli attesi dal consumatore, o che i prodotti non risultassero dannosi «in themselves or by reason of the addition to them of poisonous or deleterious coloring or preservatives» o, ancora, che non fossero «misbranded or labeled on such a way as to deceive public as to their character, quality, locality of origin or manufacture»⁸.

Se, tuttavia, la legge federale assicurava un certo grado di garanzia al consumatore rispetto alla legalità dei brevetti dei medicinali, allo stesso tempo non era in grado di salvaguardare la sicurezza e l'efficacia dei prodotti. I limiti della normativa richiamata sono emersi prepotentemente nel 1937, palesati dal c.d. *sulfanilamide disaster*⁹, che ha dato nuovo impulso all'approvazione di una legge federale più incisiva e dettagliata in materia di medicinali, consentendo così di uscire dalla situazione di immobilismo in cui il Congresso si trovava e dovuta al disaccordo interno sulla delimitazione dei caratteri e dei profili che la nuova normativa avrebbe dovuto avere¹⁰.

2.1. // Federal Food, Drug and Cosmetic Act del 1938

Precursore della moderna disciplina in materia di farmaci, soprattutto nella parte che concerne la previsione di un procedimento di controllo e verifica delle caratteristiche dei farmaci da parte di un'autorità indipendente – il cui parere era obbligatorio e vincolante per l'immissione del *drug* in commercio –, il *Federal Food, Drug and Cosmetic Act* adottato dal Congresso nel 1938 ha come scopo precipuo quello di «to “safeguard” and “protect” consumers from “dangerous products” affecting public health and safety by regulating covered articles from the “moment of their introduction into interstate commerce all the way to the moment of their delivery to the ultimate consumer”»¹¹.

Oggetto di molteplici e talvolta incisivi interventi di riforma, l'atto normativo in questione conserva tuttora la sua impostazione originaria. Tra i contenuti principali, si può sottolineare come il legislatore statunitense abbia esteso le attribuzioni della *Food and Drug Administration* (FDA)¹²: in particolare, mediante l'introduzione della nuova procedura di *New Drug Application* (NDA) si rendeva obbligatorio fornire le indicazioni inerenti alla composizione dei farmaci, i risultati dei test di sicurezza e le modalità di produzione e controllo. Il mancato rilascio – entro sessanta giorni dalla sottoposizione al vaglio di un nuovo prodotto – da parte della FDA di un parere negativo implicava l'automatica approvazione del farmaco e la conseguente immissione sul mercato del prodotto. I requisiti introdotti per i nuovi farmaci imponevano che essi fossero adeguatamente testati e che gli esiti delle sperimentazioni provassero la loro sicurezza, ossia non dovevano rivelarsi dannosi se utilizzati in conformità alle indicazioni inserite nelle etichette (che dovevano dunque contenere dettagliate indicazioni per il consumatore in merito all'uso del bene).

⁸ Cfr. A.P. GREELEY, *The Food and Drugs Act, June 30, 1906*, cit., 1.

⁹ Ad accelerare l'adozione del *Federal Food, Drug and Cosmetics Act del 1938* è stato il “disastro” dell'Elixir Sulfanilamide, antibiotico prodotto in forma liquida e diluito nel glicole dietilenico. Trattasi di un composto estremamente tossico, causa – prima del suo definitivo ritiro dal commercio – della morte di oltre cento pazienti. Sul tema cfr. C. BELLANTINE, *Sulfanilamide Disaster*, in *FDA Consumers Magazine*, 1981.

¹⁰ Si veda P.I. CARTER, *Federal Regulation of Pharmaceuticals in the United States and Canada*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 21, n. 2, 1999, 215 ss.

¹¹ Cfr. K. B. ARMSTRONG e A. STAMAN, *Enforcement of the Food, Drug and Cosmetic Act: Selected Legal Issues*, in *Congressional Research Service* (<http://www.loc.gov/crsinfo/>), 2018.

¹² Su cui cfr., *amplius*, *infra* al par. 3.

La complessità di alcune istruzioni contenute nelle etichette dei farmaci ha reso necessario un nuovo intervento del legislatore che ha dato luogo, nel 1951, all'approvazione del *Durham-Humphrey Amendment*.

2.2. // Durham-Humphrey Amendment del 1951

L'emendamento occorso nel 1951 reca significative modifiche alla normativa generale consentendo di tracciare una netta linea di demarcazione tra i medicinali da banco o di automedicazione (i c.d. *Over-the-Counter drugs*, OTC) e i medicinali soggetti a prescrizione medica, ed è soprattutto sul versante dell'etichettatura che si registrano le più importanti novità introdotte dall'emendamento. In particolare, si prevede che la casa farmaceutica sia obbligata ad indicare accuratamente la composizione dei prodotti unitamente alle prescrizioni sul corretto utilizzo degli stessi e le avvertenze circa i possibili pericoli derivanti dall'assunzione del medicinale (sez. 502). La sezione 503.b della legge esenta il «drug dispensed on a written prescription» da alcuni requisiti nell'etichettatura dello stesso.

L'emendamento in parola codifica a livello federale i contenuti di una serie di regolamenti adottati dalla FDA a far data dall'entrata in vigore del *FD&C Act*. È mediante tali regolamenti che nel 1944 la FDA introduce una prima categoria di *prescription-only drugs*, alla quale afferiscono quei medicinali le cui etichette risultino avere un contenuto troppo complesso e difficilmente comprensibile per un "profano" e che, a motivo della loro tossicità o di possibili effetti indesiderati derivanti dal loro utilizzo, siano da considerare «safe and efficacious for use under the supervision of a physician».

La *ratio* alla base dell'orientamento della FDA ha un duplice fondamento: essa è da ricercare nella convinzione che le indicazioni di utilizzo e le informazioni di determinati farmaci fossero troppo complesse per essere comprese dal consumatore, rendendo in tal modo necessaria la sua esclusione dalla categoria dei medicinali di automedicazione; a ciò si aggiunga la convinzione che la tutela offerta dal mercato non sia adeguata a garantire la salute del consumatore. Tuttavia, la decisione circa la collocazione di un medicinale in una delle due categorie (OTC o *prescription drug*) viene lasciata alla discrezionalità del produttore: la normativa, infatti, nulla dice intorno a quali medicinali vendere dietro prescrizione medica e a quali no.

Le novelle apportate dai regolamenti adottati dalla FDA, come anticipato, vengono recepite dal Congresso, che nel 1951 adotta il *Durham-Humphrey Amendment* mirante ad eliminare la «detrimental confusion» in materia di classificazione dei medicinali. Il disegno di legge approvato, ricalcando le misure già adottate dalla *Food and Drug Administration*, introduce l'esonero dagli obblighi di cui alla sez. 502 del *FD&C Act* per i medicinali vendibili solo dietro prescrizione se «because of its toxicity or other potentiality for harmful effect, or the method of its use, or the collateral measures necessary to its use, [it] is not safe for use except under the supervision of a practitioner licensed by law to administer such drug».

Il produttore del medicinale si basa sugli standard legislativi per collocare lo stesso nella categoria dei *prescription-only*, ma, nel medesimo tempo, il legislatore prevede la possibilità di intervento della FDA, volto a colmare la mancanza di uniformità nelle scelte operate dalle case farmaceutiche: difatti, l'emendamento sostituisce il vecchio sistema – che lasciava completamente ai produttori il compito di interpretare i regolamenti adottati dalla FDA al fine di decidere se immettere sul mercato un farmaco come prodotto per automedicazione o come medicinale soggetto a prescrizione – con la promulgazione di una lista di *only-prescription drugs*.

2.3 Kefauver-Harris Amendments del 1962 e Hatch-Waxman Amendments del 1984

Il successivo intervento normativo che appare utile richiamare – risultante nell'adozione degli emendamenti *Kefauver-Harris* – si ha nel 1962 e, come per quello ricordato nel precedente paragrafo, fa seguito ad un tragico evento di cronaca avente come protagonista un medicinale rivelatosi estremamente tossico, ossia la talidomide¹³.

L'approvazione degli emendamenti risulta piuttosto travagliata, tanto da ritenere utile riportarne in questa sede almeno qualche passaggio, e la versione definitiva adottata dal Congresso è significativamente diversa rispetto al disegno di legge proposto. Il Senatore Kefauver – membro della *Antitrust and Monopoly Subcommittee* – proponeva un controllo più incisivo non solo su etichette, composizione e processo di distribuzione e vendita dei medicinali, ma anche su prezzi e concorrenza: il progetto di legge prevedeva l'introduzione di una condivisione obbligatoria dei brevetti dopo tre anni dall'avvio della produzione di un nuovo medicinale. In sostanza, ogni casa farmaceutica avrebbe dovuto condividere con la concorrenza i nuovi brevetti, ottenendo in cambio una *royalty* annuale pari all'8% sul totale delle vendite. Contemporaneamente, Kefauver pone l'accento sulla necessità di assicurare “*safety and efficacy*” dei farmaci.

Le modifiche proposte derivano dalla necessità di prevedere un intervento statale dal momento che, nell'opinione del Senatore, il consumatore di farmaci soggetti a prescrizione viene a trovarsi “ostaggio”, da un lato, dell'aumento costante dei prezzi e, dall'altro, del persistente dubbio circa l'effettiva sicurezza ed efficacia dei medicinali utilizzati. Da segnalare, anche la proposta – poi non approvata – di una valutazione definita di “*comparative effectiveness*”, in base alla quale l'approvazione di un nuovo farmaco è subordinata alla verifica della sua maggior efficacia rispetto al proprio predecessore («*proving that a drug worked was not enough; [...] he wanted proof that a drug worked better than its predecessors. In contemporary terms, he wanted to know its comparative effectiveness*»¹⁴).

La forte opposizione alle proposte di emendamento – provenienti tanto dall'industria farmaceutica quanto dall'*American Medical Association* – viene superata “grazie” all'emergenza talidomide, che impone un urgente ed efficace intervento del legislatore volto ad assicurare un più incisivo controllo sui prodotti, in modo da tutelare la salute dei consumatori.

Il testo definitivo approvato dal Congresso risulta sprovvisto degli elementi legati al regime dei prezzi e ai brevetti – temi sui quali non si raggiunge un compromesso – ma introduce un rafforzamento dei poteri di controllo della FDA. Più precisamente, le modifiche apportate al *FD&C Act* nel 1962 attribuiscono alla FDA il potere di esigere prove circa l'efficacia dei nuovi farmaci, sulla scorta di «*adequate and well-controlled investigations*» condotte da esperti qualificati, necessarie per poter procedere all'approvazione degli stessi. Si avvia inoltre il programma “*Drug Efficacy Study Implementation*”, che attribuisce alla FDA il potere di controllo sull'efficacia e la sicurezza di tutti i medicinali approvati ed immessi sul mercato dal 1938 al 1962, prevedendo la possibilità di ritirare dal commercio quei medicinali che risultino non conformi agli standard previsti dalla normativa in vigore. A differenza del previgente sistema di approvazione ed immissione sul mercato dei nuovi farmaci, gli emendamenti approvati concedono alla FDA un periodo di 180 giorni per procedere all'approvazione di un nuovo prodotto e l'autorizzazione della FDA non si considera più tacita ma

¹³ Farmaco prescritto come sedativo, antiemetico ed ipnotico, rivolto specialmente alle donne in gravidanza. Nel 1961 vengono pubblicati sulla rivista scientifica *Lancet* dei case-report relativi alla presunta correlazione tra talidomide e malformazioni congenite. A seguito della pubblicazione della lettera al *Lancet* del Dottor *William Griffith McBride* si rendono noti i primi casi di anomalie fetali direttamente riconducibili alla talidomide, confermando, di fatto, la pericolosità del farmaco.

¹⁴ J.A. GREEN, S.H. PODOLOSKY, *Reform, Regulation and Pharmaceuticals – The Kefauver-Harris Amendments at 50*, in *New England Journal of Medicine* (<https://www.nejm.org/>), 2012.

deve essere espressamente concessa. In relazione ai farmaci generici, si stabilisce che per poter essere immessi sul mercato, essi devono superare test simili a quelli previsti per i nuovi farmaci, prevedendo che detti test non possono essere avviati prima della scadenza del brevetto del nuovo farmaco¹⁵.

La FDA viene inoltre autorizzata a stabilire buone pratiche di fabbricazione e a inviare regolari ispezioni agli impianti produttivi; le viene assegnato anche il controllo sulla pubblicità dei farmaci soggetti a prescrizione medica, che deve essere corredata da informazioni accurate, comprensive degli eventuali effetti collaterali, e sulla commercializzazione dei farmaci generici, al fine di impedire che essi vengano venduti come farmaci costosi e sotto nuovi nomi commerciali¹⁶.

Se, da un lato, le novelle permettono di garantire un più elevato grado di controllo sui medicinali¹⁷, dall'altro, generano problematiche di due ordini: il processo di sviluppo dei nuovi farmaci risulta rallentato e più costoso, con conseguente aumento dei prezzi di vendita del prodotto; allo stesso tempo, si ha l'effetto del "drug lag", nella misura in cui i nuovi farmaci raggiungono molto più velocemente il mercato europeo rispetto a quello americano¹⁸.

Le criticità emerse con l'entrata in vigore degli emendamenti del 1962 sono oggetto di un ulteriore intervento del legislatore, nel 1984, con l'approvazione del *Drug Price Competition and Patent Term Act*, conosciuto anche come *Hatch-Waxman Amendments*¹⁹.

La *ratio* delle modifiche apportate dal Congresso al *FD&C Act* risiede nella volontà di favorire l'entrata in commercio dei farmaci generici, evitando la ripetizione di costosi test di sperimentazione: le novità introdotte, infatti, prevedono che sia sufficiente dimostrare l'equivalenza terapeutica del generico con un farmaco già autorizzato dalla FDA²⁰. Viene introdotta, inoltre, la c.d. *Bolar Exemption*²¹, con cui è autorizzato l'avvio dei test sui farmaci generici prima della scadenza del brevetto del farmaco originale. Ciò implica una riduzione della durata del monopolio dell'innovatore, effetto per il quale viene previsto un correttivo che produce

¹⁵ Sul tema, v. W.W.GOODRICH, *FDA's Regulations Under the Kefauver-Harris Drug Amendments of 1962*, in *Food, Drug, Cosmetic Law Journal*, vol. 18, no. 10, 1963, 561-569; J.A. GREENE, S.H. PODOLSKY, *Reform, Regulation and Pharmaceuticals – The Kefauver-Harris Amendments at 50*, cit.

¹⁶ J.A. GREENE, S.H. PODOLSKY, *Reform, Regulation and Pharmaceuticals – The Kefauver-Harris Amendments at 50*, cit.

¹⁷ Con tali parole si è espresso il Vicedirettore del *Center for Drug Evaluation and Research* della FDA, Douglas Throckmorton: «The history of drug development in the United States is one of continued progress punctuated by transformative events, and passage of the Kefauver-Harris Amendments is one of those transformative events. As a result, FDA's drug development process is considered the gold standard to which other countries aspire» (cfr. *Kefauver-Harris Amendments Revolutionized Drug Development*, cit.).

¹⁸ D.A. TOBBELL, *Bills, Power and Policy. The Struggle for Drug Reform in Cold War America and its Consequences*, University of California Press, 2012.

¹⁹ Gli emendamenti in questione vengono negoziati con lo scopo di creare «a balance between two potentially competing policy interests - inducing pioneering development of pharmaceutical formulations and methods and facilitating efficient transition to a market with low-cost, generic copies of those pioneering inventions at the close of a patent term»: cfr. D.C. OHLY, *The Hatch-Maxman Act: Prescription for Innovation and Inexpensive Medicine*, in *Schiff Hardin* (<https://www.schiffhardin.com/>), 2010.

²⁰ A tal proposito, l'emendamento istituisce la "abbreviated new drug application" (ANDA). Cfr. sez. 505(j) *FD&C Act*: «Any person may file with the Secretary an abbreviated application for the approval of a new drug».

²¹ La previsione prende il nome dalla sentenza *Roche v. Bolar* (Cfr. *Roche Products, Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co., Inc.*, Appellee, 733 F.2d 858, Fed. Cir. 1984), nella quale la Corte d'Appello federale si pronuncia per riconoscere la possibilità, prima della scadenza del brevetto, di effettuare attività destinate all'ottenimento di un'autorizzazione alla distribuzione del medicinale una volta spirata la copertura brevettuale. La *ratio* della decisione è quella di immettere un medicinale generico sul mercato immediatamente dopo la scadenza del brevetto. Tale clausola viene ripresa anche negli accordi TRIPs (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), all'art. 30, per cui: «Members may provide limited exceptions to the exclusive rights conferred by a patent, provided that such exceptions do not unreasonably conflict with a normal exploitation of the patent and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the patent owner, taking account of the legitimate interests of third parties».

un'estensione della durata del brevetto tramite due meccanismi: il primo stabilisce l'estensione del brevetto per un periodo pari ad una frazione del tempo di sviluppo del farmaco; il secondo, la c.d. *data exclusivity*, assicura la protezione dei dati derivanti dai test pre-clinici e clinici al fine di impedire la presentazione di una domanda mediante il procedimento abbreviato (ANDA) prima di un certo periodo di tempo dall'approvazione del farmaco originale. La normativa introduce un periodo di 14 anni come tetto massimo per la durata dei brevetti²².

2.4 L'Orphan Drug Act del 1983

Il sistema normativo relativo all'approvazione da parte della FDA e all'immissione in commercio di nuovi farmaci implica il sostenimento di costi elevati per le industrie farmaceutiche e, dal momento che i costi da sostenere sono i medesimi tanto che si tratti di un medicinale destinato a milioni di pazienti quanto che esso sia rivolto al consumo di poche migliaia di individui, le industrie del farmaco optano per investire nello sviluppo e nella produzione di prodotti proiettati sul "*large-market*", abbandonando, conseguentemente, la produzione dei c.d. *orphaned drugs*, ossia di quei medicinali rivolti a un ridotto numero di pazienti.

Negli anni Ottanta, tale situazione viene portata all'attenzione del Congresso, il quale, nel constatare che «there are many diseases and conditions [...] which effect such small numbers of individuals residing in the United States that [they] are considered rare» e che «adequate drugs for many of such diseases and conditions have not been developed [...], because so few individuals are affected by any rare disease or condition, a pharmaceutical company which develops an orphan drug may reasonably expect the drug to generate relatively small sales in comparison to the cost of developing the drug», approva – nel 1983 – l'*Orphan Drug Act*.

La legge mira a ridurre il mancato guadagno dal mercato di farmaci destinati alla cura delle malattie rare – ove per tali si intendono quelle malattie di cui risultano affette meno di 200.000 persone – attraverso la previsione di agevolazioni fiscali e sussidi alle aziende farmaceutiche e ai finanziatori per la ricerca e lo sviluppo di nuovi farmaci. In sostanza, la soluzione adottata dal legislatore non produce come effetto diretto l'abbattimento o la riduzione delle barriere poste dalla FDA alla produzione di farmaci orfani, ma si pone quale stimolo allo sviluppo dei suddetti farmaci attraverso un sistema di garanzie e benefici, tra i quali è previsto anche il monopolio dei produttori e l'esclusività per un periodo di sette anni, che permetta la protezione dalla concorrenza e dallo sviluppo di farmaci con effetti simili a quello originale²³.

Alla luce di quanto appena affermato, si possono abbozzare già sin d'ora alcune conclusioni: in particolare, se prima dell'entrata in vigore dell'*Orphan Drug Act* le industrie farmaceutiche nutrivano «no reasonable expectation that the costs of development will be recouped from the U.S. sales», l'introduzione dell'emendamento in questione porta ai produttori ingenti vantaggi economici²⁴. Dall'adozione dell'*Orphan Drug Act* al 2018 sono 503 i medicinali cui è stato riconosciuto

²² Il periodo di durata dei brevetti varia a partire da 1995, quando a seguito dell'adesione degli Stati Uniti agli accordi TRIPS la durata dei brevetti viene portata a 20 anni, uniformandosi così alla normativa internazionale.

²³ Si veda S. THOMAS, A.L. CAPLAN, *The Orphan Drug Act revised*, in *The Journal of the American Medical Association* (<https://jamanetwork.com/>), 2019.

²⁴ Si pensi a tal proposito ai farmaci orfani sviluppati nei primi anni di diffusione dell'AIDS: sebbene fosse evidente che tali medicinali avrebbero ottenuto ampia diffusione sul mercato, essi hanno ricevuto comunque lo status di *orphan drug*. L'antiretrovirale AZT, ad esempio, è stato riconosciuto come *orphan drug* nonostante gli elevatissimi ricavi derivanti dalla sua commercializzazione. In un articolo del New York Times del settembre 1989, tale farmaco veniva indicato come «one of the most expensive drugs ever sold»: i pazienti dovevano sostenere una spesa annuale di circa \$8.000, rendendo impossibile per molti malati di AIDS l'accesso allo stesso. Cfr. PHILIP J. HILTS, *Aids Drug's Maker Cuts Price by 20%*, in *NYTimes* (<https://www.nytimes.com/>), 19-9-1989.

lo *status* di “farmaco orfano”²⁵: l’impianto normativo, in vigore dal 1983 e basato su un sistema di incentivi, ha stimolato ingenti investimenti e apportato innovazione nel trattamento delle malattie rare²⁶. Tuttavia, il 95% delle circa 7000 malattie rare resta tuttora “orfano” di soluzioni terapeutiche²⁷. Una siffatta situazione ha alimentato il dibattito circa l’efficacia del sistema di incentivi, sollevando dubbi sul possibile utilizzo degli stessi da parte delle industrie farmaceutiche al fine di ottenere profitti: se nel 2015 la spesa totale per i farmaci orfani negli Stati Uniti è pari a 107 miliardi di dollari, le statistiche prevedono che questa sia destinata ad aumentare del 10% nell’anno in corso (2020).

2.5 Il FDA Modernization Act del 1997

Generalmente riconosciuto come il primo intervento di revisione completa del FD&C Act²⁸, il *Modernization Act*²⁹ trova la giustificazione circa la propria adozione nella volontà di estendere per ulteriori cinque anni la durata del *Prescription Drug User Fee Act* (PDUFA), approvato nel 1992 e con il quale il legislatore interviene tanto sulle risorse economiche della FDA quanto su tempistiche e modalità di conduzione dei test necessari, autorizzando l’Agenzia a ridurre da trenta a quindici mesi il tempo medio richiesto «for a drug review». In tal senso, l’emendamento introdotto nel ‘92 consente alla FDA di subordinare il vaglio delle richieste di autorizzazione all’immissione sul mercato di nuovi farmaci al pagamento di una tariffa, prevenendo altresì che i ricavi ottenuti vengano destinati all’assunzione e alla formazione di nuovi “reviewers”³⁰. Al tempo stesso, il legislatore esige dall’Agenzia l’assunzione dell’impegno ad accelerare i tempi di rilascio delle autorizzazioni alla commercializzazione dei nuovi farmaci, in modo tale da ridurre i risvolti problematici connessi al già menzionato “drug lag”³¹.

Gli effetti dell’entrata in vigore del PDUFA si rivelano immediatamente positivi: la velocizzazione dei processi di approvazione dei nuovi prodotti farmaceutici, da un lato, e il ridimensionamento del “drug lag”, dall’altro, incontrano il *favor* delle case farmaceutiche e portano il Congresso a decidere nel senso di intervenire nuovamente a livello legislativo per estendere la durata del programma.

Nel 1997, quindi, dopo un lungo e travagliato dibattito in seno al Congresso, viene adottato il *Modernization Act*, con il quale si apportano rilevanti modifiche al regime della FDA. Già a partire

²⁵ Di questi, nel periodo considerato, 217 non risultano più protetti da proprietà intellettuale; tuttavia solo 116 farmaci sono attualmente prodotti e commercializzati come generici o biosimilari.

²⁶ Sulla scorta dell’*Orphan Drug* statunitense, il Giappone prima (nel 1993) e l’Europa poi (2000) si sono dotati di una propria regolamentazione dei farmaci orfani, che ricalca sostanzialmente il modello originale. In particolare, la categoria dei “farmaci orfani” viene introdotta in Europa con il Regolamento CE 141/2000. In esso si definisce “rara” qualsiasi malattia della quale risultino affetti meno di 5 individui su 10.000 (in altre parole, meno di 256.000 persone). Il Regolamento CE prevede inoltre un sistema di incentivi che si sostanzia nella garanzia dell’esclusività sul mercato per un periodo di dieci anni. Per approfondimenti sull’argomento, cfr. *Orphan Drug Report 2019* (in <https://info.evaluate.com/>) di Evaluate Pharma.

²⁷ I dati riportati sono forniti dal rapporto *Orphan Drugs in the United States – Exclusivity, Pricing and Treated Population*, del IQVIA Institute for Human Data Science (<https://www.iqvia.com/>), 2018.

²⁸ Si vedano, tra gli altri, R.A. MERRILL, *Modernizing the FDA: an Incremental Revolution*, in *Health Affairs*, 1999, vol. 18, n. 2, e R. ROWBERG, B. RANDALL, D. PORTER, D. VOGT, D. DUFFY, *Food and Drug Administration Modernization Act of 1997 – The Provisions*, CSR Report for Congress, 13 marzo 1998.

²⁹ Public Law 105–115—Nov. 21, 1997.

³⁰ Prima dell’entrata in vigore del PDUFA, la FDA impiegava in media due anni e mezzo per la valutazione di una richiesta di autorizzazione e ciò a motivo, tra l’altro, della mancanza di personale e di adeguata strumentazione.

³¹ L’entrata a regime delle riforme approvate dal Congresso determina l’aumento dell’organico della FDA di 696 unità e l’entrata di 329 milioni di dollari dal pagamento delle tariffe imposte alle industrie farmaceutiche (v. in *FDA Backgrounder on FDMA* in <http://www.fda.gov/>).

dagli anni Novanta, inizia a farsi strada la convinzione per cui le «mere administrative reforms had not made [...] a major impact on the drug lag»³², e gli interventi normativi effettuati nel corso del decennio precedente ne sono eloquente testimonianza: se, per un verso, essi prevedono una serie di incentivi finalizzati allo sviluppo di nuovi farmaci, per altro verso, non apportano efficaci novelle sul versante dei procedimenti di approvazione di nuovi farmaci.

La legge codifica una serie di iniziative già adottate dalla FDA, tra le quali spiccano le misure per la modernizzazione della regolamentazione dei prodotti biologici miranti al raggiungimento di un'armonizzazione con i regolamenti indirizzati ai farmaci, per l'eliminazione della certificazione dei lotti e dei requisiti monografici per insulina e antibiotici, e per lo snellimento delle procedure di approvazione delle modifiche apportate al processo produttivo dei farmaci. Tra le novelle introdotte figurano anche quelle che rispondono alla necessità di condurre test clinici su un campione maggiormente rappresentativo dei pazienti che verosimilmente avranno accesso al farmaco e su tale necessità si innesta il dibattito circa la possibilità di condurre test clinici anche su donne e minori, fino a quel momento rimasti sostanzialmente a margine del circuito di approvazione dei farmaci. La normativa introdotta si orienta nel senso di sollecitare consultazioni tra la FDA, il *National Institute of Health* e i rappresentanti dell'industria farmaceutica al fine di sviluppare linee-guida in grado di orientare l'inclusione delle due categorie sopracitate nei test clinici³³.

La legge codifica anche la possibilità per i produttori di richiedere la procedura di approvazione denominata «fast-track», inserita al fine di facilitare lo sviluppo e accelerare la revisione di quei farmaci destinati al trattamento di malattie o condizioni potenzialmente letali³⁴. L'atto prevede, inoltre, un *database* ampliato sugli studi clinici da rendersi accessibile, con il consenso degli sponsor, ai pazienti. L'annoso divieto di divulgazione da parte dei produttori delle informazioni inerenti agli usi non approvati di farmaci e dispositivi medici è affrontato mediante la previsione della possibilità di diffusione di articoli di riviste specializzate che contengono indicazioni *off-label* del prodotto, subordinando però tale facoltà all'impegno dell'azienda a presentare richiesta di ulteriore autorizzazione corredata dai risultati delle ricerche al fine di suffragare la sicurezza e l'efficacia dell'«unapproved use». L'atto in parola non è privo di elementi che rimandano alla possibilità per le aziende farmaceutiche di fornire informazioni economiche concernenti i loro prodotti a «formulary committees», «managed care organizations» ed acquirenti di prodotti sanitari su larga scala, con lo scopo di fornire dati affidabili sulle conseguenze economiche delle proprie decisioni di acquisto. Allo stesso tempo, però, si vieta la diffusione di informazioni suscettibili di influenzare i singoli medici della prescrizione dei farmaci³⁵.

La riduzione o semplificazione di alcuni obblighi, sussistenti fino all'entrata in vigore del *Modernization Act* in capo al produttore, non deve indurre a pensare che ciò abbia determinato un abbassamento degli standard che i medicinali devono raggiungere prima di essere immessi sul mercato. In tal senso, è utile ricordare che la normativa – pur prevedendo, in determinate circostanze, l'eccezione costituita dalla possibilità di approvare un farmaco a seguito di una sola indagine clinica – mantiene come regola generale la sottoposizione del nuovo prodotto a «due adequate and well-controlled studies» che ne provino sicurezza ed efficacia.

³² Cfr. R.A. MERRILL, *Modernizing the FDA: an Incremental Revolution*, cit., 98.

³³ Il legislatore adotta un approccio attivo per quanto concerne lo studio dei farmaci per uso pediatrico: se in passato i farmaci somministrati anche ai minori ottenevano riconoscimento circa la loro efficacia o i rischi da essi derivanti mediante il diretto utilizzo clinico del prodotto stesso, con le novelle introdotte non si prevede l'obbligatorietà dei test pediatrici ma si prevedono incentivi – che si sostanziano nell'estensione per ulteriori sei mesi dell'esclusività sul mercato – che possano spingere le industrie farmaceutiche a testare i farmaci anche su campioni di minori. Si veda *Subtitle B – Other Improvements, Sec. 111 – Pediatric Studies of Drugs*, della *Public Law 105–115*, Nov. 21, 1997.

³⁴ Si veda *Subtitle B – Other Improvements, Sec. 112 – Expediting Study and Approval of Fast Track Drugs* della *Public Law 105–115*, Nov. 21, 1997.

³⁵ *Ivi*, Sec. 114.

In seguito alla scadenza del *Modernization Act*, nel 2002, il Congresso adotta il PDUFA III, mediante il quale – prevedendo la possibilità di aumentare le tariffe per gli utenti – viene assicurata alla FDA una solida base finanziaria³⁶. Il successivo PDUFA IV, approvato nel 2007, continua l’espansione della copertura finanziaria della FDA, al fine di consentire che questa sia in grado di effettuare efficaci controlli anche nella fase successiva all’immissione in commercio dei farmaci. Sulla stessa lunghezza d’onda si collocano anche i PDUFA V e VI, la cui entrata in vigore interessa, rispettivamente, il 2012 e il 2018³⁷.

3. La procedura di approvazione e di commercializzazione dei farmaci: il ruolo della FDA

Più volte evocata nelle pagine che precedono, motore intorno al quale ruotano le vicende farmaceutiche statunitensi, la *Food and Drug Administration* ha il compito di vigilare sulla sicurezza e l’efficacia dei farmaci ad essa sottoposti dalle aziende farmaceutiche che intendono immettere sul mercato un nuovo prodotto. Tutto ciò, coerentemente con il fatto per cui la regolamentazione del settore spetta alla competenza della Federazione, come peraltro ampiamente confermato da dottrina e giurisprudenza d’oltreoceano: il *Food, Drug and Cosmetic Act* «rest upon the constitutional power resident in Congress to regulate interstate commerce»³⁸, e vede nella c.d. *commerce clause* la propria fonte di legittimazione costituzionale.

Operante nel quadro del *Department of Health and Human Services* (DHHS), la FDA – istituita con lo scopo precipuo di regolamentare l’importazione, la produzione, la distribuzione e la vendita dei farmaci, e sotto la guida di un Commissario nominato dal Presidente previo *advice and consent* del

³⁶ Un rapporto del GAO (U.S. Government Accountability Office) del 2002 relativo al PDUFA ha rilevato che le entrate derivanti dalle tariffe per gli utenti e i requisiti di *performance* del PDUFA hanno permesso alla FDA di approvare alcuni farmaci più rapidamente. Tra il 1993 e il 2001 le tempistiche di approvazione per i farmaci non prioritari sono scesi da ventisette a quattordici mesi, mentre l’approvazione per i farmaci prioritari è rimasta a sei mesi. Tuttavia, emerge anche come sia stato ritirato un maggior numero di farmaci, inducendo il GAO a raccomandare l’aumento della sorveglianza post-distribuzione dei farmaci.

³⁷ La tendenza alla riduzione dei tempi di approvazione dei farmaci è confermata anche in relazione ai PDUFA IV e V, nonché al PDUFA VI – attualmente in vigore. Si vedano, in tal senso, i *Performance Report to Congress for the Prescription Drug User Fee Act, Food and Drug Administration*, del 2015, 2016, 2017 e 2018 (in <http://www.fda.gov/>); e il *FDA has met most performance goals for reviewing applications*, GAO, Rapporto 2012 (<https://www.gao.gov/assets/590/589762.pdf>). Tuttavia, all’assottigliamento dei tempi di approvazione corrisponderebbe una riduzione delle prove di efficacia del farmaco oggetto della procedura. Si veda, tra gli altri, J.J. DARROW, J. AVORN, A.S. KESSELHEIM, *FDA Approval and Regulation of Pharmaceuticals, 1983-2018*, in *Journal of American Medical Association*, 2020, 164-176.

³⁸ In tal senso si è pronunciata la Corte Suprema statunitense. Si veda, tra gli altri, *United States v. Walsh*, 3331 U.S. 432 (1947). Dal momento che il dettato costituzionale nulla dice circa la competenza ad intervenire in materia farmaceutica, l’attribuzione della stessa alla Federazione – e la sua sottrazione agli Stati – ha generato problemi circa la natura dell’autorità riconosciuta alla FDA e la legittimità dell’esercizio di un potere delegato dal Congresso: è in tale discorso che si inserisce, infatti, la *non-delegation doctrine*, principio del diritto amministrativo statunitense secondo il quale il Congresso non può delegare alcun potere legislativo ad altri soggetti e, tipicamente, il richiamato divieto riguarda la delegazione di poteri alle agenzie amministrative o ad organizzazioni private. La *non-delegation doctrine* trova la propria base costituzionale nell’art. 1, sez. 1 della Costituzione americana, ai sensi del quale «di tutti i poteri legislativi qui concessi sarà investito un Congresso degli Stati Uniti, che consisterà di un Senato e di una Camera dei Rappresentanti». Tale dottrina si coniuga con la concessione di poteri regolamentari alla FDA grazie all’ammissione di un’eccezione: la delega è ammessa laddove siano individuati degli *standards*. Trattatasi, quest’ultimo, di un concetto più volte sottoposto al vaglio delle Corti e che richiede la necessaria presenza di *public interest* o *reasonableness* alla base delle attività portate avanti dalle agenzie amministrative. Il *FD&C Act* – e, di riflesso, i poteri da esso conferiti alla FDA – soddisfa tali requisiti. Si vedano, tra altri, Cfr. P.I. CARTER, *Federal Regulation of Pharmaceutical in the United State and Canada*, cit., 223. Per approfondimenti sul tema, si vedano anche M. LIEF, *The Delegation Doctrine*, Wisconsin Legislative Reference Bureau, 2004; N. SZABO, *Origins of the Non-Delegation Doctrine*, 2006.

Senato – è un'agenzia governativa indipendente. Tra le varie articolazioni che la compongono, quella qui direttamente rilevante è il *Bureau of Drugs*, responsabile per i farmaci ad uso umano, siano essi *prescription drugs* o medicinali da banco. Tutti i medicinali immessi sul mercato statunitense devono quindi passare al vaglio della FDA, attraverso una serie di procedure che differiscono tra loro a seconda della tipologia di farmaco³⁹.

3.1 La procedura di approvazione dei “new drugs” (NDA)

Il procedimento che porta all'approvazione e alla successiva commercializzazione di un farmaco è lungo e articolato⁴⁰, ampiamente e puntualmente regolamentato, come si è detto, dalla FDA, la quale assurge a “giudice” dell'idoneità del prodotto ad essere immesso sul mercato, sulla scorta dei dati e dei risultati emersi dai test.

Diverse sono le procedure attivabili al fine di ottenere l'autorizzazione alla commercializzazione del farmaco e, *inter alia*, la più classica è la *New Drug Application* (NDA), cui lo sponsor deve necessariamente ricorrere nel caso di richiesta di immissione sul mercato di un c.d. *new drug*, dove con tale espressione si intende un farmaco la cui composizione non sia “generalmente riconosciuta” e rispetto alla quale è necessario condurre test e sperimentazioni al fine di valutarne sicurezza ed efficacia per il suo utilizzo nelle condizioni raccomandate sull'etichetta, ovvero la cui composizione sia stata riconosciuta sicura ed efficace previa dovute sperimentazioni, ma che – al di fuori di dette sperimentazioni – non è stato usato in misura o per un periodo di tempo rilevanti⁴¹.

Il processo è scandito da *step* ben precisi.

La prima fase è la c.d. *preclinical phase*, generalmente portata a termine in tre o quattro anni e che, se completata con esito positivo, si conclude con la sottoposizione di un *Investigational New Drug* (IND) alla FDA da parte dello sponsor del farmaco. Nel corso della fase preclinica, è compito dello sponsor effettuare tutte le indagini necessarie al fine di stabilire se il prodotto farmaceutico sia sufficientemente sicuro per essere testato sull'uomo e se presenta caratteristiche farmacologiche tali da giustificare lo sviluppo. L'IND deve contenere una serie di informazioni in tre principali aree, ossia: risultati degli studi tossicologici e farmacologici condotti sugli animali, che permettono di formulare un giudizio circa l'idoneità del prodotto ad essere testato sull'uomo; informazioni sulle tecniche di produzione del farmaco, che comprendano notizie circa la composizione, la produzione, i controlli effettuati durante e dopo la produzione del prodotto, al fine di valutare la capacità dell'industria di produrre il farmaco adeguatamente e su larga scala; informazioni inerenti ai protocolli clinici adottati e al personale coinvolto nelle sperimentazioni.

Una volta sottoposto l'IND⁴² alla FDA, lo sponsor deve attendere trenta giorni – periodo che serve a consentire all'Agenzia di valutarne la richiesta – prima di dare avvio alla fase clinica.

³⁹ P.I. CARTER, *Federal Regulation of Pharmaceuticals in the United States and Canada*, cit., 229 ss.

⁴⁰ Non è raro che la sperimentazione di molti prodotti venga abbandonata prima che la FDA prenda una decisione – in senso positivo o negativo – circa l'approvazione dello stesso (si veda A. DIMASI, *Risk in New Drug Development: approval success rate for investigational drugs*, in *Clinic Pharmaceutical Ther*, 2001, 297-307). Per vero, le innovazioni e le modifiche apportate alle procedure di approvazione dei farmaci hanno permesso di ridurre, fino ad azzerarlo, il c.d. “*drug lag*” rispetto al Vecchio Continente, di cui ha fortemente risentito l'industria farmaceutica nel periodo compreso tra gli anni Cinquanta e Settanta. Si veda J. O'DONNELL, J. SOMBERG, *Drug Discovery and Development*, CRC Press, 2019, 29 ss.

⁴¹ Cfr. USC. 21, §321, p.

⁴² Sono previste diverse tipologie di IND, ossia *Investigator IND*, *Emergency Use IND* e *Treatment IND*. La prima delle tre tipologie richiamate riguarda le procedure sottomesse da un medico che conduce la ricerca – e la somministrazione del farmaco – sotto la propria supervisione. La richiesta può avere ad oggetto un farmaco che non abbia ancora ricevuto autorizzazione, ovvero un prodotto che sia stato approvato ma rispetto al quale si vogliono aggiungere nuove indicazioni

Il passaggio successivo nell'*iter* di approvazione di un farmaco è costituito dalla sottomissione di una NDA, che avvia difatti la sperimentazione clinica, articolata in diversi momenti. La *Phase I* vede la conduzione di test su un numero ristretto di volontari e ha lo scopo precipuo di individuare il "safe dosage range". Qualora i risultati dovessero risultare positivi, si avvia la *Phase II*, nella quale ad essere coinvolto è un numero ridotto di pazienti⁴³ – al fine di evitare di esporre un novero elevato di individui a rischi non necessari – con uno specifico quadro clinico. La *Phase III* coinvolge alcune migliaia di pazienti affetti da determinate patologie o che versano in particolari condizioni, ed è finalizzata all'individuazione del livello ottimale di dosaggio del farmaco. Se quest'ultimo soddisfa i requisiti di sicurezza ed efficacia, viene approvato dalla FDA⁴⁴, al termine, dunque, di una procedura che vede l'Agenzia coinvolta nell'attenta analisi dei «clinical, chemical, statistical and pharmacological data submitted by the sponsor»⁴⁵.

3.2 La procedura di approvazione dei farmaci generici, la Abbreviated NDA

La procedura succintamente descritta nel precedente paragrafo viene seguita, come detto, per l'approvazione dei *new drugs*. Altro è, invece, l'*iter* applicabile nel caso dei *generic drugs*, per i quali è prevista la *Abbreviated NDA* (ANDA)⁴⁶, con cui si consentono la produzione e la commercializzazione di un farmaco generico che garantisca lo stesso livello di *safety* ed *efficacy*, ma a prezzi più contenuti, del farmaco di marca di riferimento. Più in dettaglio, a differenza della procedura di NDA nella quale è richiesta la fornitura dei dati ottenuti dai test preclinici e clinici, la ANDA richiede ai produttori la dimostrazione scientifica che il prodotto abbia le medesime caratteristiche dell'*innovator drug*, ovvero sia che il generico contenga gli stessi ingredienti – e nelle medesime quantità – dell'*innovator*.

La base giuridica per la produzione di bioequivalenti⁴⁷ e generici è costituita dal *Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act* del 1984 che, come già visto, permette alla FDA di

terapeutiche. La *Emergency Use IND* permette alla FDA di autorizzare l'uso di un *experimental drug* in una situazione di emergenza, che non permetta di attendere le tempistiche classiche. La *Treatment IND* ha ad oggetto i farmaci rispetto ai quali i test eseguiti sembrano confermare l'efficacia verso condizioni o malattie che mettano a rischio la vita dei pazienti. Inoltre, è possibile sottomettere un IND di tipo commerciale o non commerciale (*research IND*): il primo è finalizzato all'ottenimento di un'autorizzazione per la produzione e commercializzazione di un nuovo farmaco; il secondo – maggiormente usato – ha come fine lo svolgimento di sole attività di ricerca. Cfr. sul punto FDR, 21, § 312. Si veda anche l'*Investigational New Drugs (IND) Application, Food and Drug Administration* (<http://www.fda.gov/>).

⁴³ Solitamente, tale fase vede il coinvolgimento di un numero di pazienti compreso tra i 100 e i 300.

⁴⁴ Per approfondimenti cfr., tra gli altri, M.S. LIPSKY, L.K. SHARP, *From Idea to Market: The Drug Approval Process*, in JABFP, 2001, vol. 14, 362 ss.; P.I. CARTER, *Federal Regulation of Pharmaceutical in the United State and Canada*, cit., 229.

⁴⁵ Cfr. P.I. CARTER, *Federal Regulation of Pharmaceutical in the United State and Canada*, cit., 232.

⁴⁶ Da non confondere con gli *Expedeted Programs*, introdotti dal legislatore statunitense a partire dal 1992, con lo scopo di far fronte alla dilatazione dei tempi necessari al rilascio di un'autorizzazione alla commercializzazione – con conseguente ritardo dell'ingresso del farmaco sul mercato statunitense rispetto ai mercati degli altri Paesi – prodotta dall'adozione degli emendamenti del 1962. A fungere da catalizzatori per l'introduzione delle quattro procedure attualmente presenti – ossia *accelerated approval*, *priority review*, *fast-track* e *breakthrough* – e indicate complessivamente come *expedited programs* vi sono la drastica riduzione del numero di farmaci approvati annualmente, lo scoppio dell'epidemia dell'AIDS e la sempre crescente necessità di fronteggiare esigenze mediche prive di risposte in termini di terapie e medicinali.

⁴⁷ Per una definizione di *bioequivalence* si veda il Titolo 21, Capitolo 1, §314 del *Code of Federal Regulation*, ai sensi del quale per bioequivalenza è da intendersi l'assenza di differenze significative «in the rate and extent to which the active ingredient or active moiety in pharmaceutical equivalents or pharmaceutical alternatives becomes available at the site of drug action when administered at the same molar dose under similar conditions in an appropriately designed study». Anche in presenza di differenze, alcuni farmaci possono essere considerati bioequivalenti se non vi è una «significant difference in the extent to which the active ingredient or moiety from each product becomes available at

procedere all'approvazione di richieste di immissione in commercio di farmaci generici senza che si renda necessaria la ripetizione dei test finalizzati a stabilire la sicurezza e l'efficacia degli stessi. L'incidenza dei generici sul complesso del mercato farmaceutico statunitense è tutt'altro che secondaria e la loro commercializzazione permette di aumentare la competitività sul mercato, con la diretta conseguenza di rendere i trattamenti accessibili ad un maggior numero di pazienti, dando ragione al legislatore di fine anni Ottanta che intervenendo sulla regolamentazione in materia di farmaci – grazie al raggiungimento di un «*compromise between the two competing players in the pharmaceutical market-generic manufacturers and brand name manufacturers*»⁴⁸ – ha aperto alla produzione dei generici con il fine abbattere i prezzi dei farmaci.

L'importanza di questo tipo di mercato sempre più in crescita è stata condivisa dalle varie amministrazioni succedutesi nel Paese⁴⁹. Da ultimo, l'Amministrazione Trump ha avviato nel 2017 il *Drug Competition Action Plan* (DCAP): dal momento che la FDA non è in grado di intervenire direttamente sulla regolamentazione dei prezzi dei medicinali, ma gioca un ruolo di primo piano nel garantire l'accesso al farmaco, l'Amministrazione ha previsto interventi finalizzati all'aumento della concorrenza e all'accelerazione delle procedure di approvazione dei *generic drugs* da parte della FDA, ribaditi anche nel recente *Blueprint program 2018*⁵⁰.

Il DCAP si muove principalmente in tre direzioni, con lo scopo, *in primis*, di migliorare l'efficacia dello sviluppo dei generici e ridurre i tempi di revisione e approvazione, e aumentare la concorrenza⁵¹; *in secundis*, di massimizzare e aumentare la chiarezza della regolamentazione (soprattutto in relazione ai generici complessi); e, infine, di impedire alle grandi industrie farmaceutiche di eludere – nel tentativo di ritardare l'ingresso di altri produttori sul mercato dei generici – le norme imposte dalla FDA⁵².

4. Il sistema sanitario statunitense

È utile, a questo punto, richiamare all'attenzione – seppure per sommi capi – i tratti distintivi del sistema sanitario statunitense, atteso che a questo è strettamente interrelata la tematica del diritto del farmaco.

the site of drug action». La disposizione in oggetto prosegue affermando che «this applies only if the difference in the rate at which the active ingredient or moiety becomes available at the site of drug action is intentional and is reflected in the proposed labeling, is not essential to the attainment of effective body drug concentrations on chronic use, and is considered medically insignificant for the drug. For drug products that are not intended to be absorbed into the bloodstream, bioequivalence may be assessed by scientifically valid measurements intended to reflect the rate and extent to which the active ingredient or active moiety becomes available at the site of drug action».

⁴⁸ Cfr. J.L. MILLER, *Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act: The Elimination of Competition between Drug Manufacturers*, in *DePaul Journal of Health Care Law*, 2002, 98.

⁴⁹ Basti pensare che l'ampliamento del mercato dei generici ha avuto un impatto positivo sui costi sostenuti dai consumatori statunitensi, permettendo cospicui risparmi: nel 2018, il sistema sanitario americano ha avuto un risparmio di 293 miliardi di dollari, mentre nel decennio 2009-2018, esso è ammontato a 2 trilioni di dollari.

⁵⁰ Sul tema sia consentito il rinvio ad A. CIAMMARICONI, *The Pharmaceutical Policy after the First Two Years of President Trump*, in G.F. FERRARI (Ed), *The American Presidency under Trump. The First Two Years*, Eleven International Publishing, 2020, 151 ss.

⁵¹ Tra le azioni intraprese si colloca, ad esempio, la pubblicazione dei nomi dei farmaci a bassa concorrenza.

⁵² Appare opportuno richiamare in questa sede anche il GDUFA II, adottato per ridurre il numero di cicli di revisione necessari per ottenere l'approvazione del farmaco, in modo da aumentare il numero di generici in commercio, senza "sacrificare" la sicurezza e l'alta qualità dei farmaci.

Privo di una copertura universale, il sistema sanitario statunitense può essere considerato quale «pluralità di sistemi grandemente differenziati tra di loro»⁵³, con una compresenza di gestione pubblica e privata, ma con netta prevalenza della seconda sulla prima⁵⁴.

Senza soffermarci in questa sede sulle ben note origini del *Welfare State* negli USA, è possibile ricordare come l'interventismo in campo sanitario (che ha trovato nell'«interpretazione creativa»⁵⁵ della *Commerce Clause*⁵⁶ e della *Welfare Clause*⁵⁷ la propria fonte di legittimazione) e tutti i tentativi di riforma della sanità negli USA abbiano trovato sempre forti resistenze. Tale circostanza, a onor del vero, non sorprende particolarmente atteso che l'«eccezionalismo americano»⁵⁸ – di cui non è esente il campo sanitario – è diretta conseguenza di quell'impostazione culturale, improntata ai principi del *laissez-faire* e al liberalismo, con una forte enfasi posta sull'individualismo e sull'egalitarismo, inteso – quest'ultimo – nella sua accezione di «eguaglianza nelle opportunità» e «meritocrazia competitiva»⁵⁹. Siffatti elementi (uniti ad un'impostazione costituzionale – figlia dell'individualismo – che non dà codificazione ai “*positive rights*”⁶⁰, e ad una struttura del sistema decisionale che vede la compresenza di elementi di “*check and balances*”, e di attori portatori di

⁵³ Cfr. G. FREDDI, *L'anomalia americana*, Milano, Vita e pensiero, 2012, 16.

⁵⁴ Si veda sul punto J.F. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, Milano, Bompiani, 1989, 3 ss.

⁵⁵ Cfr. A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 2003, 243.

⁵⁶ Sul tema v., tra gli altri, L. RUTKOW, J.S. VERNICK, *The U.S. Constitution's Commerce Clause, the Supreme Court, and Public Health*, in *Law and the Public Health*, George Washington University, 2011, e M.A. HALL, *Commerce clause challenges for health care reform*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2011.

⁵⁷ Per la parte che in questa sede direttamente rileva, l'art. 1, sez. 8 della Costituzione statunitense così recita: «Il Congresso avrà il potere di: fissare e riscuotere tasse, diritti, imposte e dazi, di pagare debiti e provvedere alla difesa comune e al benessere generale degli Stati Uniti; ma i diritti, le imposte e i dazi saranno uniformi in tutti gli Stati Uniti».

⁵⁸ L'espressione viene coniata da A. DE TOCQUEVILLE, nella sua opera *Democrazia in America* (1831-1840), nella quale già preannuncia l'unicità del sistema americano, asserendo che: «La situazione degli americani è, dunque, del tutto eccezionale e bisogna credere che nessun popolo democratico vi si troverà mai». L'espressione trova tuttora utilizzo dalla dottrina ad indicare le peculiarità e le caratteristiche che fanno sì che gli Stati Uniti differiscano dal resto dei Paesi industrializzati. Per un approfondimento sul tema cfr. B.E. SHAFER, *Is America Different? A New Look at American Exceptionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

⁵⁹ Il complesso valoriale alla base della società americana viene accuratamente indagato e delineato da S.M. LIPSET, *American Exceptionalism: a Double-Edged Sword*, New York, W.W. Norton & co Inc, 1997. In argomento, nella dottrina italiana, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, Torino; Giappichelli, 2000, *passim*.

⁶⁰ Nonostante non siano mancate suggestioni tanto di origine giurisprudenziale che dottrinale nel senso di riconoscere la collocazione costituzionale di tali diritti. A tal proposito si ricorda l'individuazione, di matrice dottrinale, di una serie di disposizioni costituzionale definite “*open ended*”, ossia a contenuto flessibile, tra le quali vengono compresi il IX Emendamento, la *Equal Protection Clause* e le *Priviledges and Immunities Clauses* (ex XIV Emendamento), a suffragare l'ipotesi della possibilità di riconoscere l'esistenza di una protezione costituzionale di situazioni giuridiche soggettive legate al *Welfare state* (cfr. A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, cit., 131 ss.). Parallelamente al dibattito dottrinale, si assiste alla produzione di una giurisprudenza della Corte Suprema che ha aperto all'interpretazione creativa delle disposizioni in materia di riparto delle competenze tra Stati federati e Federazione, tendendo ad inglobare nel dettato costituzionale anche i diritti sociali. In particolare, con la Corte Warren degli anni Sessanta-Settanta si compie un importante passo avanti nel superamento della distinzione tra *deserving* e *non deserving* *poors*. In tal senso, si vedano le sentenze *King v. Smith* (392 U.S., 309, 317, 1968), o *Townsend v. Swank* (404 U.S., 282, 1971), nelle quali si dichiara l'incostituzionalità delle normative statali volte rendere più selettivo l'accesso all'assistenza e ai benefici statali. Come molto opportunamente osservato in dottrina, la «new equal protection esige, infatti, un controllo di legittimità costituzionale particolarmente severo in ogni caso in cui una classificazione normativa si imperniasse su un criterio distintivo sospetto o fosse suscettibile di toccare interessi identificati come fondamentali» (cfr. G.F. FERRARI, *Localismo ed eguaglianze nel sistema americano dei servizi locali*, Padova, CEDAM, 1984, 394).

interessi tra loro divergenti⁶¹) hanno reso arduo ogni tentativo di riforma strutturale del sistema sanitario americano orientata all'introduzione di una disciplina organica dello stesso⁶².

La preminente impostazione privatistica della sanità statunitense fa leva, com'è noto, sulla copertura sanitaria assicurata prevalentemente da polizze private⁶³, mentre la copertura pubblica è garantita a determinate categorie della popolazione, ossia alla fascia di persone ultrasessantacinquenni e agli individui con un basso reddito o affetti da disabilità⁶⁴. Non sorprende come, secondo i più recenti dati OCSE, i programmi pubblici assistenziali garantiscano copertura sanitaria al 35.6% della popolazione, mentre si riscontri una progressiva diminuzione di coloro che non sono coperti da assicurazione e la tendenza ad una sempre più ampia porzione della popolazione che rinuncia alle cure mediche e all'acquisto dei farmaci soggetti a prescrizione medica⁶⁵.

4.1. I programmi sanitari pubblici e l'Obamacare

Il dibattito circa la necessità di introdurre un programma sanitario nazionale inizia a svilupparsi negli Stati Uniti a partire dalla presidenza Truman (1945-1953), ma è nell'estate del 1965 che l'annoso tema dell'introduzione di un programma assistenziale pubblico sfocia nell'adozione del *Medicare Social Security Amendments*, firmato dal Presidente Lyndon B. Johnson, da cui prendono

⁶¹ Si veda al riguardo R.M. KAPLAN, Y.M. BABAD, *Balancing influence between actors in healthcare decision making*. BMC Health Serv Res 11, 85 (2011).

⁶² I primi tentativi di riforma del sistema sanitario si collocano nella metà degli anni Trenta, quando l'allora presidente F.D. Roosevelt propone l'introduzione nel *Social Security Act* (1935) di una *National Health Insurance* contro le malattie. La forte opposizione della *American Medical Association* (AMA) fa naufragare il progetto; la stessa sorte accomuna il tentativo di riforma di Roosevelt a quello fortemente caldeggiato da Truman, e incentrato sull'istituzione di un sistema di assistenza sanitaria pubblico, nel 1945.

È solo negli anni Sessanta che fanno la loro comparsa i primi programmi di protezione sociale aventi come beneficiari alcune categorie, ossia gli anziani, i disabili e gli indigenti: nel 1963 il presidente Kennedy annuncia di avere in animo la predisposizione di un programma nazionale, che vede la luce nel 1965, sotto la presidenza Johnson e nell'ambito della *Great Society*, quando il Congresso approva – sotto forma di emendamento al *Social Security Act* – l'istituzione dei programmi pubblici assistenziali *Medicare* e *Medicaid*.

I programmi citati sono rimasti sostanzialmente invariati fino all'ultimo tentativo di riforma che ha interessato il sistema statunitense, occorso durante la presidenza Obama e sfociato nell'adozione del *Patient Protection and Affordable Care Act*, oggetto, inseguito, si feroci tentativi di smantellamento da parte dell'Amministrazione Trump.

⁶³ Sul piano organizzativo, le polizze assicurative private possono essere ricondotte a due principali modelli, il *fee for service* e il *managed care*. Il primo dei due, detto anche di tariffa a prestazione, ha rappresentato per lungo tempo il principale modello assicurativo, sebbene oggi comprenda meno del 2% delle polizze stipulate. Prevede il rimborso diretto al paziente o alla struttura sanitaria per le prestazioni di cui si è usufruito.

Il modello *managed care* ha prodotto la creazione di veri e propri «sistemi di gestione integrata del servizio assicurativo e sanitario»: è basato infatti su una stretta connessione tra il settore assicurativo e le strutture e il personale medico, volta al contenimento dei costi delle prestazioni sanitarie. A differenza del primo, tale secondo modello non lascia libera scelta al paziente circa la struttura cui rivolgersi, e allo stesso tempo limita il personale sanitario nello svolgimento della propria professione, vincolandolo al non superamento dei costi contrattati con le *Managed Care Organizations*.

⁶⁴ Trattasi delle categorie eleggibili per i programmi pubblici di *Medicare* e *Medicaid*. Cfr. G. FREDDI, *L'anomalia americana*, cit., 18 ss., A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, cit., 250 ss.

⁶⁵ Cfr. *Health at Glance 2017*, OECD (<https://www.oecd-ilibrary.org/>). Nel rapporto 2017, emerge che il 22.3% della popolazione risulta privo di copertura assicurativa e il 18% rinuncia all'acquisto di farmaci soggetti a prescrizione medica.

avvio i due differenti programmi, *Medicare*⁶⁶ e *Medicaid*⁶⁷. Successivamente, sarà solo con l'avvento alla Casa Bianca del Presidente Obama che potrà assistersi alla più ampia e strutturale riforma in campo sanitario. Il programma di riforma si fonda su alcuni pilastri – miranti chiaramente ad avvicinare il sistema sanitario statunitense a quello europeo⁶⁸ – tra i quali la trasformazione in diritto di tutto quello che è sempre stato un privilegio di pochi⁶⁹ (da cui scaturisce l'obbligo per le assicurazioni private di concedere la stipula delle polizze assicurative a chiunque ne faccia richiesta e indipendentemente dal rispettivo quadro clinico), la riduzione dei costi del sistema sanitario, l'introduzione di un sistema organico che veda nel Governo federale l'organo di garanzia e vigilanza sul sistema sanitario a copertura universale, la creazione di infrastrutture di raccordo tra il complesso medico-sanitario nel campo della prevenzione e della diffusione di una "cultura della sanità"⁷⁰.

L'iter di approvazione dell'*Obamacare* si presenta particolarmente lungo e tortuoso⁷¹, tanto da vedere la stesura di quattro diverse versioni della legge di riforma (tre elaborate dalla Camera e una

⁶⁶ *Medicare* è un programma di assicurazione sociale nazionale, posto sotto la diretta gestione del governo federale e ideato con lo scopo precipuo di garantire copertura per le spese mediche alle categorie meno protette della popolazione, unitamente a quelle più esposte al rischio sanitario, prive di adeguati mezzi economici idonei a fronteggiare le spese per le costose polizze assicurative private. Il programma è rivolto alle persone che abbiano compiuto 65 anni di età, e a coloro che risultino affetti da disabilità o da malattia renale allo stadio terminale (ESRD) che necessitano di dialisi o trapianto. L'"*Original Medicare*" prevede le due articolazioni in *Medicare A* e *Medicare B*: il primo – inerente all'assicurazione ospedaliera – copre le spese relative al ricovero ospedaliero per i pazienti dai 65 anni di età, indipendentemente dal loro reddito, a condizione che essi stessi o i loro coniugi abbiano pagato le tasse per il programma *Medicare* per almeno i dieci anni precedenti il ricovero. Il secondo – legato all'assicurazione medica – ha lo scopo di assicurare copertura alle spese derivanti dai servizi svolti dai medici e dal personale sanitario, dalle cure ambulatoriali e da quelle somministrate a domicilio; a differenza del primo programma, *Medicare B* richiede il pagamento di un premio mensile.

Nel 2003 il Congresso approva il *Medicare Prescription Drug Improvement and Modernization Act*, entrato in vigore il 1° gennaio 2006 e introduttivo del *Medicare Part D*, relativo alla copertura assicurativa sui farmaci soggetti a prescrizione. A differenza delle due articolazioni del programma *Medicare* pocanzi succintamente descritte, *Medicare Part D* è gestito da compagnie assicurative private che operano all'interno del contesto normativo statale e, dunque, suscettibile di essere esposto a differenze tra gli Stati. Il fine perseguito è quello di finanziare in parte i costi per l'acquisto di "prescription drug", assicurando al contempo protezione da possibili aumenti dei costi degli stessi. A completare il quadro si aggiunge *Medicare Part C*, anche conosciuta come *Medicare Advantage* (<http://www.medicare.gov/>), i cui piani concorrono generalmente al pagamento dei farmaci soggetti a prescrizione.

⁶⁷ Il *Medicaid* (<http://www.medicare.gov/>) è un programma finanziato sia dal governo federale che da quello statale. Creato inizialmente per garantire copertura medica attraverso un'assistenza sociale in denaro, oggi il programma è esteso alle famiglie a basso reddito, alle donne incinte, alle persone affette da disabilità (indipendentemente dall'età) e a coloro che necessitano di cure mediche protratte nel tempo. Il programma si declina in modo diverso in ogni Stato, sebbene siano presenti linee guida federali da applicare. Tendenzialmente, i pazienti non sono tenuti a contribuire a coprire i costi delle spese mediche, anche se talvolta possono essere richieste delle quote a carico del paziente.

⁶⁸ Si veda C. BASSU, *La riforma sanitaria negli Stati Uniti d'America: un modello federale di tutela della salute?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2011.

⁶⁹ Si veda E. JORIO, *La riforma sanitaria di Barack Obama*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2009, 3.

⁷⁰ Cfr. Discorso pronunciato da Obama alla *Harvard School of Public Health*, pubblicato dal *New England Journal of Medicine*, 9 ottobre 2008. Per vero, le proposte di Obama trovano ispirazione in alcune esperienze statali che hanno cercato di dare una risposta efficace all'annoso problema della sanità statunitense, supportate in tal senso da consolidata giurisprudenza della Corte Suprema, la quale riconosce indubbia competenza degli Stati ad intervenire in materia di sanità (si vedano, tra le altre, le sentenze *Jacobson v. Massachusetts* 197 U.S. 11, 1905, e *Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. Crescent City Livestock Landing and Slaughter House Company*, 83 U.S. 36, 1873). Tra gli interventi statali antecedenti all'*Obamacare*, si ricordano in particolare quelli degli Stati del New Jersey, New York, Vermont, Hawaii e Massachusetts. Per approfondimenti si veda C. BOLOGNA, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, cit., 6, e P.D. JACOBSON, R. L. BRAUN, L. REBECCA, *Let 1000 Flowers Wilt: the Futility of State-Level Health Care Reform*, in *Kansas Law Review Inc*, 2007.

⁷¹ E ciò a riprova del fatto di come quello sanitario sia un settore nevralgico, nel quale si incontrano e contrappongono interessi divergenti: gli insegnamenti tratti dalle esperienze dei suoi predecessori spingono il neoeletto

dal Senato), che hanno come principali punti di scontro la *public option*⁷², la clausola antiabortista e l'entità dei finanziamenti federali da stanziare. Nonostante le forti opposizioni in risposta all'intromissione federale in ambito sanitario⁷³, le Aule del Congresso giungono all'approvazione di due testi, rendendo necessario l'avvio di una procedura di conciliazione tra le due versioni. Il venir meno della maggioranza democratica al Senato⁷⁴ e la necessità di superare l'*impasse*, porta all'approvazione alla Camera del testo licenziato dal Senato, con la successiva adozione dell'*Health Care and Education Reconciliation Act* del 2010, a contenuto finanziario⁷⁵. Il 23 marzo 2010 Obama firma il *Patient Protection and Affordable Health Care Act* (PPACA), noto come *Obamacare*, accolto dalla maggioranza democratica con grande entusiasmo.

4.1.1 Individual mandate e ampliamento di Medicaid

Gli obiettivi perseguiti dalla riforma Obama si possono scindere essenzialmente in due tipologie: da un lato quelli di natura sostantiva, dall'altro quelli sistemici. Se i primi impattano direttamente sui destinatari dell'assistenza medica, i secondi – per vero non realizzati – concernono la struttura della *governance* sanitaria⁷⁶.

Tra gli ~~scopi~~ strumenti che incidono direttamente sui destinatari non possono non collocarsi l'*individual mandate* – considerato il vero cuore della riforma voluta da Obama – consistente nell'introduzione dell'obbligo, sussistente in capo a tutti i cittadini, di acquistare una polizza assicurativa che garantisca una "*minimun essential coverage*", e l'ampliamento del programma pubblico *Medicaid*. Trattasi, per vero, anche della novella più contestata e contrastata dall'ala conservatrice, a motivo della lamentata violazione dei principi di autodeterminazione e di libertà individuale. La *ratio* sottesa all'introduzione della previsione normativa in oggetto è da rintracciare nella volontà di introdurre uno "*shared responsibility payment*", che generi – come effetto diretto – la condivisione dei costi sociali, in modo tale da garantire copertura anche alla fetta di popolazione meno abbiente. L'effetto prodotto è duplice: se, per un verso, si determina l'apertura del mercato assicurativo a tutti i cittadini, come conseguenza del divieto imposto alle compagnie assicurative di rifiutare la stipula di polizze ai pazienti più esposti a malattie, per altro, tramite il principio riassumibile nella formula del "*play or pay*", si evita che i cittadini ricorrano all'acquisto di coperture assicurative solo nel caso di malattia.

Presidente a non presentare un testo di legge completo al Congresso, ma ad esercitare il potere di impulso verso l'organo legislativo, costituzionalmente garantitogli, lasciando alle Aule il compito di redigere il testo della riforma e procedendo comunque all'avvio di consultazioni con le principali *lobbies* interessate, quali l'*American Medical Association*, le industrie farmaceutiche, le compagnie assicurative e le strutture ospedaliere.

⁷² Si intende per tale la possibilità offerta a tutti i cittadini di avere accesso ad una copertura assicurativa federale simile a quella prevista per parlamentari e personale dell'amministrazione federale, prevedendo il 75% dei premi a finanziamento pubblico. Si aggiungeva, inoltre, la possibilità di sostegni finanziari ulteriori per i cittadini a basso reddito. (si veda G. FREDDI, *L'anomalia americana*, cit., 143).

⁷³ Si pensi, in particolare, all'opposizione del movimento ultraconservatore *Tea Party*, che contesta l'espansione dell'interventismo statale. Per maggiori approfondimenti, si veda V. WILLIAMSON, T. SKOCPOL, J. COGGIN, *The Tea Party and the Remaking of Republican Conservatism*, Oxford University Press, Oxford 2012.

⁷⁴ A seguito della scomparsa del senatore democratico E. Kennedy (Massachusetts), si rendono necessarie elezioni suppletive che assegnano la vittoria al candidato repubblicano S. Brown.

⁷⁵ L'approvazione del testo è resa possibile dalla garanzia data dal Presidente agli antiabortisti, raccogliendo le loro richieste e inserendole nell'ordine esecutivo n.13535. Il passaggio definitivo al Senato è ottenuto ricorrendo ad una previsione del regolamento, la *budget reconciliation*, ai sensi della quale l'approvazione dell'atto può avvenire a maggioranza semplice. Cfr. G. FREDDI, *L'anomalia americana*, cit., 148.

⁷⁶ Si veda G. FREDDI, *L'anomalia americana*, cit., 149 ss.

La regola generale dell'obbligo di polizza sanitaria incontra, tuttavia, una serie di deroghe; tra queste, il venir meno dell'obbligo per i datori di lavoro con meno di cinquanta dipendenti di provvedere alla loro copertura sanitaria⁷⁷, e quella dedicata a coloro che "cannot afford coverage". La normativa prevede, infatti, l'esonero dall'obbligo per coloro i quali la spesa per le polizze sanitarie supererebbe l'8% del reddito annuo. Altra deroga è prevista per motivi religiosi: sono esclusi dal pagamento del *penalty*, ai sensi delle disposizioni rubricate rispettivamente "Religious conscience exemption" e "Health care sharing ministry", i membri delle menzionate organizzazioni religiose⁷⁸. Ulteriori deroghe sono infine previste per i detenuti⁷⁹, i nativi americani⁸⁰ e quanti risiedono illegalmente sul territorio statunitense.

Per ciò che concerne l'ampliamento del programma *Medicaid*, questo mira ad assicurare copertura a tutti gli indigenti, indipendentemente dalla presenza di altri fattori quali disabilità o figli minori a carico, garantendo gli *essential health benefits* ai cittadini che abbiano un reddito pari o inferiore al 133% del livello di povertà federale. Nel lasciare inalterata la struttura di base del programma, l'*Obamacare* prevede la concessione di ulteriori sovvenzioni statali, vincolate al rispetto, da parte degli Stati, delle condizioni previste dalla normativa (*conditional grant in aid*)⁸¹. Per finanziare tali interventi, il legislatore federale prevede alcuni tagli al programma *Medicare* e l'introduzione di nuove sovvenzioni a carico delle famiglie e dei cittadini con redditi più elevati. Inoltre, a garanzia dell'attuazione dell'estensione del programma da parte degli Stati, si prevede – nei confronti dello Stato inadempiente – la perdita dei nuovi fondi, unitamente a quelli preesistenti.

Come anticipato, la struttura stessa del sistema sanitario e le riforme che lo interessano impattano anche sull'accesso al farmaco, essendo tale bene oggetto di possibile copertura da parte dei programmi assicurativi, siano essi pubblici o privati.

Nonostante la riforma fortemente voluta da Obama e appena richiamata nei suoi elementi essenziali, l'annosa criticità legata all'accesso al farmaco da parte dei cittadini americani sembra tutt'altro che risolta. Se, da un lato, è vero che le riforme apportate hanno determinato l'estensione della copertura assicurativa alla grande maggioranza degli americani, dall'altro, occorre rimarcare

⁷⁷ Più che di un vero e proprio obbligo, le imprese possono scegliere se pagare l'assicurazione sanitaria ai propri dipendenti o versare una certa somma (*penalty*) all'amministrazione, che oscilla tra i 2000 e i 3000 dollari per ogni dipendente non assicurato. Per quanto concerne le imprese con meno di cinquanta dipendenti – nell'ipotesi in cui dovessero decidere di garantire una polizza sanitaria ai propri dipendenti – queste possono servirsi del programma *Small Business Health Options* (SHOP), appositamente ideato per coperture assicurative e crediti di imposta.

⁷⁸ Secondo la prima delle due disposizioni richiamate, i membri di organizzazioni religiose riconosciute che, a motivo del proprio credo, non accettano coperture assicurative che consentano di ricevere cure mediche o che prevedano indennità in caso di malattia o decesso. Sono altresì esentati dall'obbligo di assicurazione sanitaria i membri di organizzazioni religiose all'interno delle quali si condividono le spese mediche necessarie per garantire l'accesso alle cure sanitarie a tutti i componenti. Cfr. 26 U.S. Code § 5000A. *Requirement to maintain minimum essential coverage*.

⁷⁹ La copertura sanitaria della categoria *de qua* viene ricavata dall'VIII Emendamento della Costituzione americana, il quale recita: «Non si potranno richiedere cauzioni eccessive, né imporre ammende eccessive, né infliggere pene crudeli e inusitate».

⁸⁰ Per tale categoria sono previsti sistemi assistenziali *ad hoc*, mediante la riconferma da parte del PPACA dell'*Indian Health Care Improvement Act* (IHCA), pietra angolare nella garanzia dell'assistenza sanitaria ad *American Indians* e *Alaska Natives*. Si riporta il testo del 26 U.S. Code § 45A(c)(6), ai sensi del quale: «The term "Indian tribe" means any Indian tribe, band, nation, pueblo, or other organized group or community, including any Alaska Native village, or regional or village corporation, as defined in, or established pursuant to, the Alaska Native Claims Settlement Act (43 U.S.C. 1601 et seq.) which is recognized as eligible for the special programs and services provided by the United States to Indians because of their status as Indians».

⁸¹ Trattasi di un meccanismo ormai consolidato nel federalismo cooperativo statunitense, che permette di perseguire due obiettivi: da un lato, consente di porre vincoli agli Stati nelle materie nelle quali la federazione non ha potestà legislativa, dall'altro, coinvolge gli Stati nell'attuazione di programmi che risultano più efficacemente gestiti dal livello di governo più prossimo al cittadino. Per approfondimenti, si veda C. BOLOGNA, *Stato federale e "National interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna, Bononia University Press, 2010, 285 ss.

come la decisione in merito alle tipologie di farmaci e terapie coperte dalle polizze sanitarie private rimanga appannaggio delle singole compagnie assicurative. Ne deriva che circa un terzo degli americani, appartenenti soprattutto alle classi di reddito media e bassa, – così come emerso da un recente studio⁸² – necessita di *prescription drugs* non coperti dalle rispettive polizze. Gli elevati costi dei farmaci e la difficoltà nel far fronte alle spese per il loro acquisto generano come diretta conseguenza la rinuncia alle cure o una riduzione del dosaggio dei farmaci da assumere. Tale effetto è amplificato dalla costante tendenza all'aumento dei prezzi dei medicinali soggetti a prescrizione⁸³.

4.2 Le politiche farmaceutiche dell'Amministrazione Trump

Tra i punti principali del programma annunciato dal successore di Obama – Donald Trump – figurano lo smantellamento (“*repeal and replace*”) dell'*Obamacare*⁸⁴ e la riduzione dei prezzi dei farmaci, attraverso la diffusione dei generici⁸⁵.

Sul versante della riforma del sistema sanitario – il cui cardine è costituito dall'intento di liberalizzare il mercato delle polizze⁸⁶ – nonostante l'approvazione da parte della Camera dei Rappresentanti⁸⁷ dell'*American Health Care Act* (il primo atto del c.d. *Trumpcare*), la legge si arena nel 2017 a seguito del respingimento della proposta, per due volte consecutive, in seno al Senato. Dopo tale bocciatura, l'Amministrazione Trump elabora un nuovo progetto di legge, il *Tax Cuts and Jobs Act*, approvato nel dicembre dello stesso anno che, seppur non direttamente volto a smantellare l'*Obamacare*, ha delle conseguenze dirette sull'ACA.

Dalla specifica prospettiva del mercato farmaceutico, la volontà dell'Amministrazione Trump muove secondo due principali direttrici: l'abbassamento dei costi dei medicinali – incentivando la concorrenza⁸⁸ – e lo snellimento del processo di commercializzazione dei nuovi farmaci (attraverso

⁸² Cfr. *Life Experience and Income Inequality in the United States* (https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/94/2020/01/Income-inequality-report-topline_January2020.pdf), NPR/Robert Wood Johnson Foundation, Harvard T.H. Chan School of Public Health, 2020.

⁸³ Cfr. Rapporto *A Painful Pill to Swallow: U.S. vs. International Prescription Drug Prices*, Ways and Means Committee, 2019.

⁸⁴ Si ricordi, ad esempio, l'intervento tenuto a Stanford, Florida: «My first day in office, I'm going to ask Congress to put a bill on my desk getting rid of this disastrous law and replacing it with reform that expand choice, freedom, affordability». Cfr. R. FRETWELL WILSON, R. GRAVER & L. SOBAL, *Trumpcare Expect the Phoenix to Rise from the Ashes*, in *Illinois Law Review*, 29 April 2017.

⁸⁵ Si veda, per esempio, l'intervento di Trump alla Plymouth State University del 7 febbraio 2016, o il discorso tenuto a Manchester il giorno successivo, ovvero ancora l'intervista rilasciata al canale televisivo MSNBC nello stesso mese. Tutti gli esempi riportati rivelano come il costo dei farmaci soggetti a prescrizione sia stato uno dei principali argomenti della campagna presidenziale.

⁸⁶ Mediante l'abolizione dell'obbligo per ciascun individuo di sottoscrivere un'assicurazione sanitaria unitamente a quello in capo alle imprese con più di cinquanta dipendenti di pagare l'assicurazione sanitaria per questi ultimi. Si veda, tra gli altri, C. BOLOGNA, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, cit., 1 ss., A. PIERINI, *Il progetto di riforma sanitaria dell'Amministrazione Trump all'esame del Congresso: verso il superamento dell'Obamacare*, in *DPCEonline* (<http://www.dpceonline.it/>), 2016; G. D'IGNAZIO, *The Health Care Reform*, in G.F. FERRARI (Ed), *The American Presidency under Trump. The First Two Years*, cit., 143 ss.

⁸⁷ La *House of Representatives* ha approvato il c.d. *Trumpcare* con una limitatissima maggioranza (217 contro 213 voti), a testimonianza di come la proposta di Trump abbia generato divisioni interne agli stessi Repubblicani, tra i quali si sono affermate due distinte posizioni: se i sostenitori della posizione libertaria radicale mirano ad una completa sostituzione dell'*Obamacare* e alla reintroduzione delle logiche privatistiche nel settore sanitario, l'ala moderata dei Repubblicani è favorevole ad apportare modifiche all'ACA, senza cassarlo completamente.

⁸⁸ Sia Trump che il Segretario dello *Health and Human Services* (HHS), Alex Azar, hanno annunciato che nel corso del 2017 la FDA ha approvato più di 1000 farmaci generici a basso costo, raggiungendo in tal senso il più alto numero di generi approvato nella storia dell'Agenzia.

la riduzione dei tempi di approvazione di nuovi prodotti da immettere sul mercato). In tale direzione si collocano il *Know the Lowest Price Act* e il *Patient Right to Know Act*, approvati il 10 ottobre 2018 allo scopo di ridurre il costo dei *prescription drugs*. Trattasi di una legislazione *bipartisan* promossa dai senatori Collins e McCaskill e mirante a proibire le c.d. “*gag clauses*”, che impediscono ai farmacisti di informare i consumatori della presenza di *prescription drugs* più economici⁸⁹. Più precisamente, il *Know the Lowest Price Act* del 2018 apporta modifiche al *Social Security Act*, prevedendo l’eliminazione del divieto di fornire informazioni inerenti ai prezzi dei farmaci⁹⁰. Il *Patient Right to Know Act* introduce il divieto per le compagnie assicurative di limitare o penalizzare la divulgazione di determinate informazioni inerenti ai prezzi dei farmaci per gli iscritti ai programmi assicurativi e di richiedere la conclusione di accordi tra gli sviluppatori di prodotti biosimilari.

Un evidente momento di svolta nelle politiche farmaceutiche sotto la Presidenza Trump coincide con l’adozione, nel maggio 2018, del documento denominato “*American Patient First – The Trump Administration Blueprint to Lower Drug Prices and Reduce Out-of-Pocket Costs*” (noto anche come *Trump Administration Blueprint* o semplicemente *Blueprint Program*).

Trattasi di un programma che, muovendo dall’analisi dei fattori incidenti sull’aumento dei prezzi dei farmaci⁹¹, è basato su quattro principali obiettivi strategici: *increasing competition, better negotiation, incentives for lower list prices, lowering out-of-pocket costs*.

Per quanto riguarda le misure previste dal programma al fine di dare attuazione alla prima delle quattro strategie (*increasing competition*), queste concernono in particolar modo l’accelerazione delle procedure di approvazione dei generici da parte della FDA e l’accesso a farmaci generici più economici attraverso l’aumento della concorrenza⁹². Relativamente alla seconda strategia (*better negotiation*), gli interventi si basano su una serie di azioni intese a supportare una miglior contrattazione⁹³. Sono previste, inoltre, misure per stabilire un tetto massimo ai rimborsi dei farmaci afferenti al *Medicare Part B*, per ridurre i costi dell’acquisto all’ingrosso (WAC) quando il prezzo medio di vendita non è disponibile e per analizzare i prezzi dei farmaci adottati nei Paesi membri dell’OCSE. La terza strategia del *Blueprint Program* (*creating incentives to lower list prices*) include provvedimenti volti alla creazione di incentivi per la riduzione dei prezzi di listino mediante azioni

⁸⁹ V. in NATIONAL ACADEMY FOR STATE HEALTH POLICY, *State Prescription Drug Legislative Tracker 2019* (<https://nashp.org/wp-content/uploads/2019/01/RxTracker-final-3.19.2019.pdf>).

⁹⁰ Uno sponsor del *National Prescription Drug Plan* (PDP) e un’organizzazione afferente al *Medicare Advantage* che offrano piani assicurativi per i farmaci soggetti a prescrizione o piani MA-PD (*Medicare Advantage Prescription Drug plan*) devono necessariamente garantire l’assenza di restrizioni per le farmacie dall’informare coloro che risultano inseriti in tali programmi circa la presenza di differenze tra il prezzo da pagare in quanto iscritti al programma e il prezzo che pagherebbero senza fare ricorso alla copertura assicurativa sanitaria.

⁹¹ Tra questi si collocano la scadenza dei brevetti dei *blockbuster*, le tasse imposte dall’ACA sui *prescription drug* di marca venduti ai programmi *Medicare*, *Medicaid* o ad altri programmi governativi, l’espansione del programma di sconti sui prezzi dei farmaci denominato 340B – istituito nel 1992 e significativamente ampliato con l’*Obamacare* –, l’adozione di misure di austerità conseguenti alla crisi finanziaria che limitano la spesa governativa per i *prescription drugs*, e la mancanza di moderni strumenti di negoziazione dei programmi governativi.

⁹² Si pensi, ad esempio, all’adozione del *Drug Competition Action Plan*. Esso si basa su tre elementi chiave: «improving the efficiency of the generic drug development, review, and approval process; maximizing scientific and regulatory clarity with respect to complex generic drugs; and closing loopholes that allow brand-name drug companies to ‘game’ FDA rules in ways that forestall the generic competition Congress intended».

⁹³ Esse prevedono, tra l’altro, l’apporto di modifiche al *Medicare Prescription Drug Program* (nelle parti C e D), con lo scopo di consentire una rapida sostituzione dei farmaci dei formulari farmaceutici, e l’avanzamento di proposte per chiarire la definizione di “*brand drugs*”, attraverso l’analisi comparata dei prezzi dei farmaci sul mercato internazionale, soprattutto nei Paesi aderenti all’OCSE, o per aumentare l’integrità del *Medicaid Drug Rebate Program* (MDRP). Quest’ultimo è un programma che coinvolge il *Centers for Medicare & Medicaid Services* (CMS), le agenzie statale di *Medicaid* e i produttori di farmaci con lo scopo di compensare i costi sia federali che statali di moli farmaci soggetti a prescrizione distribuiti ai pazienti coperti dal programma *Medicaid*.

che aspirano alla modernizzazione del programma *Medicare Part D*⁹⁴ e alla riforma del programma *340B*⁹⁵. L'ultimo obiettivo strategico (*Reducing Patient Out-of-Pocket Spending*) fa leva sulla previsione di una serie di interventi miranti ad aumentare la trasparenza e diminuire le spese *out-of-pocket* dei consumatori, dando in tal modo una risposta al problema per cui non si conosce il prezzo dei farmaci soggetti a prescrizione finché non ci si reca in farmacia, unitamente al fatto che sovente non si viene informati circa la possibilità di acquistare farmaci più economici⁹⁶.

A cento giorni dall'adozione del *Blueprint*, lo HHS ha pubblicato un Rapporto nel quale si descrivono le misure adottate e le relative conseguenze. In particolare, due sono le principali conseguenze derivanti dalle misure attuate per la fissazione dei prezzi dei farmaci: da un lato, i farmaci di marca registrano il 60% in meno di aumento dei prezzi rispetto allo stesso periodo del 2017; dall'altro, si ha il 54% in più di diminuzione dei prezzi sia dei farmaci generici che di quelli di marca. Tuttavia, le misure messe in campo non sempre hanno condotto agli obiettivi sperati e la situazione effettiva, stando a quanto riportato in un articolo del *Wall Street Journal*, vede un tendenziale aumento dei prezzi dei farmaci: secondo i dati riportati, almeno tre dozzine di case farmaceutiche hanno iniziato ad aumentare i prezzi di centinaia di farmaci, facendo registrare un aumento medio del 6.3%; molti farmaci sono soggetti ad aumenti maggiori, come ad esempio l'insulina, indispensabile per i pazienti diabetici.

5. Considerazioni conclusive

L'analisi dell'evoluzione della disciplina statunitense in materia di farmaci, unitamente alle riflessioni circa i tratti peculiari del sistema sanitario USA e alla problematica dell'accesso ai medicinali consente di addivenire ad alcune considerazioni conclusive che muovono anzitutto da un assunto, quasi da un paradosso. La peculiarità (almeno tra i Paesi industrializzati) dell'impianto del sistema sanitario statunitense – informato, come si è detto, ai principi del liberalismo e con un netto

⁹⁴ Lo scopo di tale misura è quello di ridurre le spese *out-of-pocket* dei beneficiari del programma, secondo l'Amministrazione Trump, le modifiche introdotte potranno generare incentivi «for plans to negotiate with manufacturers to lower prices for high-cost drug».

⁹⁵ Il *340B Program* (<http://www.hhs.gov/opa/grants-and-funding/340b-drug-pricing-program/index.html>) è un programma che «provides discounts on outpatient drugs to certain safety net health providers (...). The program's intent is to allow safety net providers to increase patient services with the savings realized from participation in the 340B program. Providers typically save 25-50% on outpatient drug costs through participation in the program. These savings can be used to reduce the price of pharmaceuticals for patients, expand services offered to patients, or provide services to more patients».

⁹⁶ Per ognuna delle strategie riportate, lo HHS propone una serie di azioni specifiche. Per quel che concerne l'implemento della concorrenza, lo HHS adotta provvedimenti volti alla prevenzione del gaming nei processi regolamentari (mediante la stesura di linee guida da parte della FDA per l'uso condiviso tra le industrie farmaceutiche del sistema REMS, unitamente all'avvio di politiche per migliorare la disponibilità, la competitività e l'adozione di biosimilari e di programmi di formazione di pazienti, medici e paganti per aumentare la loro consapevolezza dei prodotti biosimilari e intercambiabili). Inoltre, lo HHS potrebbe avviare lo sviluppo di progetti dimostrativi per l'abbassamento dei prezzi dei farmaci attraverso il *Centres for Medicare and Medicaid Services* o, in alternativa, implementare la flessibilità dei programmi, posto che attualmente i programmi Part D non possono negoziare prezzi più bassi per i farmaci più costosi. Per fronteggiare il problema della disparità nei prezzi tra l'America e gli altri Paesi è auspicabile altresì la collaborazione con il *Department of Commerce*, lo *U.S. Trade Representative* e lo *U.S. Intellectual Property Enforcement Coordinator*. In relazione, invece, al perseguimento dell'obiettivo di *lowering list prices* le possibili azioni individuate si muovono verso un aumento della trasparenza del sistema dei prezzi nei programmi Medicare e Medicaid o il coinvolgimento della FDA nella valutazione della possibile "inclusion of list prices in direct-to-consumer advertising". Infine, tra le misure finalizzate alla riduzione delle spese *out-of-pocket* dei pazienti ci si potrebbe orientare nel senso di eliminare le *pharmacy gag clauses* e di richiedere ai finanziatori del programma Part D maggiori informazioni concernenti l'aumento dei prezzi dei farmaci.

sbilanciamento a favore della gestione privata dello stesso – non si coniuga ad oggi con un accesso ai farmaci su larga scala, anche (e forse soprattutto) per via della mancanza, tra l'altro, di un efficace sistema di controllo sul regime dei prezzi o, quantomeno, di strumenti volti a contenere l'aumento dei prezzi stessi.

I tentativi di riforma occorsi negli anni e condotti dalle diverse amministrazioni avvicendatesi alla Casa Bianca – da ultimo l'*Obamacare* – si sono mossi nella direzione di rendere il sistema sanitario quanto più tendenzialmente “universale”, percorrendo prevalentemente due strade: da un lato, l'ampliamento dei programmi pubblici (che vanno ad estendere la copertura assicurativa dedicata alle categorie più deboli già sostenute dai programmi *Medicare* e *Medicaid*, con lo scopo di garantire *essential health benefits* ai cittadini che si trovino in condizioni di estrema povertà), dall'altro, l'introduzione dell'obbligo per ogni cittadino di dotarsi di una polizza assicurativa⁹⁷.

Tuttavia, le misure adottate non hanno sinora fatto registrare un miglioramento nella garanzia del diritto di accesso al farmaco, tanto sul fronte pubblico quanto su quello privato. Per un verso, la riduzione dei finanziamenti federali e statali volti a coprire i programmi assicurativi pubblici, per altro verso – ed è probabilmente questo l'elemento che costituisce il “muro” più invalicabile – il fatto che resti in capo alle compagnie assicurative la scelta in merito alle tipologie di farmaci cui garantire copertura, si riscontra come la forbice tra coloro che possono permettersi di sostenere spese *out-of-pocket* e quanti – per vero sempre più numerosi – si vedono costretti a rinunciare all'acquisto dei farmaci necessari sia sempre più ampia.

Del pari, l'articolata procedura di immissione nel mercato dei prodotti farmaceutici e gli elevati costi sostenuti in tutte le fasi che scandiscono il ciclo di vita di un medicinale non contribuiscono a contenere i prezzi (sebbene le spese sostenute siano in qualche modo compensate dai diritti legati alla tutela del brevetto) e, specularmente, non sembra ragionevole o sostenibile ipotizzare di snellire in modo radicale i passaggi che caratterizzano l'immissione in commercio di un farmaco, a nocumento delle necessarie garanzie di sicurezza ed efficacia del prodotto.

In tale quadro complessivo, si inserisce il problema della tendenza all'aumento dei prezzi dei farmaci, nonostante le misure messe in campo per la loro riduzione che, tuttavia, difettano forse dell'unico elemento idoneo a permettere un effettivo controllo sui prezzi dei medicinali, ossia l'ampliamento dei poteri e delle competenze della FDA. Come si è visto, i tentativi di riforma in tal senso – si pensi soprattutto al testo originale dell'emendamento *Kefauver-Harris* con il quale si è tentato di inserire un sistema di controllo e vigilanza sui prezzi e sulla concorrenza, fortemente osteggiato dall'industria farmaceutica e approvato dal Congresso solo dopo essere stato spogliato delle parti inerenti al controllo dei prezzi – non hanno avuto fortuna. Ciò in ragione della natura stessa del sistema economico-culturale (improntato ai principi del liberalismo e dell'individualismo) che stride con l'introduzione di strumenti di controllo del mercato.

Alla luce di siffatte considerazioni, tra le possibili vie percorribili e in alternativa al rafforzamento del ruolo centrale rivestito dalla FDA in materia di controllo dei prezzi dei medicinali, sarebbe auspicabile pensare a un intervento che incentivi la concorrenza, prevedendo un aumento delle importazioni di farmaci, soprattutto generici, da Paesi con un livello medio dei prezzi inferiore rispetto a quello statunitense. Trattasi, per vero, di una proposta avanzata dalla stessa Amministrazione Trump ma ad oggi non ancora messa in atto⁹⁸.

Da ultimo, non sembra improbabile o più opportunamente si auspica – forse alla luce di una sensibilità maturata per via dell'emergenza sanitaria in corso al momento della stesura del presente contributo – che possa prendere avvio una riflessione più ampia circa la previsione di nuove regole,

⁹⁷ Sintetizzabile con la formula dell'*individual mandate*, introdotto con l'*Obamacare*.

⁹⁸ Nel dettaglio, la proposta in questione ruota attorno alla valutazione della possibilità di aumentare le importazioni di *prescription drugs*, prevalentemente generici, dal Canada, al fine di innescare un *trend* che possa contenere il costante aumento dei prezzi dei medicinali.

snelle ed efficaci, che siano in grado di meglio tracciare il ciclo di vita di un farmaco, dal momento della sua creazione in laboratorio a quello della distribuzione o della vendita e, quindi, dell'assunzione da parte dei pazienti. Ancora una volta, dirimente sarà la volontà politica nel decidere dell'*an*, del *quando* e del *quomodo*⁹⁹.

Consulta Online

⁹⁹ Riflessioni con riferimento all'esperienza italiana in P. COSTANZO, *Diritto alla salute e 'ciclo del farmaco' nel prisma dei principi costituzionali*, negli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri* (in corso di stampa e anticipato in *Rivista di BioDiritto* (<http://rivista.biodiritto.org/>), Special 2/2019, 527 ss.).

GIOVANNI CORDINI

Brevi considerazioni in tema di sicurezza alimentare e garanzie per i consumatori

SOMMARIO: 1. Premessa sulle nozioni di “alimento” e di “alimentazione” e sull’uso giuridico delle stesse. – 2. Sicurezza alimentare e distribuzione delle risorse, “*food security*” e “*food safety*”. – 3. La ricerca comparata in tema di sicurezza degli alimenti. – 4. La sicurezza alimentare nella politica dell’Unione Europea.

1. Premessa sulle nozioni di “alimento” e di “alimentazione” e sull’uso giuridico delle stesse

L’etimologia della parola “alimento” dal latino *ālere* (nutrire) denota già il significato letterale. Dante parlava di «sostanza contenente vari principi nutritivi suscettibili di essere utilizzati dagli organismi viventi» (1321), per cui si designa come alimentare ciò che “serve al nutrimento”. Nel tempo questa originaria spiegazione sembra stabile tanto che per “alimento” il noto Dizionario Devoto-Oli designa ogni sostanza «che fornisce materiali indispensabili all’eventuale accrescimento e allo svolgimento delle funzioni fondamentali per la vita dell’individuo e della specie», genericamente indicate come “cibo, nutrimento, sostentamento”.

Come per tutte le nozioni derivate da altre scienze il diritto dell’alimentazione può utilmente fare riferimento all’originario senso del termine ricorrendo alla nozione di “alimentazione” mentre con la parola “alimenti”, nel linguaggio giuridico, di regola, si viene ad indicare qualsiasi mezzo necessario per vivere, la cui «prestazione incombe a determinate persone nei casi previsti dalla legge» (L. Muratori, 1742) per cui, nell’uso, è bene evitare ogni possibile fraintendimento. Il diritto dell’alimentazione comprende, perciò, la disciplina del cibo dalla produzione all’utilizzo. Nella regolamentazione è importante tenere presenti alcuni passaggi: la produzione, la commercializzazione e il consumo. In tema di alimentazione i profili d’interesse che s’intersecano tra loro sono molteplici per cui possono riuscire utili alcuni spunti multidisciplinari¹. Per ciascuno di questi ambiti si rinviene una apposita regolamentazione. In questa sede interessa, in particolare, definire taluni generali aspetti concernenti il quadro giuridico in quanto una regolamentazione alimentare trova applicazione in tutti i Paesi.

2. Sicurezza alimentare e distribuzione delle risorse, “*food security*” e “*food safety*”

L’interesse degli Stati per l’alimentazione data da molto tempo in quanto già agli albori dello Stato costituzionale le amministrazioni pubbliche erano incaricate di vigilare e provvedere in materia di igiene e protezione sanitaria, anche con riferimento agli alimenti. Questa tendenza venne a consolidarsi nel primo e secondo dopoguerra quando i diritti sociali furono costituzionalizzati sul modello della Costituzione tedesca di Weimar del 1919. Ciò nonostante il legislatore ha tratto le conseguenze in tempi meno lontani ove ha delineato principi in tema di tutela della salute e di organizzazione sanitaria, collegando fundamentalmente a questa impostazione anche le problematiche relative alla sicurezza degli alimenti (*food safety*).

L’attenzione della comunità internazionale per l’alimentazione, nel senso più lato del termine, è altrettanto risalente nel tempo. All’indomani della Seconda guerra mondiale, il programma per la ricostruzione dell’Europa tradottosi, in seguito, nel “piano Marshall” dedicava già un notevole spazio

¹ Cfr. G. CORDINI e P. I. D’ANCONA, (a cura di), *Alimentazione, Salute e Ambiente*, Edizioni Grifo, Lecce 2012; P. Macchia (a cura di), *La persona e l’alimentazione*, Aracne, Roma 2014;

a quello che si potrebbe definire come “piano alimentare di aiuti” destinati alle popolazioni del Vecchio Continente. Su questa base di esperienza vennero successivamente avviate le iniziative internazionali rivolte alla cooperazione, al sostegno alimentare e allo sviluppo delle produzioni agricole nel Terzo Mondo. Le Nazioni Unite sentirono il bisogno di affidare questo compito ad un’apposita struttura internazionale dotandola dei mezzi e degli strumenti adatti per promuovere e sostenere l’azione internazionale in questo settore. Da qui l’istituzione della FAO (*Food and Agriculture Organization*) con sede a Roma.

Il primo programma operativo era incentrato sulla lotta alla fame nel Mondo. Nel 1963 FAO e OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità) hanno costituito la “Commissione per il Codex Alimentarius” con l’obiettivo di assicurare la tutela sanitaria del consumatore finale, di promuovere buone pratiche nel commercio degli alimenti e di armonizzare le normative alimentari interne, collaborando con i Governi e con le agenzie governative e non governative interessate a questo settore di attività. Nel 1974, nel corso della Conferenza mondiale delle Nazioni Unite per l’alimentazione la FAO propose di avviare un’iniziativa internazionale in tema di “sicurezza alimentare globale”. Nel frattempo, nuove tematiche si sono aggiunte a quelle originariamente considerate nei programmi dell’Organizzazione, quali la forestazione, la lotta alla desertificazione, gli interventi per preservare e gestire con efficienza ed equanimità le risorse idriche del Pianeta.

Questi impegni hanno reso necessaria una capillare organizzazione degli interventi nei Paesi in via di sviluppo, consolidando le precedenti forme di cooperazione. Nel 1981 è stata proposta una data simbolica (16 ottobre) come “giornata mondiale dell’alimentazione” allo scopo di sensibilizzare l’opinione pubblica mondiale su questi temi. Nel 1986 venne organizzato il database statistico dell’Organizzazione ora denominato FAOSTAT che costituisce una tra le più complete ed autorevoli fonti d’informazione agricola nel mondo. Nel 1991 sono stati 92 i Paesi che hanno ratificato la convenzione mondiale per la protezione delle piante mentre nel 1994 la FAO ha delineato un Programma speciale per la sicurezza alimentare (SPFS), indirizzato verso i Paesi a basso reddito e con deficit alimentare. Nello stesso tempo venne definito un modello per la prevenzione delle malattie transfrontaliere degli animali. Nel 1998 viene adottata la convenzione di Rotterdam per la regolarizzazione del commercio dei pesticidi e di altri prodotti chimici pericolosi. La conferenza FAO del 2001 ha approvato il “Trattato internazionale sulle risorse citogenetiche per l’alimentazione e l’agricoltura”. Nel corso dell’incontro denominato “Vertice mondiale dell’alimentazione: cinque anni dopo”, svoltosi nell’anno 2002 con la partecipazione di delegazioni di 179 paesi oltre alla Commissione europea era stato riaffermato l’impegno della comunità internazionale per dimezzare la fame nel mondo indicando come obiettivo l’anno 2015. In tale occasione si è avuto modo di constatare che, nonostante le numerose iniziative internazionali e la rafforzata cooperazione tra gli Stati i problemi alimentari che assillano molte popolazioni del Pianeta sono tutt’altro che risolti mentre crescono anche le preoccupazioni in tema di sicurezza dei prodotti e di corretto utilizzo delle tecnologie alimentari.

A cinque anni di distanza dall’indicazione di quell’obiettivo si deve notare che questi temi sono ancora attuali e gli obiettivi che la comunità internazionale aveva tracciato restano ben lungi dall’essere conseguiti. Questa constatazione induce tutti noi a riflettere sull’adeguatezza dei mezzi messi in campo dalla comunità internazionale e sull’esigenza di studiare nuove soluzioni che siano in grado di ottenere il convinto sostegno delle popolazioni e non solo quello dei governi e delle pubbliche autorità. In questo contesto posso affrontare solo uno dei due profili d’indagine riguardo ai prodotti alimentari, quello della sicurezza (*food safety*)² tuttavia riesce importante segnalare che anche il tema degli approvvigionamenti alimentari e della lotta alla fame (*food security*) merita specifica e attenta considerazione.

² Per qualche approfondimento del tema cfr. C. BOTTARI (a cura di), *La sicurezza alimentare*, Maggioli, Rimini 2015.

3. La ricerca comparata in tema di sicurezza degli alimenti

Una ricerca multidisciplinare avviata alcuni anni or sono presso la mia Università, in collaborazione con altri Atenei italiani e di vari Paesi (denominata “progetto *SALTUM*” - Sicurezza Alimentare Tutela Multilivello)³, che mi ha indotto anche a proporre questa succinta riflessione, ha consentito a diversi ricercatori di condurre un esame a tutto campo delle problematiche giuridiche in tema di alimenti che possono essere riassunti con l’espressione “sicurezza alimentare”, mediante il confronto di diversi ambiti di ricerca: il livello internazionale, gli studi di diritto comunitario, le applicazioni che si ricavano dal confronto tra i diritti nazionali e alcune analisi prototipali che possono meglio evidenziare pregi e difetti delle politiche nazionali. Altre indagini sono volte a prospettare i problemi della “food security” da cui ha preso le mosse l’iniziativa internazionale. Tali questioni, infatti, non sono meno importanti e meno pressanti di quanto si poteva rilevare all’indomani del secondo conflitto mondiale. In quel tempo l’esigenza di riavviare le dinamiche internazionali di cooperazione e sviluppo che erano state sconvolte dalla guerra fece propendere le scelte a favore di programmi per una più efficace azione di contrasto nei confronti delle povertà estreme e delle emergenze alimentari messe in evidenza da questa dicotomia tra sviluppo e sottosviluppo. In seguito, tuttavia, è stato posto l’accento sulla configurazione dei rapporti commerciali in tema di alimenti, sugli effetti delle politiche alimentari e, infine, sui temi della sicurezza, sia per impostare efficaci azioni di prevenzione, sia per adottare misure precauzionali. Un primo confronto delle legislazioni nazionali mostra alcune comuni tendenze che riassumo con qualche nota essenziale:

- a) l’interesse di tutti i Paesi per il tema della sicurezza e la definizione di apposite regole;
- b) l’istituzione di agenzie nazionali incaricate di adottare o proporre alle pubbliche autorità misure d’intervento ma anche con il compito di svolgere attività di studio, ricerca, documentazione in tema di sicurezza alimentare;
- c) un consolidamento del diritto all’informazione garantito al consumatore di prodotti alimentari;
- d) un sistema di controlli sulle produzioni alimentari e sugli alimenti per animali, assistito da sanzioni graduate in relazione al rischio e ai pericoli derivanti da frodi alimentari o da comportamenti non corretti nel trattamento degli alimenti, a tutti i livelli (dal campo alla tavola).

In molti Paesi il consumatore è sempre più attento ed avvertito nei confronti delle scelte che il mercato gli propone. Un ruolo rilevante viene poi svolto dalle varie associazioni di tutela che hanno la possibilità di partecipare ad alcune decisioni, di accedere all’informazione e di fare valere le loro ragioni anche mediante l’accesso alla giustizia.

4. La sicurezza alimentare nella politica dell’Unione Europea

La sicurezza alimentare nella politica dell’Unione Europea costituisce oggi una priorità assoluta. Le norme dell’Unione sono state ulteriormente rafforzate e rese più rigorose dopo il 2000 in seguito alla crisi provocata dalla così detta “mucca pazza”, con l’obiettivo di rendere il cibo destinato ai cittadini europei del tutto sicuro. Il nuovo approccio è integrato: cibo e mangimi sono seguiti lungo tutto il percorso della catena alimentare bene riassunto con l’espressione “dai campi alla tavola”. In tal senso lo sviluppo delle conoscenze è stato decisivo così come la possibilità di più avanzate applicazioni tecnologiche. La regolamentazione europea impone di non trascurare le esigenze di tracciabilità del prodotto sia allo scopo di meglio tutelare il consumatore, sia per rendere più efficaci

³ Cfr. C. RICCI, *Il diritto al cibo sicuro nel diritto internazionale*, Aracne, Roma, 2015; G. CORDINI (Ed.), *Domestic protection of food safety and quality rights*, Giappichelli, Torino 2015.

i controlli e le azioni di contrasto nei confronti delle frodi. Le istituzioni comunitarie hanno adottato sistemi che consentono una valutazione dei rischi e si avvalgono della consulenza scientifica di esperti prima di bandire o permettere prodotti, ingredienti, additivi o OGM. Ciò vale per ogni alimento, umano e animale, che proviene dall'interno o dall'esterno dell'Unione Europea. Sicurezza non significa uniformità. L'UE promuove la diversità basata sulla qualità³. La legislazione europea tutela gli alimenti tradizionali e le provenienze geografiche e mette i consumatori nella condizione di poter distinguere i singoli prodotti e di scegliere liberamente tra diverse proposte. L'UE incoraggia gli agricoltori a concentrarsi sulla qualità, non solo degli alimenti ma anche dell'ambiente rurale. Negli ultimi anni l'Unione Europea ha dedicato notevole attenzione al diritto dei consumatori. Le linee guida di questa politica rispondono all'esigenza di consentire al consumatore finale di compiere, di volta in volta, nella selezione dei prodotti, delle scelte consapevoli e di qualità. L'Unione ha proposto alcune tutele per garantire l'origine dei prodotti, ha imposto delle etichette d'identificazione del prodotto, ha pubblicato pareri scientifici. Riesce interessante, ad esempio, l'impostazione seguita dalla legislazione francese sulla sicurezza alimentare. Gli orientamenti di fondo sono riassunti in cinque linee guida:

- a) I produttori, i trasformatori e i distributori (operatori) sono i primi responsabili;
- b) L'adeguamento della normativa è costante per rispondere agli sviluppi scientifici e tecnici in ambito sanitario;
- c) Il sistema di autorizzazioni e di controlli degli stabilimenti è responsabilità dei servizi pubblici, abilitati anche a comminare sanzioni quando è necessario;
- d) La rete di allerta nazionale e la rete di allerta comunitaria assicurano l'intelligence sanitaria e si mobilitano in caso di pericolo potenziale o accertato;
- e) I poteri pubblici sono in grado di gestire i rischi, in particolare nelle situazioni di emergenza.

Per controllare i rischi, occorre innanzitutto saperli riconoscere. Di fronte a un pericolo (accertato o potenziale) è indispensabile ricorrere ad analisi scientifiche. Basandosi sulla valutazione dei rischi fornita dagli esperti, i poteri pubblici, responsabili della gestione del rischio, sono in grado di adottare le misure necessarie. La Francia considera che la separazione tra gestione e valutazione dei rischi può consentire una maggiore obiettività in sede di processo decisionale. Il Paese vanta un *know-how* scientifico di alto livello in materia di rischi sanitari, in parte concentrato presso l'AFSSA (Agenzia Francese di Sicurezza Sanitaria degli Alimenti), creata nel luglio 1998. Nell'ambito del processo decisionale il Governo, dal canto suo, può basarsi anche su elementi socio-economici o culturali, onde garantire al consumatore un elevato standard ha sostenuto le organizzazioni dei consumatori e promosso forme di partecipazione all'elaborazione delle politiche di sostegno al consumo. Un passo importante è stato compiuto mediante l'istituzione dell'Agenzia Europea per la Sicurezza Alimentare (EFSA) e di numerose Agenzie Nazionali⁴. La sicurezza alimentare rappresenta uno dei fattori decisivi per il consolidamento stesso dell'Unione. Il solo sospetto che dalla liberalizzazione e dall'estensione dei mercati possa derivare un danno al consumatore, in particolare per tutto quanto riguarda la sua salute, potrebbe riuscire di notevole ostacolo sia per il successo delle politiche comunitarie, sia per il consenso attorno all'idea stessa d'Europa, messo in crisi dalle vicende politiche degli ultimi tempi: unificazione monetaria, guerra in Irak, immigrazione, debolezze strutturali, divergenze nella politica estera ecc. Non è un caso, perciò, che, nel delineare principi e contenuti della nuova politica rurale l'Unione Europea sottolinei, con particolare enfasi, i temi della qualità ambientale, della sicurezza nell'organizzazione della filiera alimentare, della trasparenza dell'informazione e della tutela del consumatore.

⁴ Cfr. S. GABBI, *L'autorità europea per la sicurezza alimentare*, Giuffrè, Milano 2009. Purtroppo, il nostro Paese non si è ancora dotato di una Agenzia Nazionale, anche se sono state avanzate varie proposte.

SILVIO TROILO
I contributi pubblici alla stampa
tra principi costituzionali e discrezionalità legislativa

SOMMARIO: 1. Le forme di sostegno pubblico all'editoria nel quadro costituzionale. – 2. Gli aiuti disposti nel corso del tempo. – 3. *Segue*: la loro progressiva riduzione negli anni duemila. – 4. Annotazioni conclusive: la ridotta incidenza dei contributi pubblici in un contesto editoriale in profonda trasformazione.

1. Le forme di sostegno pubblico all'editoria nel quadro costituzionale

Nell'Italia repubblicana è sempre stato vivo l'interesse per la libertà *di* stampa, relativa ai contenuti dell'informazione ed all'autonomia dei suoi operatori, mentre, per lungo tempo, è stata dedicata minore attenzione ai profili attinenti alla libertà *della* stampa, ovvero alla disponibilità degli strumenti e delle strutture organizzative e professionali necessari alla produzione editoriale¹.

I due profili sono, comunque, strettamente connessi tra di loro e su entrambi si riflette la circostanza che l'attività di stampa assume ad oggetto e a ragion d'essere l'informazione²: quest'ultima, sul piano attivo, «è tra le libertà fondamentali proclamate e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle anzi che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale» (come sottolineato già da Corte cost. sent. n. 9/1965), mentre, sul piano passivo, implica il «diritto ... a conoscere liberamente le manifestazioni di pensiero che circolano nella società» (Corte cost. sent. n. 122/2017)³.

Il "diritto all'informazione", garantito (sia pure senza essere oggetto di una specifica disciplina) dall'art. 21 Cost., «deve essere caratterizzato dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie – che comporta, fra l'altro, il vincolo al legislatore di impedire la formazione di posizioni dominanti e di favorire l'accesso del massimo numero possibile di voci diverse – in modo tale che il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di

¹ Sulla distinzione tra libertà *di* stampa e libertà *della* stampa v., *ex plurimis*, F. SCHIAVETTI, *Libertà di stampa e libertà della stampa nei lavori dell'Assemblea Costituente*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, II, *Le libertà civili e politiche*, Vallecchi, Firenze, 1969, 442 ss.; U. DE SIERVO, *Recenti linee di tendenza degli interventi legislativi e governativi in materia di stampa*, in P. BARILE-E. CHELI (a cura di), *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, Il Mulino, Bologna, 1976, 51; L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in ID. (a cura di), *La libertà di informazione*, Utet, Torino, 1979, 7. Un'analisi ricostruttiva degli sviluppi relativamente più recenti, che tiene conto di entrambi i profili, si deve proprio a P. COSTANZO, *Stampa (libertà di)*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, XIV, Utet, Torino, 1999, 525 ss.

Anche in sede costituente sono stati tenuti assai più presenti i problemi relativi al primo profilo che non al secondo: cfr., in particolare, la discussione sull'attuale quinto comma dell'art. 21, svoltasi il 14 aprile 1947 (*Atti dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1970, V, 848 ss.). Per una puntuale ricostruzione del dibattito cfr. F. SCHIAVETTI, *op. cit.*, 442 ss., nonché A. CONSOLE, *I lavori preparatori dell'Assemblea Costituente in tema di stampa periodica*, in P. BARILE-E. CHELI (a cura di), *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, cit., 33 ss.

² Circostanza da cui conseguono la possibilità di ricondurre l'attività di stampa tra le forme attuative della libertà di manifestazione del pensiero sancita dall'art. 21 Cost., la potenziale configurabilità dell'informazione – compatibilmente con la sua natura sociale – come bene di consumo e, dunque, commerciabile, nonché il suo caratterizzarsi come polo di riferimento della professionalità degli operatori del settore (cfr., per tutti, A. BRIGHINA, *La stampa*, in A. LOIODICE-A. BRIGHINA-G. CORASANITI, *I servizi dell'informazione*, I, *Editoria e stampa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, XV, Cedam, Padova, 1990, 362).

³ In merito, v. l'imprescindibile voce enciclopedica di P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, VIII, Utet, Torino, 1993, 319 ss.

vista differenti e orientamenti culturali contrastanti» (Corte cost. sent. n. 112/1993, richiamata da Corte cost. sentt. n. 155/2002 e n. 206/2019).

Alla luce dei principi costituzionali ricavabili dall'art. 21, gli interventi del legislatore in materia devono perseguire due obiettivi: da un lato, assicurare la trasparenza delle fonti di finanziamento, per garantire un sufficiente livello interno di obiettività informativa, senza indebite pressioni dei finanziatori; dall'altro, mantenere condizioni di concorrenza fra le imprese giornalistiche, agevolandone l'ingresso e la permanenza sul mercato (con misure, però, che non ne annullino la responsabilità della gestione economica), affinché risulti conservato un adeguato livello esterno di obiettività dell'informazione⁴.

Pertanto, eventuali provvidenze pubbliche all'editoria, se erogate in modo da rispettare le condizioni anzidette, costituiscono uno strumento ammesso dalla Costituzione per garantire il pluralismo dell'informazione, rappresentando un sostegno non indifferente soprattutto nella fase iniziale dell'attività editoriale e nei periodi di crisi economica.

Tuttavia, la rilevanza costituzionale della libertà di informazione «non comporta ... che esista in via generale un diritto soggettivo delle imprese editrici a misure di sostegno dell'editoria». Il legislatore può naturalmente attribuire, nella sua discrezionalità, un diritto di tal genere alle imprese editoriali, ma non è obbligato a farlo dalla Costituzione, perché «i presidi offerti dall'ordinamento a tutela del pluralismo informativo e del mercato risultano idonei ad assicurare tale valore, cosicché la garanzia del pur fondamentale diritto in questione non impone l'intervento finanziario dello Stato» (Corte cost. sent. n. 206/2019).

2. Gli aiuti disposti nel corso del tempo

Peraltro, per lungo tempo gli interventi pubblici si sono limitati a disporre contributi "a pioggia", prevalentemente legati al consumo di carta, che si sono risolti in un aiuto economico essenzialmente per i produttori di tale materia prima, senza giovare in modo sostanziale alla solidità economica delle imprese editoriali⁵.

Soltanto con la l. n. 416/1981 si è cercato di dare organica attuazione al principio della trasparenza delle fonti di finanziamento (e degli assetti proprietari) delle imprese editoriali, nonché al principio del pluralismo esterno del settore, sia attraverso misure "negative", come le disposizioni impeditive di posizioni dominanti, sia attraverso interventi "positivi", diretti ad integrare il prezzo della carta e ad agevolare programmi di ristrutturazione e riconversione tecnologica.

⁴ Cfr., *ex plurimis*, L. PALADIN, *op. cit.*, 21 ss.; M. PEDRAZZA GORLERO, *Il giornalismo nell'ordinamento costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 944. In tale contesto si inserisce anche il principio di equilibrio delle risorse tra i diversi settori della comunicazione (a fini di garanzia dei settori più deboli, a cominciare dall'editoria, rispetto a quelli più forti, come la radiotelevisione), enucleato dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 225/1974, seguita dalle sentt. n. 231/1985 e n. 826/1988, fino alla sent. n. 420/1994 (su questo profilo v., *ex plurimis*, R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2002, 172 s.).

⁵ Tali interventi – inaugurati con la legge di epoca fascista n. 1453/1935, istitutiva dell'Ente nazionale per la cellulosa e la carta (ENCC) – si erano limitati a disporre, in modo disorganico e non coordinato, provvidenze diverse quanto a tipologia e modalità di erogazione: integrazioni del prezzo della carta, erogate dall'ENCC (le cui risorse derivavano dai contributi versati dalle categorie produttrici interessate), mutui a tasso agevolato, agevolazioni fiscali e tariffarie, previste dalla l. n. 482/1949. La frammentarietà dell'intervento statale si era riflessa anche sulle strutture pubbliche preposte al settore, con una proliferazione di organismi, formati in modo da rispecchiare interessi settoriali, spesso contrapposti, che facevano capo a due distinti centri direttivi: la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Industria, che per lo più operavano in totale autonomia reciproca e senza il minimo coordinamento (v. F. GOBBO, *Ente nazionale cellulosa e carta e intervento pubblico a favore della stampa*, in *Probl. inform.*, 1976, 289 ss., nonché R. LUPO, S. TROILO, *Mezzo secolo di stampa assistita. Rapporto sulle forme di sostegno dello Stato all'editoria (1935-1987)*, I parte, in *Dir. inform. informatica*, 1988, 517 ss.).

Sono state, così, previste svariate provvidenze, dirette e indirette⁶.

Le prime – di carattere transitorio e collegate al mantenimento per un ulteriore quinquennio del prezzo amministrato dei quotidiani⁷ – consistevano, per la stampa quotidiana, in un contributo sul prezzo della carta per ogni copia stampata, che decresceva con il crescere della tiratura; per la stampa periodica, in un contributo commisurato, in misura decrescente, alla quantità di carta utilizzata mensilmente, cui si aggiungeva un ulteriore contributo a favore delle pubblicazioni di «elevato valore culturale»; per i quotidiani e i periodici pubblicati all'estero, ovvero editi in Italia ma diffusi prevalentemente all'estero, in un ausilio finanziario ripartito tra gli interessati sulla base di criteri determinati dal Governo; per le agenzie di stampa, sia a diffusione nazionale che locale, in un contributo decrescente a seconda della loro dimensione operativa.

Le provvidenze indirette – che costituivano la parte più innovativa delle forme di sostegno disposte dalla l. n. 416/1981 – erano rappresentate innanzitutto da finanziamenti a tasso agevolato da parte di istituti di credito a medio termine a ciò autorizzati, nonché da contributi statali in conto interessi (in caso di mutui) o in conto canoni (in caso di *leasing*) su tali finanziamenti, collegati alla presentazione di specifici programmi di ristrutturazione economico-produttiva delle imprese editrici, od anche distributrici, di quotidiani e periodici, nonché delle agenzie di stampa e, a seguito della l. n. 67/1987, pure degli editori e stampatori di libri⁸.

Erano infine disposte agevolazioni sulle tariffe telefoniche, telegrafiche, postali e dei trasporti, nonché forme di mutuo agevolato a favore delle imprese editrici di opere di elevato valore culturale.

Senonché, l'applicazione della normativa è risultata assai difficoltosa, anche per la mancanza di personale e mezzi adeguati, tanto che si è parlato di “mancata copertura amministrativa” della riforma⁹. Inoltre, il tentativo di conciliare le esigenze delle imprese editoriali di maggiore consistenza con la sopravvivenza e lo sviluppo di quelle minori, in modo da mantenere un adeguato livello di pluralismo nel settore, non è in sostanza riuscito, per la scarsa incidenza che i criteri perequativi previsti dalla legge sono stati in grado di esercitare sul livello dei contributi pubblici erogati¹⁰.

La legislazione successiva, e in particolare la l. n. 250/1990, se da un lato ha incrementato le provvidenze indirette, dall'altro ha confermato la cessazione degli ausili diretti per tutte le imprese editoriali, tranne che: per quelle “di particolare valore” (categoria eterogenea comprendente le imprese costituite come cooperative, quelle che editano quotidiani in lingua francese, tedesca e slovena nelle Regioni abitate dalle rispettive minoranze linguistiche, quelle che pubblicano quotidiani o periodici che risultino essere organi o giornali di forze politiche), per le imprese che editano giornali o riviste pubblicati all'estero o pubblicazioni edite in Italia e diffuse prevalentemente all'estero, per le imprese che editano pubblicazioni di elevato valore culturale¹¹,

⁶ V. *amplius* R. LUPO, S. TROILO, *Mezzo secolo di stampa assistita*, cit., III parte, in *Dir. inform. informatica*, 1989, 246 ss.; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Il Mulino, Bologna, 2013, 73 ss.; S. TROILO, *Le provvidenze all'editoria: un contributo effettivo alla libertà della stampa e al pluralismo informativo?*, in AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, II, ESI, Napoli, 2014, spec. 586 ss. (reperibile anche in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) - *Rassegna*, 3/2015).

⁷ Il prezzo amministrato, introdotto dal d.lgs. C.P.S. n. 1484/1947, è stato definitivamente abolito a partire dal 1988, in concomitanza con la cessazione dei contributi diretti generalizzati, che erano stati prorogati per altri due anni dalla l. n. 67/1987.

⁸ Poteva inoltre essere concessa, da parte di un apposito Fondo centrale istituito presso la Presidenza del Consiglio, una garanzia sussidiaria sui finanziamenti accordati dagli istituti di credito e dalle società di *leasing* (purché di importo non superiore a 1,5 miliardi di lire), su richiesta degli operatori finanziari interessati o degli stessi beneficiari delle forme di sostegno. Per le modalità di concessione dei contributi in oggetto v. R. LUPO, S. TROILO, *Mezzo secolo di stampa assistita*, cit., III parte, 256 ss.

⁹ Cfr. R. LUPO, S. TROILO, *Mezzo secolo di stampa assistita*, cit., II parte, in *Dir. inform. informatica*, 1988, 902 ss.

¹⁰ P. CARETTI, *op. cit.*, 74.

¹¹ Ai sensi dell'art. 25 l. n. 416/1981, come modificato dall'art. 18 l. n. 67/1987 (e successivamente dall'art. 1, comma 384, l. n. 147/2013). Si tratta di quelle «pubblicazioni periodiche le cui pagine pubblicitarie siano state nell'anno

per le imprese editrici, gli enti e associazioni che pubblicano periodici per non vedenti e ipovedenti, nonché, ai sensi dell'art. 6 l. n. 281/1998 (e poi dell'art. 138 d.lgs. n. 206/2005), per le associazioni di tutela dei consumatori riguardo alle attività editoriali da loro direttamente realizzate.

La pur apprezzabile volontà di concentrare gli aiuti diretti a favore degli operatori editoriali più deboli e meritevoli non è riuscita, però, ad evitare insufficienze e lacune: sono rimaste, infatti, escluse dai benefici le imprese locali di piccole dimensioni aventi fini di lucro, non ricomprese tra quelle esercitate da cooperative, fondazioni o enti morali senza scopo di lucro (anche se a loro favore potevano intervenire le Regioni, alle quali, dagli anni '90, è stata riconosciuta tale possibilità¹²); il criterio della periodicità si è dimostrato incapace di tenere conto delle peculiarità dei periodici con bassa tiratura; riguardo alle pubblicazioni di elevato valore culturale il dettato legislativo è risultato generico, rinviando alla sede regolamentare (di cui al d.p.r. n. 254/1983) la determinazione dei criteri e dei requisiti per l'erogazione dei contributi. Per altri versi, le sovvenzioni alla stampa di partito – che potevano giungere a coprire fino al 70% dei costi – parevano rappresentare, più che una forma di sostegno all'editoria, una surrettizia modalità di finanziamento delle forze politiche.

Infine, uno degli aspetti che avrebbe dovuto caratterizzare in senso innovativo la nuova disciplina della materia – ossia la sostituzione, ai fini dell'accesso alle provvidenze dirette, del criterio della tiratura con quello della diffusione – non è stato introdotto fino alla seconda decade degli anni duemila (quando vi hanno provveduto dapprima, parzialmente, il d.p.r. n. 223/2010 e quindi, integralmente, il d.lgs. n. 70/2017), per motivi collegati anche alla difficoltà di precisare la nozione di diffusione.

D'altra parte, nella normativa successiva alla l. n. 416/1981, oltre alla già accennata accentuazione delle forme di ausilio indiretto, l'amministrazione pubblica a cui fare riferimento è finalmente divenuta il solo Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio e, al suo interno, l'Ufficio per il sostegno all'editoria. Con d.l. n. 513/1994, convertito nella l. n. 595/1994, è stato infatti posto in liquidazione l'Ente nazionale cellulosa e carta, assegnando direttamente allo Stato il compito di versare i contributi da esso precedentemente erogati. Per quanto riguarda le pubblicazioni di elevato valore culturale e l'editoria libraria, invece, la competenza a concedere il sostegno finanziario ha continuato a spettare al Ministero per i Beni e le Attività culturali.

Infine, la l. n. 62/2001, prendendo atto della sempre maggiore diffusione dell'editoria telematica, ne ha disposto l'equiparazione con quella cartacea, pur se non a tutti gli effetti¹³. Infatti – dopo aver incluso nella nozione di «prodotto editoriale» non soltanto il supporto cartaceo, ma anche quello informatico, preordinato alla propria pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico¹⁴ – ha ridisciplinato i finanziamenti agevolati a favore delle imprese editoriali, ricomprendendo chiaramente fra quelle beneficiarie anche le imprese che si occupano di divulgazione *on line* e a tal fine abrogando espressamente (nel proprio art. 21) gli artt. 29, 30, 31 e 33 della l. n. 416/1981, ma non altre sue disposizioni (come quella di cui all'art. 28 sulle agevolazioni indirette di tipo tariffario), che quindi devono essere applicate, nel

precedente inferiori al 50% delle pagine complessivamente pubblicate e che vengano riconosciute di elevato valore culturale per il rigore scientifico con il quale viene svolta la trattazione degli argomenti».

¹² V. P. COSTANZO, voce *Informazione*, cit., 368 s.

¹³ La disciplina dettata da tale legge è stata successivamente modificata in più punti, in particolare dal d.p.r. di delegificazione n. 223/2010 e dalla l. n. 198/2016. Su alcuni aspetti rimasti a lungo poco chiari v. P. COSTANZO, *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali*, in AA.Vv., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 519 ss.

¹⁴ A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 3, comma 4, l. n. 198/2016, la l. n. 62 contiene oggi, all'art. 1, comma 3-bis, anche la definizione di «quotidiano on line», che non deve essere «esclusivamente una mera trasposizione telematica di una testata cartacea» né un «aggregatore di notizie».

rispetto dell'intenzione legislativa originaria, a favore dell'editoria così com'era nota allora, ossia quella esclusivamente cartacea¹⁵.

3. Segue: la loro progressiva riduzione negli anni duemila

La l. n. 250/1990 non prevedeva un termine per la cessazione dei contributi da essa disposti. Tuttavia, negli anni duemila l'entità dei finanziamenti diretti è stata progressivamente ridotta, dapprima ad opera dell'art. 20 d.l. n. 223/2006 (c.d. "decreto Bersani"), convertito, con modificazioni, nella l. n. 248/2006, e poi dell'art. 44 d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, nella l. n. 133/2008.

Nel contempo, si è proceduto, con regolamento di delegificazione (il già citato d.p.r. n. 223/2010), alla «semplificazione e [al] riordino della disciplina di erogazione dei contributi all'editoria», superando anche la loro configurazione – nel caso dell'integrazione del prezzo della carta – come diritti soggettivi¹⁶. Pertanto, in caso di insufficienza delle risorse, i contributi dovevano essere ripartiti in maniera proporzionalmente ridotta tra tutti coloro che ne avevano titolo.

Infine, il d.l. n. 63/2012 (recante "Disposizioni urgenti in materia di riordino dei contributi alle imprese editrici, nonché di vendita della stampa quotidiana e periodica e di pubblicità istituzionale"), convertito, con modificazioni, nella l. n. 103/2012, superando le previsioni del d.l. n. 201/2011 (c.d. "Salva Italia") ha adottato alcune misure per razionalizzare l'utilizzo delle risorse nell'ambito del transitorio sistema vigente, «in conformità con le finalità» del d.l. n. 201¹⁷. Più in particolare, per accedere ai contributi diretti, a decorrere da quelli relativi al 2013, occorre una percentuale minima di vendita delle pubblicazioni¹⁸ e un numero minimo di dipendenti delle imprese editoriali¹⁹.

Sono stati rivisti anche i criteri di calcolo e di liquidazione dei contributi (stabilendosi altresì che il loro importo non potesse comunque superare quello riferito all'anno 2010) ed è stata introdotta una nuova disciplina per le sovvenzioni a favore dei periodici stampati o diffusi all'estero e dell'editoria elettronica²⁰.

¹⁵ Cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. giur., 5 dicembre 2007, n. 1095, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2008, 174 ss., con nota di A. BERTOLDINI, *Il Consiglio di giustizia amministrativa assoggetta al principio di stretta interpretazione l'applicazione delle norme in materia di aiuti pubblici all'editoria*.

¹⁶ Infatti l'art. 44 d.l. n. 112/2008 ha sancito che la loro corresponsione debba sempre tenere «conto delle somme complessivamente stanziare nel bilancio dello Stato per il settore dell'editoria, che costituiscono limite massimo di spesa», disponendo altresì che le erogazioni siano da destinarsi prioritariamente ai contributi diretti e, per le residue disponibilità, alle altre tipologie di agevolazioni (così il comma 1-bis, introdotto dal d.l. n. 207/2008, convertito, con modif., nella l. n. 14/2009).

¹⁷ Quasi contestualmente all'adozione del d.l. n. 63 il Governo ha presentato alle Camere il disegno di legge A.C. n. 5270, volto a conferirgli la delega per la ridefinizione delle forme di sostegno all'editoria e per lo sviluppo del mercato editoriale, ma l'esame del provvedimento non è stato concluso entro la fine della XVI legislatura.

¹⁸ Pari ad almeno il 25% delle copie "distribuite" (ossia poste in vendita in edicola o presso punti vendita non esclusivi, tramite contratti con società di distribuzione esterne, ovvero distribuite in abbonamento a titolo oneroso, escluse quelle oggetto di vendita in blocco ad un prezzo inferiore a quello indicato sulla pubblicazione, nonché quelle cedute in connessione con il versamento di quote associative e quelle diffuse tramite lo strillonaggio) per le testate nazionali, e ad almeno il 35% per le testate locali (art. 1, comma 2, d.l. n. 63, come modificato dalla l. n. 103/2012).

¹⁹ Pari ad almeno 5 dipendenti (con prevalenza di giornalisti, regolarmente assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato), per le imprese editrici di quotidiani, e ad almeno 3 dipendenti con le stesse caratteristiche, per quelle editrici di periodici (art. 1, comma 4, lett. b, d.l. n. 63/2012).

²⁰ Riguardo a quest'ultima, è stato chiarito che, per testate in formato digitale, si intendono quelle migrate a un sistema digitale di gestione di contenuti unico, dotate di un sistema di gestione di spazi pubblicitari digitali, di un sistema che consenta l'inserimento di commenti da parte del pubblico (con facoltà di prevedere registrazione e moderazione), nonché di un sistema di distribuzione di contenuti attraverso dispositivi mobili (art. 3, comma 4, d.l. n. 63). Tali testate,

Nel frattempo, gli stanziamenti complessivi a disposizione per i contributi diretti all'editoria sono diminuiti di anno in anno e, benché la larga maggioranza dei quotidiani (che rappresentano il 90% delle copie diffuse in Italia) non abbia avuto accesso ad essi, anche quelli assegnati alle restanti testate hanno dovuto essere decurtati²¹. Di qui il ricorso giudiziario esperito dalla società Ediservice, editrice de *Il Quotidiano di Sicilia*, nell'ambito del quale è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale, decisa con la sentenza della Corte costituzionale n. 206/2019²².

Da ultimo, la disciplina degli aiuti diretti è stata riformulata in modo organico dal d.lgs. 15 maggio 2017, n. 70²³, con effetto dal 2019²⁴. In tale anno, poi, la legge di bilancio (l. n. 145/2018) ha previsto forme di sostegno, a valere sul Fondo per il pluralismo e l'innovazione dell'informazione – al quale continua ad affluire parte delle eventuali maggiori entrate versate a titolo di canone RAI – di progetti finalizzati, tra l'altro, a diffondere la cultura della libera informazione plurale e dell'innovazione digitale e sociale, nonché a sostenere il settore della distribuzione editoriale²⁵, mentre dal 2018 sono stati introdotti crediti d'imposta sugli investimenti pubblicitari incrementali (di almeno l'1% rispetto agli analoghi investimenti dell'anno precedente), effettuati da imprese, lavoratori autonomi ed enti non commerciali su quotidiani e periodici, locali e nazionali, e su emittenti radio-televisive a diffusione locale²⁶.

per accedere ai contributi pubblici, devono essere accessibili *on line*, anche a titolo non oneroso, in formato non inferiore a quattro pagine per numero, e devono essere editate esclusivamente in formato digitale e accessibile *on line* per almeno 240 uscite per i quotidiani, 45 per i settimanali e plurisettemanali, 18 per i quindicinali e 9 per i mensili (art. 3, comma 1). Quanto alla liquidazione del beneficio, la norma prevede che, fermi restando i tetti massimi previsti, il contributo per la pubblicazione esclusivamente in formato digitale sia composto da una quota pari, per i primi due anni, al 70% dei costi sostenuti e da una quota calcolata sulla base di 0,10 euro per ogni copia digitale, ove venduta in abbonamento (art. 3, comma 3).

²¹ V. le tabelle relative agli anni dal 2003 in poi, pubblicate sul sito internet del Dipartimento per l'informazione e l'editoria, *sub* "Contributi al sistema editoriale" e "Contributi erogati": <https://informazioneeditoria.gov.it/>).

²² Sulla quale v. *infra*, par. 4. Per un commento a tale pronuncia v. S. TROILO, *La parabola delle sovvenzioni all'editoria, tra regole costituzionale e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine della sentenza n. 206/2019 della Corte costituzionale*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 3/2019, 37 ss.

²³ In attuazione della delega di cui all'art. 2, comma 1, della l. n. 198/2016, che pure ha riconfermato che i «contributi all'editoria» spettano nei limiti delle risorse a ciò destinate, per ciascuna tipologia di contributi all'editoria, dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri con il quale viene ripartita, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, della legge 26 ottobre 2016, n. 198, la quota del Fondo per il pluralismo e l'innovazione dell'informazione spettante alla Presidenza del Consiglio dei ministri» (art. 1, comma 2).

²⁴ Peraltro, anche prima del 2019, l'importo liquidato ad ogni impresa avente titolo era progressivamente cresciuto negli anni successivi al 2013: dal 56,75% di quanto richiesto in quell'anno si era passati al 65,40% (nel 2014), al 77,20% (nel 2015), e così via.

²⁵ V. l'art. 1, comma 810, lett. b) e c), l. n. 145 cit. Essa ha poi precisato che gli incentivi agli investimenti pubblicitari su quotidiani e periodici, nonché sulle emittenti televisive e radiofoniche locali, sono concessi entro i limiti consentiti dalle specifiche disposizioni dell'Unione europea in materia di aiuti c.d. *de minimis*. Tale intervento è stato in seguito reso strutturale con il d.l. n. 59/2019, convertito in l. n. 81/2019.

²⁶ V. l'art. 57-*bis* d.l. n. 50/2017, conv., con modif., nella l. n. 96/2017, nonché il sito internet del Dipartimento per l'informazione e l'editoria, cit., *sub* "Altre misure di sostegno all'editoria" e "Credito di imposta su investimenti pubblicitari incrementali" (<https://informazioneeditoria.gov.it/>). Può essere, inoltre, concessa dal Fondo di garanzia per le Piccole e Medie Imprese del Ministero dello Sviluppo economico, istituito dall'art. 2, comma 100, lett. a), l. n. 662/1996, la garanzia diretta, la controgaranzia o la cogaranzia sui prestiti contratti dalle piccole e medie imprese editoriali per effettuare investimenti in innovazione tecnologica e digitale (v. il sito internet del Ministero, *sub* "Incentivi impresa" e "Fondo di garanzia per le PMI": <https://www.mise.gov.it/>).

Peraltro, in questi ultimi anni non sono più stati stanziati fondi per le agevolazioni di credito (sotto forma di contributi in conto interessi o in conto canoni), benché tuttora previste dalla normativa, in particolare dagli artt. 13 ss. d.p.r. n. 223/2010 (v. il sito internet del Dipartimento per l'informazione e l'editoria, cit., *sub* "Agevolazioni al sistema editoriale" e "Agevolazioni di credito anni pregressi": <https://informazioneeditoria.gov.it/>). Nel 2019 non è stato più finanziato neppure il capitolo di bilancio del Ministero per i Beni e le Attività culturali relativo ai contributi (ora premi) per le

4. Annotazioni conclusive: la ridotta incidenza dei contributi pubblici in un contesto editoriale in profonda trasformazione

In conclusione, può dirsi che l'intervento pubblico nel settore editoriale, almeno dalla fine degli anni '80 ad oggi, ha cercato di perseguire due esigenze contrapposte: da un lato, far sopravvivere un certo pluralismo in un settore sempre più in crisi – utilizzando a tal fine, peraltro, strumenti in larga parte tradizionali e spesso inadeguati – dall'altro, contenere le spese dello Stato²⁷. A tal fine ha seguito – pur se in modo non sempre lineare e coerente – una logica di progressiva limitazione dell'ausilio diretto, di natura sostanzialmente assistenziale, a favore di un intervento indiretto, mirato ad agevolare il processo di modernizzazione tecnologica e produttiva in atto nel settore editoriale²⁸.

Tuttavia, soltanto negli ultimi anni i contributi diretti, ancora concessi alle imprese (considerate) più deboli e meritevoli, sono stati razionalizzati e collegati a parametri oggettivi, quali, dapprima, un numero minimo di dipendenti e una percentuale minima di vendita delle pubblicazioni e, oggi, i costi sostenuti e le copie, cartacee o digitali, vendute²⁹.

Senonché, la loro configurazione in ogni caso come interessi legittimi alla corresponsione delle provvidenze (ora erogate nei limiti degli stanziamenti previsti) e la riduzione della loro entità sono stati decisi non in un'ottica di riordino della disciplina in materia – come pure era previsto che si facesse³⁰ – ma al fine di limitare l'impegno finanziario statale. Cosicché, come ha sottolineato la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 206/2019, molte imprese editrici si sono ritrovate ad essere, «da un lato, ... destinatarie di norme che le vedono come titolari di diritti rispetto all'allocazione delle risorse in questione; dall'altro, ... esposte al rischio di un parziale o addirittura totale taglio delle risorse stesse». Un sistema «affetto da una incoerenza interna, dovuta a scelte normative che prima creano aspettative e poi autorizzano a negarle», mentre, «in un settore come quello in esame, caratterizzato dalla presenza di un diritto fondamentale, vi è l'esigenza che il quadro normativo sia ricondotto a trasparenza e chiarezza, e in particolare che l'attribuzione delle risorse risponda a criteri certi e obiettivi». Tuttavia, la Consulta «ha dovuto prendere atto della

pubblicazioni periodiche di elevato valore culturale, anch'essi tuttora previsti dalla normativa (v. il sito del Ministero per i Beni culturali: www.beniculturali.it).

²⁷ Cfr. anche S. TROILO, *Le provvidenze all'editoria*, cit., 599.

²⁸ Nello stesso senso cfr. A.M. MUOLO, *Il sostegno dello stato alla stampa e all'editoria*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Informazione e comunicazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., XXVIII, 1999, 1019; P. CARETTI, *op. cit.*, 73.

²⁹ La situazione italiana, comunque, non è, in sé, anomala rispetto agli altri Paesi occidentali, dove sono frequenti le forme di sostegno alle imprese editoriali. Tuttavia, non trova riscontro nell'esperienza di altri ordinamenti occidentali la delimitazione di un ambito protetto – quello in cui hanno trovato applicazione, a partire dal 1990, i contributi diretti dello Stato – nel quale sono ricomprese soltanto alcune iniziative editoriali, oltretutto non sempre annoverabili tra le più deboli o le più meritevoli: esso, infatti, mal si concilia con le esigenze del pluralismo informativo, al cui interno si dovrebbero evitare scelte di merito operate *a priori* (cfr. P. CARETTI, *op. cit.*, 98). Tanto è vero che la legge di bilancio per il 2019 (l. n. 145/2018) ha disposto la progressiva riduzione, fino all'abolizione dal 1° gennaio 2022, dei (soli) contributi diretti a favore di due categorie di imprese editrici, quelle di quotidiani e periodici costituite in forma cooperativa o il cui capitale sia detenuto da cooperative, fondazioni ed enti senza fini di lucro, nonché quelle radiofoniche private che svolgano attività di informazione di interesse generale.

³⁰ Una tale previsione era stata sancita, dapprima, dall'art. 2, comma 117, d.l. n. 262/2006, conv., con modif., nella l. n. 286/2006 (collegato alla legge finanziaria 2007) – mentre l'art. 1, comma 1245, della medesima legge finanziaria per il 2007 aveva incaricato il Governo di elaborare una proposta di riforma complessiva della disciplina del settore editoriale –, poi dal già citato art. 44 d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, nella l. n. 133/2008, infine dall'art. 29, comma 3, d.l. n. 201/2011, conv., con modif., nella l. n. 214/2011 (che aveva anche fissato il termine del 1° gennaio 2012 per il riordino della materia). Tuttavia, soltanto con il d.lgs. n. 70/2017 si è proceduto alla revisione della disciplina relativa ai (soli) contributi diretti.

impossibilità di sostituire o integrare la disciplina in questione, riservata alla discrezionalità del legislatore»³¹.

Ma il problema maggiore – prescindendo dagli abusi, pure presenti³² – è probabilmente la scarsa incidenza degli interventi disposti in Italia, in un contesto in profondo e rapido mutamento: così, anche se il declino della carta stampata caratterizza tutto il mondo occidentale, nel nostro Paese l'editoria tradizionale, nonostante gli aiuti pubblici, si dibatte in una crisi decisamente più acuta e sempre più profonda³³, dalla quale non si riesce ancora ad intravedere chiaramente una via d'uscita.

³¹ Come precisato nel comunicato stampa della Consulta del 25 luglio 2019, che ha accompagnato il deposito in cancelleria della sentenza n. 206. La disciplina di cui sopra, peraltro, è stata parzialmente rivista dal legislatore con il già citato d.lgs. n. 70/2017, in vigore dal 2019.

³² Infatti, dall'incrocio, ad esempio, tra i dati relativi ai contributi erogati ed ai contributi annullati nel periodo 2006-2011, emerge che i fenomeni patologici hanno interessato circa il 10% delle risorse erogate (v. il sito *internet* del Dipartimento per l'informazione e l'editoria, cit., *sub* "Approfondimenti" e "Le attività di controllo" e "Controlli effettuati").

³³ Registrando un incisivo calo sia del fatturato, sia delle copie vendute e degli investimenti pubblicitari. A fronte di ciò, si registra una crescita del volume di vendite dell'editoria *on line*, che, però, incide in misura ancora oggettivamente ridotta sui ricavi delle imprese editoriali (v. i dati complessivi, in percentuale, riportati in Sen. Rep., Servizio Studi, *Ridefinizione della disciplina dei contributi diretti alle imprese editrici di quotidiani e periodici – Schede di lettura*, aprile 2017, 3).

LIDIANNA DEGRASSI*
L'industria cinematografica tra libertà e autorità**

SOMMARIO: 1. Oggetto e percorso di studio. – Sez. I. - L'INDUSTRIA CINEMATOGRAFICA NELLA COSTITUZIONE: CONSIDERAZIONI ESSENZIALI. – 1. Premessa. – 2. Libertà culturale ed autorità. – 3. Libertà di iniziativa economica ed autorità. – 4. La distribuzione delle competenze Stato/Regioni in materia di industria cinematografica. – Sez. II. – L'INDUSTRIA CINEMATOGRAFICA NELL'ORDINAMENTO ATTUATIVO: GLI SVILUPPI PIÙ RECENTI. – 1. Premessa. – 2. Industria cinematografica ed autorità in epoca repubblicana. – 2.1. Una sintesi storico-istituzionale con particolare riferimento al ruolo dello Stato. – 2.2. ...e nella riforma della disciplina del cinema del 2016. – 2.3. Quale ruolo per le Regioni? – 3. Conclusioni.

1. Oggetto e percorso di studio

Oggetto del presente lavoro non è il linguaggio dell'opera d'arte cinematografica e dunque dei suoi contenuti, bensì lo sfruttamento economico dell'opera stessa in quanto organizzata in industria, potenzialmente volta a generare profitti. Si comprende, pertanto, che ci occuperemo di un'espressione culturale di rilevanza economica di origine privata.

Dal momento in cui l'approccio al tema è quello giuspubblicistico, le riflessioni che seguono riguarderanno l'industria cinematografica in rapporto all'autorità politica, alludendo al classico dualismo pubblico privato. Del resto, una delle leggi principali sul cinema, di epoca repubblicana, la l. 1213/1965 (di cui ci occuperemo più avanti), non esita affermare proprio all'art. 1 che «Lo Stato considera il cinema mezzo di espressione artistica, di formazione culturale, di comunicazione sociale e ne riconosce l'importanza economica ed industriale. Le attività di produzione, di distribuzione e di programmazione di film sono ritenute di rilevante interesse generale». Nella norma riportata ci sono tutti gli ingredienti principali che giustificano la presenza dell'autorità nei confronti del fenomeno cinematografico: dall'essere una forma particolare di manifestazione del pensiero, ad avere aspetti di rilievo culturale e sociale, a dimostrare da ultimo una specifica propensione industriale. Ingredienti sempre presenti anche nella legislazione successiva¹, fino a ricomprendere la normativa vigente².

Le riflessioni non possono però che iniziare ragionando in termini costituzionalistici anche perché, sin dalla normativa del 1965, per motivare il suo intervento, il legislatore ha attinto a piene mani dalla fonte delle fonti del diritto italiano.

Allora, posto che, secondo la Costituzione del 1947, l'industria cinematografica privata si fonda su una doppia inscindibile libertà, culturale ed economica, e assunto che il ruolo dell'autorità politica sia quello di intervenire contemporaneamente a sostegno ora dell'una ora dell'altra libertà, sarà oltremodo significativo capirne i limiti e le garanzie fissati dalla Carta repubblicana, al fine di poterne valutare il rispetto da parte dell'ordinamento attuativo riguardante l'industria cinematografica stessa, con specifico riferimento a quello vigente.

*Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico e dal febbraio 2014 abilitato alla prima fascia in Diritto costituzionale.

** Si tratta di una relazione tenuta al Convegno organizzato dalla Fondazione CESIFIN il 30 novembre 2018 a Firenze dal titolo «Cinema e diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia» e destinata alla pubblicazione dei relativi Atti.

¹ Ci si riferisce in particolare all'art. 1, d.lgs. 28/2004, Riforma della disciplina in materia di attività cinematografiche, a norma dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137.

² Ci si riferisce all'art. 1, l. 220/2016, Disciplina del cinema e dell'audiovisivo.

Sez. I. - L'INDUSTRIA CINEMATOGRAFICA NELLA COSTITUZIONE: CONSIDERAZIONI ESSENZIALI

1. Premessa

Benché l'accezione «industria cinematografica» non affiori espressamente nel testo della Costituzione, in realtà quest'ultima ha riservato grande e generale attenzione al duplice profilo «culturale», cui ricondurre l'arte cinematografica, ed «economico», in specie dell'iniziativa economica privata, cui ascrivere l'industria, potendo icasticamente parlare di rilevanza costituzionale dell'«economia della cultura»³.

Tale rilevanza pone due questioni: per un verso, come già avanzato, la questione della riconduzione del duplice profilo, culturale ed economico, alla categoria generale delle libertà, rispettivamente della libertà della cultura, attiva e ricettiva, e della libertà di iniziativa economica, la cui natura ci permetterà di preparare il terreno per individuare il modello costituzionale relativo ai limiti e alle garanzie per un corretto intervento pubblico. Siccome l'autorità politica, il legislatore, nel nostro ordinamento è costituita dallo Stato e dalle Regioni, per altro verso, si porrà anche la questione relativa alla distribuzione delle competenze tra i due soggetti territoriali. A questo riguardo, visto che la Costituzione non cita espressamente l'«industria cinematografica» come materia, ma, come detto, si occupa del generale ambito dell'«economia della cultura», sarà interessante capire con quali materie la Costituzione ha inteso coprire il settore specifico e come siano state ripartite tra i due legislatori.

Incominciamo dalla questione delle libertà in rapporto all'autorità.

2. Libertà culturale ed autorità

Nella misura in cui l'arte cinematografica è una delle espressioni della cultura, se la poniamo in rapporto all'autorità politica essa trova precisi riferimenti costituzionali nelle norme di cui all'art. 33, c. 1 (da leggere unitamente all'art. 21) e all'art. 9, c. 1.

Senza rivangare concetti oramai ben noti e largamente condivisi in dottrina, basti ricordare che, sul piano della sua natura, la libertà culturale di cui all'art. 33, c. 1, Cost.⁴, che è un modo di manifestare liberamente il proprio pensiero di cui all'art. 21 Cost., è stata considerata come preferenza di vita, come valore aggiunto all'esistenza umana, rilevante solo per il soggetto che vuole e che può fare attivamente cultura o che chiede, sul piano recettivo, di fruire di essa (secondo lo *standard* di civiltà raggiunto sin dallo scorso secolo in concomitanza con la nascita dei diritti dell'uomo di seconda generazione). Si tratta in ogni caso di bisogni espressi sulla base di valutazioni soggettive, lo si ribadisce, sia in senso attivo che recettivo. Infatti, la domanda di cultura è differente da soggetto a soggetto. Sul piano attivo, ad esempio, c'è chi è artista e chi no, e quindi chi sa creare un'opera cinematografica (per stare sul nostro terreno) e chi no; sul piano recettivo, c'è chi preferisce andare a vedere una mostra d'arte, chi andare, appunto, al cinema, chi fare turismo, chi praticare uno sport, ecc... Ma se possiamo avere tutte queste alternative è perché chi non usufruisce di tali libertà, o anche solo di una di esse, vuol dire che o non ha talento creativo, o sa che se non si

³ Parla di economia della cultura in riferimento al turismo, al paesaggio e al patrimonio storico-artistico, G.M. FLICK, *L'articolo 9 della Costituzione: dall'economia di cultura all'economia della cultura. Una testimonianza del passato, una risorsa per il futuro*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2015 (20/03/2015).

⁴ Sul fatto che dalla lettura unitaria di libertà dell'arte e della scienza, consegua la generale libertà della cultura, si v. in particolare M. FIORILLO, *Arte e scienza (libertà)*, in *Enc. giur. Sole 24Ore*, Milano, 2007, I, 643 ss. e M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, Giuffrè, Milano, 2015, III ediz., 103 ss.

avvicina a questo tipo di cultura, sul piano dello sviluppo della propria personalità, sa di non rischiare nulla; del resto, una persona si può sentire perfettamente a suo agio anche senza mai visitare nel corso della sua vita i musei di Firenze, oppure senza andare mai al cinema. In assoluto quella persona sarà più povera, ma non in relazione alla sua concezione di vita⁵.

Ma, quale conseguenza giuridica ha questo tipo di situazione soggettiva, basata su libere preferenze di vita, nei confronti dei pubblici poteri? Detto diversamente: a fronte di tale tipo di domanda, che tipo di offerta pubblica prefigura la Costituzione, e quindi che tipo di intervento pubblico è costituzionalmente permesso? Anche qui è ben noto che l'art. 9, c. 1, - che peraltro è un principio fondamentale della Cost.⁶ - prevede a carico della Repubblica un dovere promozionale (sull'*an*, non sul *quomodo* che presenta invece una natura più discrezionale, come si chiarirà subito)⁷. Per vero, le diverse autorità politiche potranno proporre di organizzare in maniera neutrale⁸ e a beneficio di tutti eventi culturali, oppure costruire uno spazio pubblico culturale fruibile da tutti; stimolare l'organizzazione di eventi da parte dei privati incentivando l'organizzazione stessa con finanziamenti pubblici. Tranne nei confronti del paesaggio e del patrimonio storico e artistico di cui al c. 2 dell'art. 9 Cost. verso i quali c'è obbligatorietà di intervento (nella logica della funzione pubblica, come nel campo dei diritti sociali), quel che è certo, è che al c. 1 dell'art. 9 Cost. non viene imposto al potere pubblico alcun intervento diretto con l'erogazione di pubblici servizi e di pubbliche prestazioni culturali. Pertanto, a carico dell'autorità politica viene a configurarsi un dovere promozionale che può essere facilmente riscontrato nella formula «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura», non a caso utilizzata all'indicativo presente. Secondo certa dottrina - che al proposito icasticamente parla di «fissazione dei punti di partenza», non di arrivo⁹ - tale formula comporta esattamente che l'autorità politica debba prendere l'iniziativa di incentivare, sollecitare, stimolare certe attività culturali, di proporle, consentendo il pluralismo culturale. Sul perché il potere pubblico debba comunque farsi carico della promozione (l'*an*) è stato ben chiarito che il mercato di per sé non produrrebbe o non produrrebbe secondo condizioni di equilibrio fra domanda e offerta e di pari accessibilità per i cittadini¹⁰, ed in ogni caso l'iniziativa pubblica (promozionale) è doverosa al fine di sostenere la cultura debole, come ad esempio l'artista sconosciuto, l'opera prima cinematografica, lo studente, il pensionato, e così via.

Siccome le manifestazioni culturali sono le più diverse e tutte provenienti dalla società civile (e l'espressione «sviluppo della cultura» ben le riassume), la nozione di promozione, se da un lato

⁵ Sul punto sia consentito di rinviare a L. DEGRASSI, *La razionalizzazione dello Stato sociale nell'ordinamento dei servizi alla persona e alla comunità*, Giuffrè, Milano, 2004, 17-23 e 71 ss.

⁶ Sull'art. 9 come principio fondamentale della Costituzione, tra gli altri, v. M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, cit., 81 ss. e T. MONTANARI, *Art. 9 Costituzione italiana*, Carocci editore, Roma, 2018.

⁷ Sul concetto di dovere promozionale ancora, se si vuole, L. DEGRASSI, *La razionalizzazione...*, loc. cit., ma anche ulteriormente ID., *Cultural Services and Constitutional Purposes (Italy and the EU)*, in *Europ. Rev. of Publ. Law*, vol. XXVI, n. 2, London, 2014, 660 ss. Sull'art. 9 si v. l'ulteriore importante dottrina: F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Art. 1-12*, Zanichelli-II foro it., Bologna-Roma, 1975, 434 ss.; ID., *Significato e portata dell'art. 9 della Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati, Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, 791 ss.; S. MERLINI, *Promozione della cultura (e della Scienza)*, in G. SANTANIELLO (dir. da), *Trattato di diritto amministrativo, Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, XII, CEDAM, Padova, 1990, 379 ss.; M.S. GIANNINI, *Sull'art. 9 Cost. (la promozione culturale)*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea, Diritto pubblico (A-L)*, III, t. 1, Giuffrè, Milano, 1991, 433 ss.; M. CECCHETTI, *Art. 9*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Artt. 1-54, UTET, Torino, 2006, 217 ss.

⁸ Sul concetto di 'neutralità attiva' v. in particolare F. RIMOLI, *L'arte*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, II, *La cultura e i «media»*, Giuffrè, Milano, 2000, 1109.

⁹ Sulla medesima lunghezza d'onda, a partire da Romagnosi, F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 435 ss.

¹⁰ In questo senso F.A. ROVERSI MONACO, *Compiti e servizi. Profili generali*, in L. MAZZAROLLI et AL. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi ed., Bologna, 1993, 669.

impone di svolgere politiche culturali di sostegno, dall'altro lato permette al legislatore di far selezione fra le espressioni stesse, di modo che ad esempio un anno si punti alla valorizzazione dei beni culturali (si allude ad esempio alla recente legge conosciuta come "Art bonus" del 2015) e l'anno successivo si pensi al cinema (anche qui si allude proprio alla riforma del 2016 su cui si tornerà in seguito), poi potranno venir presi in considerazione i dialetti, le tradizioni folkloristiche o altre espressioni culturali immateriali, a dipendere dalla politica culturale *pro tempore*.

In conclusione, a fronte di posizioni soggettive basate su mere libertà (culturali), simmetricamente troviamo a carico della Repubblica un dovere promozionale sull'*an*, non sul *quomodo* che invece è discrezionale. In tutti i casi va sottolineato che, rispetto ad attività culturali di origine privata, il dovere promozionale comporta sempre un sostegno pubblico di tipo indiretto. Tale condizione viene ulteriormente avvalorata dal fatto che l'attività culturale privata viene legittimamente svolta ai fini di uno sfruttamento economico, come proprio nel caso dell'industria cinematografica, aspetto che andiamo ora ad affrontare.

3. Libertà di iniziativa economica ed autorità

Passando allora a trattare della libertà connessa con l'aspetto dell'industria (cinematografica), cioè della libertà di iniziativa economica, di cui all'art. 41, c. 1, Cost., data la vastità dell'argomento e considerato che anche su di esso c'è dottrina ormai ampiamente consolidata¹¹, ci si limiterà a svolgere soltanto quelle riflessioni sufficienti a far emergere i limiti e le garanzie costituzionali dell'intervento pubblico, in quanto congruenti con il settore dell'industria cinematografica.

Innanzitutto, va sottolineato che dottrina e giurisprudenza costituzionale¹² sono concordi nel ritenere che tale libertà non si riassuma esclusivamente nell'impresa, essendo quest'ultima una delle forme di esercizio dell'attività economica. Piuttosto, l'espressione si riferisce all'attività produttiva, solitamente esercitata in forma d'impresa. In definitiva, per iniziativa economica si intende «il complesso delle scelte dirette alla continua attivazione del sistema economico e alla continua organizzazione del processo di produzione e di scambio di beni e servizi, scelte che costituirebbero "manifestazioni del libero dispiegarsi di energie umane"»¹³.

Perciò, nell'art. 41, c. 1, Cost. rientrerebbero tutte le attività produttive basate su libertà di scelta in tutte le fasi del loro esercizio: le attività di impresa esercente attività industriale, commerciale, di trasporto, bancaria, assicurativa..., ma anche le professioni intellettuali, il lavoro autonomo e le attività economiche occasionali...

Sulla base di questa nozione non c'è dubbio che l'industria cinematografica vi rientri a pieno titolo in tutte le fasi che la contraddistinguono: dalla creazione del film da parte di un autore e/o di uno sceneggiatore, alla sua realizzazione da parte del regista e degli attori, alla produzione da parte del finanziatore, alla distribuzione da parte del noleggiatore, all'esercizio finale nelle sale cinematografiche¹⁴. Ed ogni fase, anche se non necessariamente, può essere organizzata in impresa.

¹¹ Fra i molti, R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, UTET, Torino, 2006, 846 ss. e GIAMPIERETTI M., *Art. 41*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., CEDAM, Padova, 2008, 403 ss., cui si rinvia per le numerose ed esaustive citazioni bibliografiche.

¹² V. specialmente Corte cost., sent. n. 159/1988, punto 3 del considerato in diritto.

¹³ Così A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali*, CEDAM, Padova, II ed., 1992, 472.

¹⁴ Sulle origini del cinema e sulla costruzione della filiera cinematografica P. BÄCHLIN, *Il cinema come industria: storia economica del film* (cur. L. SOLAROLI), Feltrinelli, Milano, 1958; per il caso italiano, sempre da un punto di vista economico, L. BIZZARRI e L. SOLAROLI, *L'industria cinematografica italiana*, Parenti ed., Firenze, 1958. Sull'inquadramento del tema da un punto di vista di diritto commerciale G. PAGLIARANI, *Impresa cinematografica*, in *Enc. del cinema*, Roma, 2003, M. PERRINO, *L'impresa cinematografica*, in *AIDA*, pt. 1, 2007, 414 ss. Quest'ultimo A. puntualizza che accanto alle classiche attività della filiera cinematografica (produzione, distribuzione ed esercizio) non si possono dimenticare le industrie

E ora veniamo al ruolo dell'intervento pubblico. Anche qui è ben noto che nel campo delle libertà economiche il ruolo viene svolto nei limiti dei cc. 2 e 3, art. 41, Cost.: negativi, per garantire l'utilità sociale, ma anche la sicurezza, la libertà e la dignità umana, pensando evidentemente alla condizione lavorativa; positivi, per determinare programmi e controlli volti ad indirizzare e coordinare l'attività economica, specie quella privata per il perseguimento di fini sociali¹⁵.

Di tutti i limiti ivi previsti, l'utilità sociale ed i fini sociali sono da sempre stati considerati i più enigmatici, ma anche i più dinamici e potenzialmente i più pregni di significato, viepiù se ora li facciamo calare nell'ambito dell'«economia della cultura», in quanto idonei a fungere da anello di congiunzione proprio con l'art. 9, c. 1, Cost.

Infatti, se l'utilità sociale ed i fini sociali, o meglio i loro contenuti, secondo la dottrina prevalente¹⁶, debbono essere dedotti da Costituzione, ma non nel senso di limitarsi alla sola sfera dell'economia, bensì includendo anche i principi fondamentali, non c'è dubbio che tra questi, oltre a spiccare il principio personalista (di cui agli artt. 2 e 3, c. 2, Cost., secondo cui l'intervento pubblico è volto a sostenere lo sviluppo della persona umana), rileva indubitabilmente anche la promozione dello sviluppo della cultura a carico della Repubblica (di cui all'art. 9, c. 1, Cost.). Ne consegue che la lettura coordinata dei due principi porta a riaffermare che l'intervento pubblico nell'iniziativa economica privata viene svolto al fine di appoggiare almeno la cultura debole per il perseguimento dell'uguaglianza in senso sostanziale. Ad esempio, si pensi al finanziamento di certe produzioni cinematografiche che trattano argomenti con un grande risvolto sociale e culturale, ma non “di cassetta”, oppure si pensi all'opera prima di un cineasta esordiente: opere cinematografiche, appunto deboli, che, fatte le debite eccezioni, se non fossero sostenute dall'autorità pubblica difficilmente potrebbero essere distribuite e dunque ottenere un ritorno commerciale¹⁷.

Ma anche stando alla sola lettura generale dell'art. 41, è risaputo che tale norma sia stata il risultato di un compromesso politico tra l'iniziativa economica, che si voleva appunto libera, e l'intervento pubblico capace di indirizzarla a fini di uguaglianza sostanziale, così da obbligare l'autorità politica ad entrare (anche direttamente) nel settore economico per il perseguimento dell'uguaglianza stessa. Da qui il ben noto concetto di economia mista idoneo a sostenere appunto il doppio fine di libertà ed uguaglianza.

Per vero, anche il modello di economia mista, un *mix* di liberalismo e di dirigismo economico (per non parlare *tout court* di protezionismo), si è progressivamente modificato, passando da un intervento pubblico diretto nel mercato (con al centro la figura dello Stato imprenditore) ad un intervento pubblico indiretto realizzato attraverso l'adozione di norme che la dottrina¹⁸ ha chiamato «condizionali», incentivanti o disincentivanti, cioè promozionali del settore da affidarne l'attuazione

tecniche, normalmente imprese, per l'allestimento e la gestione dei teatri di posa, la produzione ed il noleggio di attrezzature, gli strumenti ed i mezzi tecnici di ripresa, la realizzazione e gestione di stabilimenti di sviluppo e stampa di copie positive e negative di film, il montaggio di film, gli effetti speciali, la sincronizzazione, la sonorizzazione ed il mixaggio, il restauro e la conservazione di prodotti filmici; ma oramai da tempo si debbono annoverare pure la televisione, gli *home video* su videocassetta e DVD, oltre che su *internet*, e la *pay TV* (ivi, 418). V. anche R. PELLEGRINO, *Le opere cinematografiche e audiovisive*, in *Dirittodautore.it* (<https://www.dirittodautore.it/>), 3-1-2014.

¹⁵ Su questo punto, molto aderente al dettato costituzionale, cfr. gli autori *sub* nt. 11, ma un po' tutto il resto della dottrina citata dagli autori stessi.

¹⁶ Tra i tanti, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, CEDAM, Padova, 1983, 125 ss., A. PACE, *op. cit.*, 484, M. GIAMPIERETTI, *op. cit.*, 414.

¹⁷ In questo medesimo senso G. ENDRICI, *Il sostegno pubblico all'attività cinematografica*, in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), n. 1/2006, 1.

¹⁸ In particolare, S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Bari, 2007, 29.

ad apposite autorità indipendenti (addivenendo così alla figura dello Stato regolatore, presente, ma in maniera meno invasiva e più leggera)¹⁹.

Se ce ne fosse ancora bisogno, il richiamo al cambio di passo dell'intervento pubblico rappresenta un cruciale riscontro del fatto che nell'ambito dell'economia culturale, per volontà costituzionale, l'intervento pubblico stesso continua senz'altro ad assumere la natura di dovere promozionale, ma oramai soltanto nella forma indiretta.

Questo rappresenta perciò il modello di riferimento cui l'ordinamento attuativo deve attenersi, alla cui verifica provvederemo nelle pagine successive.

4. La distribuzione delle competenze Stato/Regioni in materia di industria cinematografica

Per completare il modello costituzionale, occorre ancora occuparsi del problema della distribuzione delle competenze nei confronti dell'autorità politica chiamata ad intervenire, e cioè tra lo Stato e le Regioni, passando così all'analisi in particolare dell'art. 117, di cui al Titolo V della Costituzione.

Va premesso che, se quando ci si sofferma su di un livello "alto", basato sui principi, relativo all'ambito dell'«economia della cultura», ha senso inquadrare la natura della doppia libertà culturale ed economica in rapporto al ruolo dell'autorità, come si è cercato di fare nelle pagine che precedono; quando invece si deve scendere ad un livello "inferiore" per poter concretamente individuare le materie realizzative di quell'ambito, da affidare alla competenza dei legislatori Stato e Regioni, il riferimento allo stesso ambito generale dell'«economia della cultura» non basta più, per i motivi che seguono.

Senza pensare di intrattenersi ora, neanche sommariamente, sul significato del concetto di «cultura» (incominciando da questo versante), su cui sono stati versati fiumi d'inchiostro²⁰, e che comunque non pare fondamentale ai nostri fini, su di un piano strettamente giuridico basterà rilevare che in dottrina si è opportunamente parlato di concetto vago, generico, indefinibile e pervasivo, che per assumere un qualche significato può essere valutato solo alla luce di riferimenti precisi, di valori etico-sociali, comunque mutevoli²¹. Giungendo alla conclusione che quando si parla di cultura in realtà siamo di fronte a una non materia.

Ma a non diversa conclusione si arriva soffermandoci pure sull'altro versante, quello dell'«economia»: anch'esso, infatti, viene unanimemente considerato una non materia. Tanto che la Corte costituzionale l'ha definito «un fine cui ogni soggetto pubblico deve tendere»²². Pertanto, anche per comprendere il peso dell'economia nella distribuzione delle competenze, occorre coniugare le finalità economiche con le diverse materie previste in Costituzione; con il risultato che tali finalità debbono seguire la potestà legislativa conferita dal legislatore costituzionale del 2001 alle diverse materie di cui, ancora una volta, si è incaricato l'art. 117. Di modo che, se una data materia è di natura concorrente, anche il fine economico assumerà la medesima connotazione.

C'è infine da chiarire che, dal momento in cui l'art. 9 Cost. chiede alla «Repubblica» di far promozione, la norma non prende posizione verso un preciso soggetto pubblico cui affidare tale

¹⁹ In particolare, A. LA SPINA - G.D. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bologna, 2000, 23 ss., v. anche M. GIAMPIERETTI, *op. cit.*, 421.

²⁰ Tra i molti, V. SANTOLI, *Cultura*, in *Enc. ital.*, XII, Roma, 1931, 102 ss., N. ABBAGNANO, *Cultura*, in *Diz. di filos.*, II ediz., Torino, 1971 e P. ROSSI, *Cultura*, in *Enc. del Novec.*, Roma, 1975, 1143 ss.

²¹ Sul punto ad es. M. BETZU, *Art. 9*, in S. BARTOLE, R. BIN., *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., CEDAM, Padova, 2008, 71.

²² Cfr. ad es. Corte cost., sent. 165/2007, punto 4.3. del considerato in diritto, ma anche sent. 200/2012, punto 7.5. del considerato in diritto.

compito²³, anche se, nella misura in cui la cultura, e non di meno l'economia, sono valori e fini universali, non si può che ritenere che tutti i soggetti pubblici, specie i legislatori, debbano essere gravati dell'onere di sostenerli per il perseguimento della promozione umana e della produzione della ricchezza del Paese.

Allora, escludendo che, per le ragioni delineate, la distribuzione delle competenze possa riguardare l'ambito generalissimo dell'«economia della cultura», si è già fatto notare però che nella Costituzione, in particolare nel titolo V, brilla pure l'assenza dell'espressione «industria cinematografica» che, all'opposto, è tutt'altro che vaga, generica ed indefinibile, da non comprendere il motivo di tale mancanza, anche se è ovvio che il testo costituzionale non può essere onnicomprensivo.

Invero, proprio sul tema in discussione la questione è un po' più complessa, perché bisogna considerare che oramai, alzando lo sguardo oltre l'orizzonte costituzionale, si è da tempo fatto strada l'importante settore dell'«industria culturale e creativa-ICC» - diventato molto di moda, molto diffuso, anche se ancora in cerca di identità giuridica²⁴ -, nell'ambito del quale troverebbe naturale accoglienza l'industria cinematografica.

Fermo restando che sul concetto di ICC si ritornerà tra breve, per ora basta rilevare che il *gap* semantico in Costituzione è forse giustificato dal fatto che, proprio l'espressione generale «ICC» è entrata nel diritto internazionale soltanto nel 2005 e nel diritto UE addirittura nel 2013²⁵, e dal momento in cui la riforma costituzionale del titolo V è avvenuta nel 2001, quindi pochi anni prima, difficilmente il legislatore costituzionale, non avendoci pensato autonomamente, avrebbe potuto tenerne conto. Certo che, oggi come oggi, sarebbe davvero necessario che il legislatore costituzionale ci ripensasse e provvedesse ad introdurre nel titolo V uno «statuto» delle ICC, capace di razionalizzarne le basi giuridiche costituzionali per consentire all'ambito dell'economia della cultura italiana di decollare in maniera più efficace ed efficiente²⁶.

In attesa che ciò maturi, almeno nel dibattito dottrinale in corso, dobbiamo cercare di far emergere dal vigente art. 117 Cost. le materie che, pur frammentate nell'oggetto e nel soggetto

²³ In realtà, nel dibattito in Assemblea Costituente, Concetto Marchesi, il relatore nella Prima Sottocommissione dei settantacinque incaricato di occuparsi di quello che poi sarebbe diventato l'art. 9 Cost., sin dalla seduta del 29 ottobre 1946 aveva osservato che «la ragione che lo ha spinto a formulare l'articolo inserendolo nella Costituzione è la prospettata autonomia regionale. Per impedire l'eventualità che la regione possa disporre liberamente dei propri monumenti», così in T. MONTANARI, *Art. 9 Costituzione italiana*, cit., 8. E' soltanto in seguito, molto lentamente, con il decollo del regionalismo agli inizi del 1970, ma soprattutto con il d.p.r. 616/1977, che si incominciò a mutare atteggiamento verso le Regioni. E ben trent'anni dopo, con la modifica costituzionale del Titolo V del 2001, la materia «valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali» diventa di natura concorrente Stato-Regioni (c. 3, art. 117 Cost.) e, benché la materia «tutela dei beni culturali» venga affidata alla competenza esclusiva dello Stato (c. 2. lett. s, Cost.), il d.lgs. 42/2004 (Codice Urbani), all'art. 5, prevede una esplicita cooperazione con le Regioni.

²⁴ Sia concesso di rinviare da ultimo a L. DEGRASSI, «*Le industrie culturali e creative*»: una formula fortunata, ma ancora in cerca di identità (giuridica), in *Riv. it. Dir. Tur.*, n. 22, 2018, 7 ss.

²⁵ Sia concesso di rinviare ancora a L. DEGRASSI, *Le industrie culturali e creative: una nozione in divenire*, in L. DEGRASSI, V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Le industrie culturali e creative. Profili giuridici ed economico-aziendali*, Giuffrè, Milano, 2017, ed in particolare alle 20 ss. (per i profili internazionali con specifico riferimento alla Convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali del 2005) e alle 28 ss. (per i profili del diritto UE con specifico riferimento al regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il programma «Europa creativa» (2014-2020), in risposta al Libro verde, *Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare* – COM(2010) 183 def., alla Comunicazione, *Valorizzare i settori culturali e creativi per favorire la crescita e l'occupazione nell'UE* – COM(2012) 537 def. e al Libro verde, *Prepararsi a un mondo audiovisivo della piena convergenza: crescita, creazione e valori* – COM(2013) 231 def., lavoro pubblicato anche in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 5/2017 (8 marzo 2017).

²⁶ Si rinvia ancora a L. DEGRASSI, *op. ult. cit.*, 44-46.

titolare, sono in qualche modo riconducibili all'industria cinematografica, sia sul versante della cultura, sia su quello dell'economia.

Nella misura in cui le «espressioni culturali industriali», e quindi anche l'industria cinematografica, siano da ricondurre alla cultura contemporanea, esse sono necessariamente protette dal diritto d'autore. E' la ragione per cui tali espressioni sono state fatte rientrare nella materia «opere dell'ingegno» (lett. r, c. 2, art. 117, Cost.), affidate alla competenza esclusiva dello Stato, peraltro titolare del più generale ordinamento civile. Al riguardo, lo Stato ha il compito di individuare i relativi prodotti culturali da sottoporre alla garanzia del diritto d'autore (di cui si occupa appunto la legge sul diritto d'autore²⁷), come quelli appartenenti alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al *design* artistico e alla cinematografia. Ma lo Stato, per quanto affermato in precedenza a proposito della neutralità dell'art. 9 Cost. circa il legislatore da prescegliere, su tali «espressioni culturali industriali» contemporanee può anche esercitare la promozione culturale ed economica. E di ciò si è da ultimo incaricata la legge di riforma del cinema del 2016, alla quale si rinvia appena oltre.

L'ulteriore materia «promozione e organizzazione di attività culturali», ai sensi del c. 3, art. 117 Cost., è stata assegnata alla competenza concorrente Stato/Regioni. Ricordando che le attività culturali sono «quelle dirette a formare e diffondere espressioni della cultura e dell'arte»²⁸ del tempo presente, allo Stato compete la fissazione dei principi fondamentali e alle Regioni il dettaglio, alle quali – dopo quanto abbondantemente chiarito a proposito della vaghezza del soggetto politico chiamato a far promozione – è consentito di spingersi fino al sostegno economico²⁹. Anche qui, la legge sul cinema del 2016, che da questo punto di vista è anche legge-quadro, da qualche indicazione circa i confini entro cui possono agire Stato e Regioni in via concorrente. E di ciò daremo conto più avanti.

A questo punto il modello costituzionale è completo e quindi è giunto il momento di passare alla verifica del rispetto del modello stesso da parte dell'ordinamento attuativo vigente.

Sez. II. - L'INDUSTRIA CINEMATOGRAFICA NELL'ORDINAMENTO ATTUATIVO: GLI SVILUPPI PIÙ RECENTI

1. Premessa

Prima di entrare nel merito della legislazione che si è succeduta nel periodo repubblicano per approdare alla legge di riforma del cinema del 2016, conviene accennare alla nuova categoria generale «industrie culturali e creative», cui, come anticipato, «l'industria cinematografica» si ascrive.

In relazione ad essa, è appena il caso di osservare che il riferimento all'industria ha però soltanto rilevanza economica e fattuale e non giuridica. L'indicazione, infatti, vuole semplicemente sottolineare che stiamo parlando di espressioni culturali definibili opere dell'ingegno, che vanno a costituire settori ad alta densità di contenuti creativi e culturali, ma, in quanto contemporanei e dotati di supporto materiale, salvi il diritto d'autore e di proprietà intellettuale, sono registrabili, riproducibili e dunque organizzabili industrialmente, perciò potenzialmente capaci di generare profitti.

²⁷ L. 22 aprile 1941, n. 633, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio.

²⁸ Così la definizione di cui alla lett. f), c. 1. art. 148, d.lgs. 112/1998.

²⁹ Cenni sulle competenze regionali sul settore di interesse di questo contributo sempre in L. DEGRASSI, *op. ult. cit.*, 43. Che le Regioni abbiano il tipo di competenza concorrente di cui stiamo parlando nel testo viene confermato anche da un indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale, per cui in particolare la sent. 285/2005, annotata da G. DEMURO, *Il Cinema tra leale collaborazione e intese imposte*, in *Le Reg.*, n. 1, 2006, 178 ss.

Del resto, se si da uno sguardo preliminare alla legge di riforma del cinema del 2016³⁰, essa ha adottato proprio la parola «impresa» (impresa cinematografica), anziché «industria»³¹, per sottolineare quanto appena ricordato. Infatti, l'art. 2, lett. n), fornisce la definizione di «impresa cinematografica o audiovisiva», secondo cui con essa si intende «l'impresa che operi nel settore della produzione cinematografica o audiovisiva, della distribuzione cinematografica o audiovisiva in Italia o all'estero, della produzione esecutiva cinematografica o audiovisiva, della post-produzione cinematografica o audiovisiva, dell'editoria audiovisiva, dell'esercizio cinematografico». Se le diverse tipologie di impresa riguardano tutta la filiera cinematografica capace di rispondere alle persone che intendono per questa via operare nel settore culturale a scopo di legittimo profitto, in realtà la definizione descrive una situazione tendente a profili economici già nota, di cui, sul piano giuridico il codice civile si occupa da sempre. Infatti, stando a quest'ultimo ordinamento, se è vero che l'impresa in generale può riguardare qualsiasi produzione o scambio di beni e servizi in qualsiasi settore, non c'è dubbio che in essa possa senz'altro trovare posto la produzione di film.

In termini più sostanziali, più di recente, pare che se ne sia occupato l'art. 57 della l. 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018), che detta per la prima volta nell'ordinamento italiano la nozione generale di «imprese culturali e creative-ICC», in cui far confluire anche l'impresa cinematografica.

Secondo tale ultima norma, le ICC sono «le imprese o i soggetti che svolgono attività stabile e continuativa, con sede in Italia o in uno degli Stati membri dell'UE..., purché siano soggetti passivi di imposta in Italia, che hanno quale oggetto sociale, in via esclusiva o prevalente, l'ideazione, la creazione, la produzione, lo sviluppo, la diffusione, la conservazione, la ricerca e la valorizzazione o la gestione di prodotti culturali, intesi quali beni, servizi e opere dell'ingegno inerenti alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, alle arti applicate, allo spettacolo dal vivo, alla cinematografia e ai processi di innovazione ad esso collegati». Come si è già osservato altrove³², tale norma è fondamentalmente foriera di mera incentivazione economica per i soggetti operanti nel settore, dando così corpo ad una corretta forma di intervento indiretto propugnato dalla nostra Costituzione, come ha cercato di fare l'attuale legge sul cinema con il c.d. *tax credit* in ordine al quale si v. più oltre.

Siccome la definizione riportata non è sostenuta da una disciplina organica relativa alla figura delle ICC, che anzi l'art. 58 della legge di bilancio 2018 rinvia ad atti futuri, ogni giudizio sulla figura stessa non può che essere rimandato.

Tale lacuna – pur non insignificante – non ci impedisce però di poter ragionare sulle leggi sul cinema, almeno quelle più rilevanti che si sono avvicendate negli ultimi cinquant'anni di storia repubblicana.

³⁰ In realtà, già l'art. 4, c. 12, l. n. 1213/1965 aveva introdotto l'espressione «impresa», sia di «produzione», sia «di distribuzione» o «di esportazione», ma senza spiegare la nozione. Invece, l'art. 3 del d.lgs. n. 28/2004 aveva provveduto ad introdurre la nozione di «impresa cinematografica», prevedendo soltanto che per essere considerata tale dovesse avere sede legale e domicilio fiscale in Italia. Si può, perciò, ritenere che l'allusione all'impresa cinematografica nelle leggi pregresse, che pure c'era, rilevava non come definizione in sé, ma come volta a supportare il carattere della nazionalità.

³¹ Parola invece utilizzata nella lett. b), c. 2, art. 18, d.p.c.m. 171/2014 (regolamento di organizzazione del Mibac), secondo cui «ai sensi della Convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, propone e attua, ..., misure finalizzate a fornire alle industrie culturali nazionali autonome un accesso effettivo ai mezzi di produzione, di diffusione e di distribuzione delle attività, dei beni e dei servizi culturali».

³² Così, se si vuole, L. DEGRASSI, «Le industrie culturali e creative»: una formula fortunata, ma ancora in cerca di identità (giuridica), cit., 28-31; dal punto di vista del diritto commerciale v. G. BOSI, *L'impresa culturale. Diritto ed economia delle attività creative*, il Mulino, Bologna, 2017.

2. Industria cinematografica ed autorità in epoca repubblicana

2.1. Una sintesi storico-istituzionale con particolare riferimento al ruolo dello Stato

Va premesso che, nelle riflessioni che seguono, non si intende dare minuziosamente conto della complessiva organizzazione dell'industria cinematografica nella legislazione della nostra storia repubblicana. Siccome scopo del presente lavoro è quello di verificare la congruità del rapporto industria cinematografica/intervento pubblico rispetto al modello che, come visto, ci ha consegnato la Costituzione sin dal 1948, ci si sforzerà di dare risposte in particolare da questo angolo di visuale. Allora, dalla legislazione attuativa si cercherà fundamentalmente di enucleare gli istituti interventistici più significativi, per poterne testare l'adeguatezza con il modello costituzionale prefigurato.

Dal momento in cui, nel rispetto della libertà di industria cinematografica, il problema principale è quello di capire se effettivamente l'intervento pubblico in questo settore sia stato, e se continui ad essere, per volontà costituzionale, di tipo indiretto, sarà doveroso verificare quanto abbia inciso e come sia sussistito, e se continui a sussistere, anche l'altro tipo di intervento, quello diretto.

Senza considerare l'epoca fascista che sul settore ha indubitabilmente avuto grande peso³³ e partendo con l'osservare la legislazione sull'industria del cinema prodotta nel tempo fino alla riforma del 2016, si può sin da subito anticipare che i risultati dell'analisi confermano che, oltre a istituti interventistici di tipo indiretto, lo Stato ha di norma assunto comportamenti protezionistici e dirigistici nei confronti dell'industria cinematografica privata, svolgendo ininterrottamente anche azioni imprenditoriali dirette, in una sorta di linea di continuità con il passato³⁴, che però in quest'epoca su di esse ci sarebbe qualche riserva circa la loro compatibilità con il modello costituzionale.

Considerando che gli istituti interventistici di tipo indiretto non hanno dato problemi di costituzionalità, e segnalando che gli istituti stessi si sono concretati soprattutto in contributi finanziari ed in agevolazioni fiscali³⁵, si ritiene di rinviare al paragrafo successivo considerazioni più precide in merito, allorché ci si occuperà della legge di riforma del cinema in vigore.

Si rinviano alle pagine successive anche riflessioni in merito alla rilevanza dell'intervento pubblico delle Regioni nel settore in parola.

Stando allora agli istituti protezionistici, dirigistici e di intervento diretto, verranno prese in considerazione le tre leggi principali emanate in epoca repubblicana prima dell'attuale legge del 2016, e cioè la l. 4 novembre 1965, n. 1213³⁶, il d.l. 14 gennaio 1994, n. 26 (conv. con l. 1° marzo 1994, n. 153)³⁷ ed il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 28 (di cui alla norma di delega, art. 10, della l. 6 luglio

³³ Per tutti A. ORSI BATTAGLINI, *L'intervento economico statale a favore della cinematografia*, in ISLE, Istituto per la documentazione e gli studi legislativi, *Intervento pubblico e libertà di espressione nel cinema nel teatro e nelle attività musicali*, Giuffrè, Milano, 1974, 3 ss.

³⁴ Così anche R. ZACCARIA, S. STELLA, *Cinematografi e cinematografia*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 2002, 1.

³⁵ Su tali istituti, oltre a R. ZACCARIA, *Cinematografia*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 40 ss. e R. ZACCARIA, S. STELLA, *op. cit.*, 5 ss. anche M. PERRINO, *op. cit.*, 427 ss.

³⁶ Intitolata "Nuovo ordinamento dei provvedimenti a favore della cinematografia". Prima della legge del 1965, ma sempre soprattutto in epoca repubblicana, in dottrina G. CRISCI, *La disciplina pubblicistica della cinematografia*, in *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960, 1021 ss. Sulla legge del 1965 e sulla situazione istituzionale-organizzativa in epoca repubblicana, con in testa il Ministero del turismo e dello spettacolo ed il Ministero per le partecipazioni statali cui era collegato l'Ente autonomo di gestione per il cinema-EAGC, in dottrina, in particolare, R. ZACCARIA, *op. cit.*, 35 ss. Come base giuridica quest'ultimo A. prende in considerazione anche le ll. 814/1971 e 163/1985, quest'ultima introduce il Fondo unico per lo spettacolo-FUS, e l'art. 49 del d.p.r. 616/1977.

³⁷ Intitolato "Interventi urgenti in favore del cinema". In dottrina, fino a questa legge, R. ZACCARIA, S. STELLA, *op. cit.*, 1 ss., P. DI FABIO, *Il sistema delle sovvenzioni statali al settore cinematografico: inquadramento storico ed assetto attuale*,

2002, n. 137)³⁸. In verità, le prime due leggi, quella del 1965 e quella del 1994, possono essere lette unitariamente, in quanto la seconda si è limitata ad introdurre delle modifiche alla prima, ma senza alterarne l'indirizzo di base³⁹. Quanto al decreto legislativo del 2004, la sua analisi, per quanto qui rilevi, può risultare di grande interesse se si pensa che esso è stato emanato a seguito della modifica del titolo V della Costituzione del 2001, che avrebbe potuto indurre ad un maggior coinvolgimento delle Regioni sul settore della cinematografia, sempre sul piano dell'intervento indiretto.

Allora, uniformandosi al periodo prerепubblicano, le scelte politiche sin dal 1965 su tale settore, e per più di mezzo secolo, sono state fatte con l'intento di mantenere nei confronti dell'industria cinematografica private forme di protezionismo (a) e di dirigismo (b), oltre a mantenere forme di imprenditoria statale diretta (c) volta ad integrare quella privata⁴⁰.

(a) L'atteggiamento protezionistico nei confronti dell'industria cinematografica italiana veniva giustificato per permettere che l'industria stessa, specie quella in difficoltà dopo la Seconda guerra mondiale, potesse consolidarsi. Inoltre, si riteneva che il legislatore dovesse difendere l'autonomia culturale del cinema italiano e la sua presenza sul mercato nei confronti delle opere di origine straniera e più specificatamente di quelle statunitensi. Per queste ragioni si favoriva ad esempio la struttura industriale a partecipazione statale e si incoraggiavano molte iniziative capaci di valorizzare e diffondere il cinema nazionale, specie i film di notevole interesse artistico e culturale (art. 1, l. 1213/1965). Struttura industriale a partecipazione statale a parte, su cui si ritornerà al successivo punto (c), il tratto protezionistico risultava eminentemente dal carattere della nazionalità richiesto nelle iniziative cinematografiche (artt. 2, 4, 10, ss., l. 1213/1965, ma anche art. 2, d.l. 26/1994 e art. 5, d.lgs. 28/2004). La legge del 1965, ma non di meno anche il d.l. 26/1994, ed il d.lgs. 28/2004, in proposito, ponevano infatti la necessità di procedere con accertamenti dell'italianità del soggetto, del regista, degli sceneggiatori, degli attori, del personale tecnico ed esecutivo, del teatro di posa dove girare il film, oppure della *location*, ecc.⁴¹

(b) Quanto al tratto dirigistico, gli artt. 6 e 13 della l. 1213/1965 imponevano agli esercenti di sale cinematografiche la programmazione obbligatoria di lungometraggi e cortometraggi nazionali (o in alternativa a quest'ultimi anche cortometraggi prodotti dall'Istituto Luce), per periodi minimi, pena la chiusura temporanea dell'esercizio stesso⁴².

in *Il dir. d'autore*, n. 1, 2003, 96 ss., G. PAGLIARANI, *La disciplina amministrativa della cinematografia in Italia*, in *Enc. del cinema*, Roma, 2003.

³⁸ Intitolato "Riforma della disciplina in materia di attività cinematografiche, a norma dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137". In dottrina, su questa legge, G. ENDRICI, *op. cit.*, 1 ss., A. CONTALDO, T. TRIMARCHI, *Forme di finanziamento pubblico diretto ed indiretto della cinematografia: tax credit e fondi per l'industria cinematografica*, in *Il dir. d'autore*, n. 3, 2014, 323 ss.

³⁹ Così anche R. ZACCARIA, S. STELLA, *op. cit.*, 5.

⁴⁰ Si aderisce così alla tesi di M. PERRINO, *op. cit.*, 418 ss., il quale sostiene che tale settore è stato, e continua ad essere, sottratto alle ordinarie logiche di impresa e mercato, in virtù di un duraturo e pervasivo intreccio con l'intervento pubblico, specie quello diretto; *contra* R. ZACCARIA, S. STELLA, *op. cit.*, 1.

⁴¹ Vi è da dire che sin dall'art. 18 della l. 1213/1965, il riconoscimento della nazionalità veniva parimenti riconosciuto ai film a lungometraggio e a cortometraggio di stati membri della C.E.E. Tale riconoscimento avveniva pure per film a cortometraggio di stati membri dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE). Ed infine, a condizioni di reciprocità, tale riconoscimento veniva esteso a film di paesi ove non fossero esistite restrizioni all'importazione e alla distribuzione di film italiani. Sul profilo della nazionalità, cui va aggiunto il profilo delle coproduzioni straniere, si sofferma ad es. R. ZACCARIA, *op. cit.*, 42.

⁴² In realtà, già prima della seconda Guerra Mondiale, in epoca fascista, a fini protezionistici ma anche di censura preventiva, con le leggi 1121/1927, 918/1931 e 1143/1935 si prevedeva la programmazione obbligatoria di film nazionali (lungometraggi, cortometraggi, di attualità e per ragazzi), i quali dovevano dimostrare di possedere determinati requisiti, ma anche premi e attestati di qualità, forme di credito cinematografico, di agevolazioni fiscali e tasse sul doppiaggio di film stranieri (R. ZACCARIA, *op. cit.*, 40 ss. e R. ZACCARIA, S. STELLA, *op. cit.*, 3 ss.).

L'art. 4 del d.l. 26/1994 viene a temperare tale istituto trasformandolo in una sorta di invito agli esercenti ad accentuare la programmazione di film nazionali dotati di particolari caratteristiche qualitative, incentivando tale operazione con contributi statali e agevolazioni fiscali⁴³. Nel frattempo, si era fatta avanti la legislazione antitrust (l. 287/1990) e l'art. 55-bis del decreto legge ora all'attenzione si limitava a dichiararne l'applicabilità al settore cinematografico soltanto se compatibile, riservandosi così la possibilità di affrancarsi dalla tutela della concorrenza in caso contrario.

Il d.lgs. 28/2004 non abbandona l'istituto della programmazione delle sale cinematografiche⁴⁴, ma introduce una qualche innovazione. Infatti, in omaggio al nuovo Titolo V, il d.lgs. n. 28/2004 fa interagire anche le Regioni⁴⁵; ad esse l'art. 22 assegna il compito di disciplinare con legge «le modalità di autorizzazione alla realizzazione, trasformazione ed adattamento di immobili da destinare a sale cinematografiche, nonché alla ristrutturazione o all'ampliamento di sale già in attività». In una parola, la distribuzione sul territorio delle sale cinematografiche resta vincolato al sistema dell'autorizzazione amministrativa (art. 22, c. 4)⁴⁶, con l'unica differenza che l'istituto autoritativo passa dalla competenza statale a quella regionale. Il problema ovviamente non si poneva in relazione agli accertamenti dei requisiti tecnici di idoneità, di sicurezza e di igiene dei locali da destinare a sale per pubblici spettacoli, riconducibili alla garanzia dell'ordine e dell'incolumità pubblica (art. 22, c. 3), quanto nei confronti del dichiarato fine di «razionalizzare la distribuzione sul territorio delle diverse tipologie di strutture cinematografiche» (art. 22, c. 1).

Non è chi non veda come, sia pure ora a carico delle Regioni, la logica pianificatoria non tiene in minimo conto del principio della libera concorrenza, che oramai, per il tramite del diritto UE, era entrato pienamente nel nostro ordinamento, di cui l'Autorità antitrust era ed è il garante⁴⁷. In più occasioni tale Autorità ha lanciato il monito di procedere con la liberalizzazione degli accessi, chiedendo al legislatore l'abbandono del vincolo autorizzativo all'esercizio, restando però inascoltato. Al massimo l'art. 26 del d.lgs. 28/2004 legittimava l'Antitrust ad intervenire se la concentrazione della distribuzione cinematografica fosse stata superiore al 25% del fatturato del mercato e delle sale cinematografiche in attività in almeno una delle 12 città capozona (come Roma, Milano e altre 10)⁴⁸.

(c) Quanto all'imprenditoria statale diretta, si è più sopra fatto cenno all'adozione della struttura industriale a partecipazione statale. Fermo restando che l'imprenditoria statale diretta era ritenuta necessaria per eliminare monopoli e incrostazioni di mercato al fine di favorire una produzione di elevato livello artistico e culturale⁴⁹ e ribadendo che essa fosse stata pensata come integrativa e

⁴³ Così anche R. ZACCARIA, S. STELLA, *op. cit.*, 6. Si tenga presente che soltanto con il d.lgs. 492/1998 la programmazione obbligatoria verrà abolita.

⁴⁴ Si pensi, ad es., alla programmazione delle sale d'essai e alle sale della comunità ecclesiale, di cui, rispettivamente, ai cc. 9 e 10 dell'art. 2 del d.lgs. 28/2004. Ma, ai sensi del c. 4 dell'art. 15, si veda anche la programmazione di film riconosciuti di nazionalità italiana o di paesi appartenenti all'Unione europea attraverso un atto d'obbligo dell'impresa di esercizio; quota percentuale di trasmissione che sarebbe stata ridotta se si fosse trattato di sale cinematografiche ubicate in comuni fino allora sprovvisti di sale stesse, oppure se si fosse trattato di trasformazione in multisale di sale cinematografiche ubicate nei centri cittadini dei comuni con popolazione non inferiore a ventimila abitanti.

⁴⁵ Che in minima parte erano già state considerate a partire dall'art. 49 del d.p.r. 616/1977, così come citato già all'art. 15 del d.l. 26/1994.

⁴⁶ V. anche art. 9, d.l. 26/1994.

⁴⁷ Sul ruolo dell'antitrust nell'ambito del settore cinematografico, anche in rapporto alla televisione R. ZACCARIA, S. STELLA, *op. cit.*, 10-11.

⁴⁸ In realtà, la norma riprende fedelmente quella di cui all'art. 13 del d.l. 26/1994, chiamata ad introdurre l'art. 55-bis nella l. 1213/1965. Sull'intervento dell'Antitrust v. anche R. ZACCARIA, S. STELLA, *op. cit.*, 7 e M. PERRINO, *op. cit.*, 425-426 e 438 ss. (in quest'ultime pagine l'A. ricorda, ad es., che l'intervento dell'autorità antitrust è avvenuto per casi di accordi tra imprese di distribuzione e di esercizio).

⁴⁹ Così R. ZACCARIA, *op. cit.*, 37.

non sostitutiva dell'industria privata, alla fine tale tipo di intervento fu in realtà massiccio e penetrante.

Tra gli enti pubblici statali del settore un posto di primo piano è stato sicuramente rivestito dall'Ente autonomo di gestione per il cinema-EAGC, costituito con d.p.r. n. 575/1958. Esso è stato un ente pubblico di gestione rientrante nel gruppo delle partecipazioni statali, che di lì a poco la l. 1330/1961 provvedeva a trasformare in società per azioni con azionista principale il Ministro per le partecipazioni statali, avente per oggetto l'esercizio dell'industria cinematografica ed in specie le iniziative di particolare valore culturale⁵⁰. A questo fine si assistette al passaggio di Cinecittà dall'IRI all'EAGC⁵¹; quest'ultimo ente allargava la sua influenza pure nei confronti dello storico Istituto Nazionale Luce⁵², nel senso che subentrava di diritto in tutti i suoi rapporti, senza però farlo venire meno, tanto che il 1° agosto 1962 veniva a sua volta costituito in società per azioni. Pur inquadrato tra le società dell'EAGC, la sua autonoma rilevanza poteva essere colta nel fatto che, ad es., l'art. 12, c. 4, della l. 1213/1965 prevedeva che gli enti pubblici e le società a prevalente partecipazione statale dovevano affidare all'Istituto Luce la produzione e la distribuzione in pubblico in Italia dei film da essi comunque finanziati. Con l'art. 5-*bis* del d.l. 118/1993 (conv. con art. 1, c. 1, l. 203/1993) l'EAGC manteneva la struttura di società per azioni, ma il suo controllo passava dal Ministero delle partecipazioni statali, che l'art. 1 del decreto legge stesso provvedeva a sopprimere, al Ministero del Tesoro che così subentrava come azionista unico. Tale ultimo dicastero poteva esercitare i diritti dell'azionista d'intesa con l'autorità competente in materia di turismo e spettacolo per la determinazione degli indirizzi culturali e d'intesa con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, per la definizione della politica industriale cinematografica dell'EAGC. Assieme a Cinecittà e Istituto Luce (strutture di produzione in generale la prima, più a scopo didattico il secondo) veniva a far parte del gruppo delle partecipazioni statali pure Italnoleggio (struttura di distribuzione di film di qualità, ma anche di esercizio di sale cinematografiche), successivamente incorporato dall'Istituto Luce⁵³, che in questo modo completava la filiera pubblica dell'industria cinematografica (produzione, distribuzione, esercizio).

Nel frattempo la l. 617/1959, istitutiva del Ministero del turismo e dello spettacolo, veniva abrogata con il referendum popolare del 18-19 aprile 1993⁵⁴, e nel 1998, con d.lgs. 368/1998, veniva istituito il Ministero per beni e le attività culturali-Mibac, al quale confluirono tutte le competenze in materia di spettacolo del superato Ministero che, nelle more per l'istituzione del nuovo dicastero, con d.p.c.m. 12 marzo 1994 era stato sostituito dal Dipartimento per lo spettacolo⁵⁵.

La l. 1330/1961 veniva abrogata dall'art. 28 del d.lgs. 28/2004 e con essa tramontava pure l'era dell'EAGC, subentrando quella di Cinecittà Holding. Si ricorda infatti che nel 2009, con atto notarile

⁵⁰ L'art. 42 della l. 1213/1965 provvedeva al finanziamento dell'EAGC. Tale ente, nonostante la privatizzazione, riconfermata con d.l. 118/1993, conv. in l. 202/1993, mantenne il controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria (sul punto cfr. R. ZACCARIA, S. STELLA, *op. cit.* 9).

⁵¹ Cfr. l. 649/1960.

⁵² Istituito nel 1924 in epoca fascista, su cui in dottrina R. ZACCARIA, *op. loc. cit.*

⁵³ Su Italnoleggio e sul suo passaggio all'Istituto Luce ancora R. ZACCARIA, *op. cit.*, 37-38.

⁵⁴ Sulle vicende del referendum del 1993 e sul seguito istituzionale, si rinvia a R. ZACCARIA, S. STELLA, *op. cit.*, 2.

⁵⁵ Si tenga presente che, oltre al d.lgs. 368/1998 vanno citati anche il d.lgs. 112/1998, il quale all'art. 156 prevedeva competenze in materia di cinematografia, le quali, per quanto qui interessi, sono da considerare: 1) la concessione di sovvenzioni e ausili finanziari ai soggetti operanti nel settore della cinematografia (di cui alla l. 1213/1965), 2) l'autorizzazione all'apertura delle sale cinematografiche nei limiti del d.lgs. 3/1998 e 3) il sostegno delle attività della Scuola nazionale di cinema; il d.lgs. 300/1999, il quale, agli artt. 52 e 53 assegna al Mibac anche la competenza in materia di diritto d'autore, la disciplina sulla proprietà letteraria e la promozione delle attività culturali, specie la promozione di produzioni cinematografiche. L'attuale organizzazione del Mibac è prevista dal d.p.c.m. 171/2014, così come modificato dal d.p.r. 238/2017. Il settore cinematografico è affidato alla competenza della Direzione generale «Cinema» di cui all'art. 18 del decreto del 2014. Sul Mibac e sulle sue competenze in materia di cinematografia R. ZACCARIA, S. STELLA, *op. cit.*, 3.

(v. Statuto 21 giugno 1966 dell'Istituto Luce), si assisteva alla costituzione della Cinecittà Holding s.p.a., con azionista unico il Mibac. La società veniva chiamata ad esercitare attività di direzione e coordinamento delle controllate Istituto Luce s.p.a., Cinecittà Studios s.p.a. e Filmitalia Cinema s.p.a. (già Italia Cinema s.r.l.), con lo scopo di presentare annualmente al Mibac un programma di interventi in ordine alla produzione, distribuzione e promozione in Italia e all'estero di opere cinematografiche di lungo e corto metraggio di interesse culturale. Va infine segnalato che con l'art. 14, c. 6, del d.l. 98/2011 (conv. con l. 111/2011), così come attuato dal d.m. 24 aprile 2013, la Cinecittà Holding s.p.a. è stata trasformata in Istituto Luce Cinecittà s.r.l., con il Ministero dell'economia e delle finanze-Mef unico socio ed il Mibac organo di indirizzo culturale delle attività cinematografiche. Nel 2017 la nuova società acquista gli Studi di Cinecittà (teatri di posa, scenografici...) che così ridiventano pubblici.

Nell'ambito del sistema imprenditoriale cinematografico statale, merita ancora ricordare il Centro sperimentale per la cinematografia-CSC⁵⁶, istituito con l. 419/1942, riordinato con d.p.r. 1167/1977. L'art. 21 del d.l. 26/1994 ha provveduto al suo ulteriore riordino, di cui si ricordano gli aspetti principali. Intanto, come ente pubblico, veniva sottoposto alla vigilanza dell'Autorità competente in materia di spettacolo. A suo carico venivano previste finalità, quali lo sviluppo dell'arte cinematografica e audiovisiva attraverso la formazione di quadri professionali, corsi e altre iniziative, e lo svolgimento di attività di ricerca e di sperimentazione; venivano anche previsti lo studio e la diffusione della cultura cinematografica, della storia e della teoria del cinema; ed infine gli si assegnava la gestione della Cineteca nazionale (prevista sin dall'art. 43 della l. 1213/1965⁵⁷). Con d.lgs. 426/1997 il CSC è stato trasformato in Fondazione, cambiando pure denominazione in Scuola nazionale di cinema, ma mantenendo tutte le finalità ed i compiti appena elencati.

Dal momento in cui lo Stato azionista continuava ad essere proprietario di imprese pubbliche, era inevitabile che esso condizionasse la nomina degli organi societari e le politiche della produzione cinematografica: in questo modo l'interventismo diretto non soltanto era un'inconfutabile realtà, ma si trattava di una presenza penetrante e pervasiva dell'industria cinematografica italiana, tutt'altro che meramente integrativa di quella privata.

2.2. ...e nella riforma della disciplina del cinema del 2016

La l. 220/2016⁵⁸ va a sostituire totalmente la legge organica del 1965 e le normative intermedie.

Seguendo il metodo di indagine utilizzato al paragrafo precedente, più che dar conto dell'intera legge di riforma, si cercherà di rispondere se in essa si intravede l'avvio di un nuovo corso tendente a liberalizzare, o quanto meno ad alleggerire, il settore dalla presenza ingombrante dello Stato, superando così quel protezionismo, quel dirigismo e quell'interventismo statale diretto che, come sommariamente appena visto, ha contrassegnato per dieci lustri la storia della legislazione sulla cinematografia italiana.

Ma per farsi un'idea circa la sussistenza o meno dell'inizio di questo nuovo corso, bisogna innanzitutto dare conto degli istituti interventistici previsti dalla legge di riforma. Al riguardo è bene iniziare ad indicare gli istituti indiretti a favore delle imprese cinematografiche private,

⁵⁶ Su di esso *Id.*, p. 39.

⁵⁷ In realtà origina in un'epoca ancora più risalente, alla l. 958/1949. Su di essa sempre R. ZACCARIA, *op. cit.*, 39-40. La Cineteca nazionale ha il compito di conservare e di diffondere film sui quali gravava la programmazione obbligatoria, almeno negli anni '60 del secolo scorso, e i quali avevano ricevuto contributi pubblici e premi di qualità.

⁵⁸ Intitolata "Disciplina del cinema e dell'audiovisivo". Su tale legge, in dottrina, a prima lettura, L. CASINI, "Il nastro dei sogni"? Il diritto (pubblico) del cinema e dell'audiovisivo, in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), n. 3/20017, il quale afferma che «mancava...una disciplina unitaria che considerasse congiuntamente i profili istituzionali, culturali ed economico-finanziari» (ivi, 2).

fondamentalmente finanziamenti e agevolazioni fiscali, la cui trattazione è stata rinviata alla presente legge.

I finanziamenti vengono sostenuti dal «Fondo per lo sviluppo degli investimenti nel cinema e nell'audiovisivo»⁵⁹ che afferisce allo stato di previsione del Mibac. Essi vengono erogati tramite diversi contributi: 1) contributi automatici, alle imprese non statali, e nei limiti consentiti dalla normativa UE in materia di aiuti di Stato⁶⁰, al fine di concorrere allo sviluppo, produzione e distribuzione in Italia e all'estero di nuove opere cinematografiche e audiovisive di nazionalità italiana (art. 23), purché rispondenti a parametri oggettivi individuati all'art. 24, tra cui i risultati culturali ed artistici di diffusione, gli incassi nelle sale cinematografiche, ecc...; 2) contributi selettivi, per la scrittura, lo sviluppo, la produzione e la distribuzione nazionale e internazionale di opere cinematografiche e audiovisive, specie opere prime e seconde, ovvero se realizzate da giovani autori, ovvero se si tratta di film difficili realizzati con modeste risorse finanziarie, ovvero se si tratta di opere di particolare qualità artistica (art. 26); 3) contributi alle attività e alle iniziative di promozione cinematografica e audiovisiva, come lo sviluppo della cultura cinematografica, la

⁵⁹ Di cui all'art. 13 della l. 220/2016, le cui modalità di gestione sono state fissate dal d.p.c.m. 20 maggio 2017. Precedentemente i finanziamenti attingevano sul Fondo unico dello spettacolo-FUS istituito con l. 163/1985, su cui, in dottrina, ad es., R. ZACCARIA, *op. cit.*, 41. Circa il nuovo fondo L. CASINI, *op. cit.*, 3 ss. Quest'ultimo A., nel sottolineare l'importante incremento economico del fondo teso a contemperare esigenze dell'industria cinematografica con quelle della cultura del cinema e dell'audiovisivo, evidenzia come all'incremento stesso si accompagni un potenziamento dei profili organizzativi, l'aggiornamento delle definizioni e dei requisiti per accedere ai contributi, un nuovo rapporto tra finanziamento e fiscalità ed infine un piano straordinario relativo alla digitalizzazione delle opere cinematografiche e ad un nuovo piano sale cinematografiche.

⁶⁰ Stiamo parlando della c.d. eccezione culturale, per cui gli aiuti di Stato sono ammessi dal diritto UE (cfr. art. 107, c. 3, lett. d, TFUE), purché non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza in misura contraria all'interesse comune (v. risol. del Cons. 12 febbraio 2001 sugli aiuti nazionali ai settori del cinema e degli audiovisivi, com. della Comm. 26 settembre 2001 su taluni aspetti giuridici riguardanti le opere cinematografiche e le altre opere audiovisive, prorogata nel 2009, in cui risulta di grande interesse la verifica del c.d. *cultural test*, com. della Comm. 15 novembre 2013, n. 2013/C 332/01, relativa agli aiuti di Stato a favore delle opere cinematografiche e di altre opere audiovisive). Sempre sul fronte del diritto UE vanno annoverati anche la dirett. del Parl. eur. e del Cons. 10 marzo 2010, n. 2010/13/UE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi-SMAV), il reg. (UE) n. 1295/2013 del Parl. eur. e del Cons. dell'11 dicembre 2013 che istituisce il programma Europa creativa (2014-2020) e che abroga le decisioni n. 1718/2006/CE, n. 1855/2006/CE e n. 1041/2009/CE da potersi intendere anche come sostegno diretto all'industria del cinema, o più generalmente alle industrie culturali e creative, da parte dell'UE, e la com. della Comm. 15 maggio 2014, Il cinema europeo nell'era digitale. Creare un ponte tra diversità culturale e competitività.

In dottrina, ad es. G. ENDRICI, *op. cit.*, 1 (ma v. anche 2-3), afferma che «la riconosciuta compatibilità con il Trattato degli aiuti destinati a promuovere la cultura, e l'interesse mostrato...dalla Comunità europea rispetto al settore cinematografico, portano le istituzioni comunitarie...a contemperare l'istanza culturale (che giustifica la deroga al generale principio di incompatibilità degli aiuti statali) con i principi in tema di concorrenza e di libertà di circolazione». E, ispirandosi a S. FOÀ e W. SANTAGATA, *Eccezione culturale e diversità. Il potere culturale delle organizzazioni centralizzate e decentralizzate*, in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), n. 2/2004, 1, Endrici continua: «la diversità culturale può essere vista come una regola...che fa evolvere il mercato in una direzione efficiente e dunque come prerequisito per la realizzazione della libertà economica e per il libero scambio». V. anche M. PERRINO, *op. cit.*, 432 ss., R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Giappichelli, Torino, 2009, F. TOGO, *Aiuti di Stato nel settore culturale*, in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), n. 2/2009, L. BELLUCCI, *Cinema e diritto nell'integrazione europea: incentivazione economica e promozione della diversità culturale*, in *Soc. d. dir.*, n. 3, 2010, 84 ss., A. CONTALDO, *Le politiche pubbliche per l'industria cinematografica in ambito comunitario: problematiche in campo*, in *Il dir. d'autore*, n. 3, 2010, 325 ss., B. ZAMBARDINO, *Dal possesso all'accesso. L'industria audiovisiva ai tempi dello streaming*, Edizioni Fondazione Ente dello Spettacolo, Roma, 2015, in partic. 23 ss., M. CUCCO, *L'industria cinematografica europea e la sindrome del Gattopardo*, in *Econ. della cult.*, n. 4, 2017, 497 ss. (quest'ultimo lavoro dimostra che anche il fondo *Eurimages* creato con la risol. (88) 15 del Cons. d'Eur. e indirizzato prevalentemente al sostegno delle co-produzioni internazionali europee, si è dimostrato inefficace, perché tali aiuti economici sono troppo frammentati, potendo difficilmente fronteggiare la preponderanza dell'industria hollywoodiana).

promozione, anche a fini turistici, dell'immagine dell'Italia attraverso il cinema e l'audiovisivo, il sostegno ai film d'essai, ecc. (art. 27); 4) contributi concessi alle imprese di post-produzione italiane, con particolare riferimento alle sale cinematografiche (ma comprese le cineteche), per consentire loro il passaggio del patrimonio cinematografico e audiovisivo al formato digitale (art. 29, così come attuato dal d.p.c.m. 24 ottobre 2017); 5) nell'ambito del Fondo per il cinema e l'audiovisivo è infine prevista una sezione speciale dotata di contabilità separata destinata a garantire operazioni di finanziamento alle piccole e medie imprese per la realizzazione di prodotti audiovisivi e cinematografici (art. 30 e d.m. 23 marzo 2018).

In dottrina⁶¹ si sostiene che tutti questi contributi hanno lo scopo di massimizzarne l'efficacia nei confronti dei beneficiari, riducendo ad esempio la discrezionalità del ministero nel decidere l'erogazione dei contributi stessi (attraverso la loro automaticità), oppure affidando a cinque esperti di chiara fama la valutazione circa le richieste di contributi selettivi, avendo un occhio di riguardo verso le piccole e medie imprese, le quali, rispetto alle grandi imprese cinematografiche, risultano normalmente penalizzate, e favorendo gli esercizi cinematografici nei piccoli comuni.

Quanto alle agevolazioni fiscali, esse vengono realizzate attraverso il credito d'imposta (*tax credit*) per ciascuna delle imprese presenti nella filiera della cinematografia, cioè nella produzione (art. 15), nella distribuzione (art. 16), e nell'esercizio cinematografico (art. 17), nonché per il potenziamento dell'offerta cinematografica (art. 18) e per l'attrazione in Italia di investimenti cinematografici e audiovisivi (art. 19)⁶². Il credito d'imposta è un classico beneficio fiscale volto a compensare il pagamento delle imposte che tutte le imprese presenti nella filiera cinematografica sono chiamate a versare all'erario, su cui punta in generale l'art. 57 della legge di bilancio 2018 a proposito delle Industrie culturali e creative-ICC di cui s'è fatto più sopra cenno.

Venendo a considerare l'altro profilo della legge, quello che più sopra abbiamo identificato nei tre momenti: protezionistico, dirigistico e relativo all'impresa cinematografica statale, dagli "istituti indiretti" appena passati in rassegna, non sarà sfuggito che si riprende il tema della verifica della nazionalità italiana delle opere cinematografiche e audiovisive. Ciò significa che si mantiene quel tratto protezionistico (a) di cui si parlava nella legislazione pregressa. Si può soltanto aggiungere che, come già in precedenza, si riconferma doverosamente la nazionalità di altro Paese UE, ritenuta equipollente al possesso di quella italiana (artt. 5 e 14). Il requisito della nazionalità viene ora verificato sulla base di tutta una serie di punteggi che riguardano il regista, l'autore del soggetto del film, lo sceneggiatore, gli interpreti principali, la realizzazione dell'opera sul territorio italiano di almeno il 50% delle attività, l'espressione originale italiana relativa alla cultura, alla storia, all'identità, alla creatività, alla lingua, ai luoghi, ecc.⁶³ Il punteggio finale minimo deve essere almeno di 70/100 (v. d.p.c.m. 11 luglio 2017). Tutte le opere cinematografiche e audiovisive di nazionalità italiana che hanno beneficiato di contributi pubblici statali, regionali e degli enti locali o di finanziamenti dell'Unione europea sono tenute ad iscriversi presso il Registro pubblico delle opere cinematografiche e audiovisive istituito presso il Mibac (art. 32 e d.p.c.m. 8 gennaio 2018)⁶⁴.

Non viene meno neppure il tratto dirigistico (b) della legge basato sulla programmazione delle sale cinematografiche. Se la legge del 2016 non pare più limitare l'accesso al mercato di tali imprese

⁶¹ L. CASINI, *op. cit.*, 6.

⁶² Tutti i profili di dettaglio delle agevolazioni fiscali per il tramite del credito d'imposta sono rinviati a due decreti ministeriali del 15 marzo 2018, il primo per il settore cinematografico e audiovisivo in generale ed il secondo per le imprese di produzione cinematografica ed audiovisiva.

⁶³ L. CASINI, *op. cit.*, 14, fa notare che, il fatto che non sia soltanto la lingua l'elemento cruciale per decretare la nazionalità italiana, ma anche altri elementi indicati nel testo, fa capire come, ad es., il film *Il racconto dei racconti*, girato interamente in lingua inglese, potrà essere considerato opera di espressione originale italiana.

⁶⁴ Si tenga presente che il Registro era stato istituito dall'art. 22 del d.l. 26/1994 e veniva tenuto dalla SIAE con lo scopo di iscrivere tutte le opere filmiche prodotte o importate in Italia e destinate alla programmazione nelle sale cinematografiche.

esercenti, facendo fare un bel passo in avanti verso la liberalizzazione dell'accesso, essa tuttavia pone vincoli molto rigidi per quelle imprese che vogliono chiedere contributi a fondo perduto al Mibac al fine di riattivare sale cinematografiche chiuse o dismesse, di realizzare nuove sale, di ristrutturare, anche sul piano tecnologico, sale esistenti, ecc... (art. 28)⁶⁵. Ebbene, tra i criteri richiesti è prevista la programmazione per almeno tre anni dalla data di concessione del beneficio di una percentuale minima di film di nazionalità italiana o di altro Paese UE, pari al 35% del numero complessivo di proiezioni effettuate. In caso di mancato rispetto di questo, o degli altri criteri, si impone l'intera restituzione dei contributi ottenuti, maggiorati di interessi e altre sanzioni previste dalla legge (v. d.p.c.m. 4 agosto 2017).

Infine, non si può non sottolineare che permane ancorato saldamente il sistema industriale cinematografico pubblico (c), anche se, nel frattempo, tutti gli enti a ciò deputati sono stati trasformati in enti privati in controllo pubblico. Nel senso che, secondo le regole del diritto pubblico dell'economia, si è trattato solo di una privatizzazione in senso formale, con il precipuo scopo di rispondere maggiormente a criteri di economicità e managerialità, senza alcun affrancamento dal controllo pubblico. Alla fine, tali istituzioni, oltre all'Istituto Luce (controllato dallo Stato), sono la Fondazione La Biennale di Venezia⁶⁶ (controllata dallo Stato, dalla Regione Veneto, dalla Provincia di Venezia e dal Comune di Venezia) e la Fondazione Centro sperimentale di cinematografia⁶⁷ (partecipata dallo Stato) (cfr. c. 3, art. 27, l. 220/2016)⁶⁸.

2.3. Quale ruolo per le Regioni?

Come anticipato in precedenza, è giunto il momento di dare brevemente conto in ordine alle competenze regionali, di cui la stessa legge 220/2016, essendo per questa parte legge-quadro, si è incaricata.

Bisogna premettere che la normativa pregressa, almeno quella antecedente la riforma costituzionale del Titolo V del 2001⁶⁹, non ha lasciato lo spazio dovuto alle Regioni: mentre nella l.

⁶⁵ Si tenga presente che l'art. 8 della l. 220/2016 prevede che lo Stato può dichiarare un interesse culturale particolarmente importante nei confronti di sale cinematografiche e sale d'essai, così da diventare beni culturali su cui poter esercitare la tutela disciplinata dal d.lgs. 42/2004 (c.d. Codice Urbani). Sempre a seguire l'art. 8, anche le Regioni possono introdurre previsioni dirette a determinare la non modificabilità della destinazione d'uso delle medesime sale cinematografiche e sale d'essai.

⁶⁶ La cui istituzione risale alla l. 438/1973, trasformata dal d.lgs. 19/1998 in persona giuridica privata (su cui R. ZACCARIA, *Cinematografia*, cit., 40 e R. ZACCARIA, S. STELLA, *op. cit.*, 9) ed il cui compito principale è quello di organizzare ogni anno la mostra del cinema di Venezia. Permane l'attività di controllo della Corte dei conti, la contribuzione ordinaria dello Stato, la vigilanza del Mibac.

⁶⁷ Che continua a gestire la Cineteca nazionale: cfr. l'art. 7, l. 220/2016 relativamente alle funzioni dell'istituzione.

⁶⁸ L'art. 27, c. 3, alla lett. d) fa anche riferimento al Museo nazionale del cinema Fondazione Maria Adriana Prolo-Archivi di fotografia, cinema ed immagine che ha sede presso la Mole Antonelliana di Torino, i cui soci fondatori sono costituiti da enti pubblici e privati: Regione Piemonte, Città di Torino, Città metropolitana di Torino, Compagnia di San Paolo, Fondazione CRT, Associazione Museo Nazionale del Cinema, GTT (Gruppo Trasporti Torino). E fa anche riferimento alla Fondazione Cineteca di Bologna che è un'autonoma istituzione del comune di Bologna.

A tutte le istituzioni private controllate dal settore pubblico, citate nel testo e nella presente nota, l'art. 27, c. 3, l. 220/2016 ha assegnato un sostegno finanziario a carico del Fondo per il cinema e l'audiovisivo di cui all'art. 13 della medesima legge, giustificandolo come attività promozionale.

⁶⁹ Se nella normativa pregressa si considerano anche le norme chiamate a far decollare il regionalismo, basta verificare a) l'art. 49 del d.p.r. 616/1977 per constatare che esso rinvia l'individuazione delle competenze regionali in materia ad una legge di riforma dei settori di prosa, musicali e cinematografici; ciononostante, le Regioni, attuando direttamente gli artt. 9 e 33 Cost., hanno prodotto leggi di carattere finanziario anche di cineteche regionali e locali, leggi con interventi di carattere didattico-informativo rivolte alle scuole e alle realtà locali, leggi dirette a organizzare spettacoli e manifestazioni (ZACCARIA R., *op. cit.*, 50-51, ZACCARIA R., STELLA S., *op. cit.*, 12) e b) l'art. 156 del d.lgs. 112/1998, il quale, in linea con lo schema sussidiario del decreto, individua i compiti di rilievo nazionale in materia di spettacolo

1213/1965 addirittura non c'è traccia⁷⁰, all'art. 15 del d.l. 26/1994 si prevede soltanto un "coordinamento fra gli interventi dello Stato e gli interventi delle Regioni e degli enti locali" da essere svolto dall'autorità competente in materia di spettacolo (allora il Dipartimento per lo spettacolo nelle more dell'istituzione del Ministero dei beni e delle attività culturali-Mibac) nell'ambito della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano e da essere attuato «attraverso accordi di programma, stipulati previo parere della Commissione centrale per la cinematografia».

Con la riforma costituzionale del 2001, stante la previsione espressa nell'art. 117, c. 3, Cost. della materia «promozione e organizzazione di attività culturali», nell'ambito della quale – come assodato – si colloca l'attività cinematografica, bisogna riconoscere che, effettivamente, l'art. 19, c. 6, del d.lgs. 28/2004, non a caso rubricato «Promozione delle attività cinematografiche», ha tenuto conto dell'importante modifica della Costituzione intervenuta soltanto poco tempo prima, prevedendo che «Le Regioni, le Province e i Comuni possono attivare specifiche iniziative di sostegno alle produzioni cinematografiche che vengono realizzate nei territori di propria competenza». Circa l'autorizzazione all'apertura delle sale cinematografiche di cui ora, ai sensi dell'art. 22 del d.lgs. 28/2004, si debbono occupare le Regioni si rinvia a quanto già osservato nelle pagine precedenti⁷¹. Su questa normativa vi è soltanto da aggiungere che la Corte costituzionale, con sent. 285/2005, in ossequio al principio della leale collaborazione, ha dichiarato costituzionalmente illegittimi quegli articoli nella parte in cui lo Stato non aveva previsto il coinvolgimento delle Regioni, in Conferenza Stato-Regioni, con opportune intese, su profili normativi e programmatori della materia assegnati ad organi statali⁷².

Nelle more dell'emanazione della l. 220/2016, le Regioni sulla materia hanno tuttavia operato sostanzialmente sul fronte del sostegno finanziario, istituendo ad es. il Fondo unico regionale per lo spettacolo, il Fondo di garanzia, il Fondo di rotazione, i *Film fund* affidati alle *Film commission*⁷³.

Venendo allora alla l. 220/2016, dalla sua lettura non si ricava tuttavia la sensazione che in essa si siano delineati principi fondamentali relativamente alla promozione ed organizzazione delle attività cinematografiche, come ci si sarebbe aspettato in considerazione dell'esplicito richiamo all'art. 1 della legge all'art. 117 Cost., c. 3. Infatti, all'art. 3, rubricato «Principi», non pare proprio di poter identificare i principi fondamentali dedicati soltanto alle Regioni, come è normale che sia nell'ambito di una potestà legislativa concorrente, bensì vi si ritrovano obiettivi/valori generali (lett. a-h) rivolti a tutti i soggetti pubblici che in qualche modo vengono ad interagire con il settore dell'industria cinematografica, cui la legge è dedicata. Per fare qualche esempio: è indubitabile che

(compreso il cinema) come riserva di competenza statale (cfr. *sub* nt. 55), dovendo così applicare la clausola residuale per cui ogni altra competenza avrebbe dovuto appartenere alle Regioni (a statuto ordinario). Una competenza che in questa fase va sicuramente citata è la costituzione delle *Film Commission*, generalmente nate dalla collaborazione Regione-enti locali con l'assunzione della forma di fondazioni senza scopo di lucro; la maggior parte di esse sono poi state assorbite dalle rispettive Regioni pubblicizzandole. Le *Film Commission* hanno come scopi la promozione del territorio anche in termini di rilancio economico, la valorizzazione delle professionalità artistiche e tecniche locali, ma soprattutto l'offerta di servizi a livello locale agli operatori nel settore delle produzioni cinematografiche (R. ZACCARIA, S. STELLA, *op. loc. cit.*). Se tutto ciò è inconfutabile, è non meno vero che il legislatore statale, in materia di cinematografia ha cercato di trattenere su di sé la stragrande maggioranza delle competenze, e le leggi statali specifiche del settore di cui si tratta nel testo lo testimoniano ampiamente.

⁷⁰ Se si eccettua l'art. 53 che si occupa della «Commissione apertura sale Regione sarda», un tema molto specifico con il solo riferimento alla Regione speciale della Sardegna.

⁷¹ V. al par. 7.1, il punto (b).

⁷² Per approfondimenti dottrinari sulla materia fino a questo punto della normativa, si rinvia a A. IUNTI, *L'intervento delle regioni nel settore cinematografico*, in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), n. 1/2006 e ad A. CONTALDO, *Le competenze legislative e amministrative delle Regioni per il settore cinematografico: dinamiche e problematiche in campo*, in *Il dir. d'autore*, n. 1, 2012, 22 ss.

⁷³ Sul punto A. IUNTI, *passim* e A. SAU, *La legge n. 220 del 2016: quale spazio per le autonomie locali?*, in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), n. 1/2018, 2. Sulle *Film Commission* si rimanda alla nt. 69.

ogni singolo soggetto pubblico debba garantire il pluralismo dell'offerta cinematografica e audiovisiva (lett. a), dato che il pluralismo ideologico è un principio fondamentale della Costituzione. Come è cosa certa che la fruizione del cinema (inteso come opera d'arte) (lett. g) sia l'obiettivo dell'intervento pubblico, se è vero che quest'ultimo sia finalizzato alla promozione umana, secondo ancora una volta un principio fondamentale della Costituzione.

Invero, la norma dedicata alle Regioni è l'art. 4 della l. 220/2016, anche se il legislatore non evidenzia in maniera precisa i relativi principi fondamentali, lasciando all'interprete la loro enucleazione. A prima lettura si ha motivo di ritenere che un primo principio sia deducibile dal c. 2 dell'art. 4, nella misura in cui lo Stato chiede alle Regioni di promuovere il patrimonio artistico del cinema attraverso progetti di catalogazione, digitalizzazione e conservazione, anche a fini educativi e culturali, del patrimonio filmico e audiovisivo. Si direbbe che tale principio si ponga in sintonia con le attività di tutela e valorizzazione dei beni culturali (oramai anche di opere contemporanee⁷⁴) di cui alla vigente legislazione, in specie il Codice Urbani.

Un secondo principio, anche se in linea di continuità con la normativa precedente, potrebbe essere quello di cui ai cc. 3 e 4 collegabile alla figura delle *Film Commission*, attraverso cui la Regione favorisce la promozione del territorio, per il tramite delle opere audiovisive, sul piano economico, culturale e linguistico. Alle *Film Commission* non si manca di riaffidare la gestione di appositi fondi di sostegno economico al settore derivanti anche da fondi europei⁷⁵. Vi sarebbe un ultimo principio secondo cui le Regioni sostengono l'imprenditoria cinematografica e audiovisiva attraverso convenzioni con il sistema bancario, per favorire l'accesso al credito a tasso agevolato.

Rispetto alla corposità della legge e alla sua nuova strutturazione relativa agli istituti di intervento statale diretto ed indiretto sintetizzati in precedenza, non pare che lo spazio lasciato alle Regioni sia minimamente paragonabile. Infatti, come è possibile pensare di poter mettere a confronto le *Film Commission* (quando queste possono essere considerate organi di intervento regionale diretto⁷⁶) con l'apparato dell'industria cinematografica di Stato, rimasto ancora molto influente?

Si vuol dire che - a parte il primo principio fondamentale volto a tutelare il patrimonio filmico locale, la memoria culturale del passato, su cui non si può che essere d'accordo -, se è ben vero che l'intervento regionale in materia di cinema è stato salutato positivamente in termini di ulteriore sostegno finanziario rispetto a quello statale, che nel settore non è mai abbastanza⁷⁷, liquidare la competenza concorrente costituzionalmente prevista («promozione e organizzazione di attività culturali») con forme di sostegno soprattutto di carattere finanziario - cui ricondurre il secondo ed il terzo principio fondamentale sopra evocati -, sembra decisamente troppo poco in confronto alle potenzialità di attività culturali regionali e locali connesse col cinema.

Nell'ipotesi in cui, come è stato sostenuto in dottrina⁷⁸, la l. 220/2016 sia stata pensata proprio in termini di sostegno economico-finanziario al settore, finalità cui anche le competenze regionali dovrebbero pertanto ispirarsi, data la natura concorrente di tali ultime competenze, non c'è dubbio che il legislatore statale dovrà quanto prima provvedere ad emanare una legge-quadro capace di individuare principi fondamentali idonei a favorire uno sviluppo territoriale del cinema da costruire su basi più solide.

⁷⁴ V. ad es. le opere di cui alla lett. d), art. 11, d.lgs. 4/2004 (Codice Urbani).

⁷⁵ Sulle *Film Commission* è stato emanato il d.m. 25 gennaio 2018 volto a dare indirizzi più precisi circa la gestione di fondi di sostegno economico al settore audiovisivo, stanziati tramite le Regioni.

⁷⁶ Su questa qualificazione v. A. IUNTI, *op.cit.*, 7.

⁷⁷ Considerazioni generalizzate in tutti i lavori confrontati relativamente al tema delle competenze regionali in materia di industria cinematografica, citati in questo scritto.

⁷⁸ L. CASINI, *op. cit.*, 4.

3. Conclusioni

Nel terzo millennio in cui siamo entrati da quasi vent'anni, contrassegnato da un mercato globalizzato, ha ancora senso una conformazione pubblicistica, soprattutto statale, nei confronti dell'industria cinematografica? Ha senso, in particolare, contrapporre la difesa della cinematografia come espressione culturale con la tutela della concorrenza fra imprese cinematografiche? Avrebbe forse più senso, oggi come oggi, lasciare il settore alla concorrenzialità del mercato per consentire la libera custodia e la libera crescita di valori culturali, di innovazione tecnologica, economici di cui il cinema è importante veicolo⁷⁹?

E' stato osservato che, in realtà, il sostegno pubblico al cinema, specie attraverso il finanziamento, è nato proprio per correggere il c.d. fallimento del mercato, in quanto la libera concorrenza non è capace di per sé di tutelare alcuni interessi della collettività, specie quelli più deboli. Tanto che se si lascia il settore del cinema al libero mercato, quasi certamente verranno premiati i prodotti cinematografici più commerciali e con grande successo di pubblico, rispetto a prodotti di qualità, di interesse più culturale che economico. Pertanto, l'intervento pubblico a sostegno della produzione, della distribuzione e dell'esercizio, andrebbe soprattutto ai c.d. film meritori, sul piano culturale e artistico⁸⁰.

E' infatti su questa lunghezza d'onda che è stato impostato il modello costituzionale analizzato nella Sez. I del presente lavoro. Pertanto, se la promozione pubblica non solo è costituzionalmente legittima, ma costituisce persino principio fondamentale cui tutte le autorità politiche debbono subordinarsi, nella misura in cui l'intervento pubblico si giustifica in nome del perseguimento dell'uguaglianza sostanziale, dovendo perciò essere di tipo indiretto, che senso ha mantenere ancora forme di intervento diretto, come l'organizzazione cinematografica che fa fondamentalmente capo allo Stato, come più sopra dimostrato? La l. 220/2016, in fondo, che punta molto su istituti promozionali indiretti introduce però forme che, rispetto al passato, variano più sul piano quantitativo che qualitativo, permanendo così una forte conformazione pubblicistica statale.

Se dall'intervento pubblico, secondo il nostro ordinamento repubblicano, non si può prescindere, ma in considerazione del fatto che il settore cinematografico è ontologicamente privato, forse bisognerebbe cercare di far parlare di più e meglio tutti gli *stakeholders* con un linguaggio comune capace di rilanciare un'arte che a tutt'oggi non ha ancora trovato la migliore maniera per esprimersi senza cadere in gravi crisi economiche che a lungo andare non lasciano scampo al suo fallimento.

Privarsi del cinema sarebbe come a dire privarsi della nostra cultura, se non addirittura cancellare parte della nostra vita, rappresentata da questa insostituibile espressione artistica. Perciò non ci si può permettere che ciò avvenga.

⁷⁹ Tale ultimo quesito, ma in termini affermativi, se lo pone anche M. PERRINO, *op. cit.*, 431. Su questo punto v. altresì G. MANZOLI, *La riforma del settore cinematografico e audiovisivo. Molto rumore per nulla? Il decreto legislativo in materia di promozione delle opere europee ed italiane da parte dei fornitori di servizi di media audiovisivi*, in *Aedon* (<http://aedon.mulino.it/>), n. 1, 2018, 5

⁸⁰ In questo senso M. CUCCO, *op. cit.*, 504, ma anche G. ENDRICI, *op. cit.*, 2, la quale aggiunge che elementi di distorsione della concorrenza sono anche «gli squilibri derivanti dalle grandi trasformazioni avutesi nel settore dell'esercizio, con l'esplosione delle sale multiplex», ma non di meno «l'eccessivo numero di film finanziati, superiore alla capacità di assorbimento del mercato. E il dato del finanziamento di un cospicuo numero di film destinati a non andare mai in sala». A fronte di ciò, l'intervento pubblico è stato soprattutto utile come sostegno alla digitalizzazione, che ha portato a consistenti tagli ai costi di produzione, oltre a portare a nuove prospettive di facilitazione all'accesso dei prodotti cinematografici. Ma, appunto, si parla di un contesto di intervento diretto, costituzionalmente ammesso e auspicato.

CARLO COLAPIETRO
Diritto alla riservatezza e principi di pubblicità e trasparenza:
quale bilanciamento?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli obblighi di pubblicazione e la protezione dei dati personali. – 3. La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale. – 3.1. La questione relativa alla doppia pregiudizialità. – 3.2. La questione relativa al bilanciamento tra trasparenza e *privacy*. – 3.3 Il ragionamento della Corte costituzionale. – 4. Prospettive *de iure condendo*.

1. *Premessa*.

La trasparenza non rappresenta un'istanza antinomica (come spesso si crede) rispetto alla *privacy*, trattandosi di due principi entrambi essenziali per mantenere in buona salute la vita democratica di uno Stato, che nell'ordinamento italiano ed in quello eurounitario hanno subito una parallela (anche se non analoga) evoluzione, contribuendo a rafforzare il sistema democratico.

È bene ricordare, del resto, che secondo la concezione di Westin¹, la dittatura è il sistema in cui l'individuo è completamente trasparente e l'azione dello Stato è coperta dalla massima riservatezza, mentre la democrazia è il sistema in cui l'azione dello Stato è ispirata al massimo livello di trasparenza e l'individuo è protetto dal massimo livello di *privacy* rispetto alle informazioni che lo riguardano.

Tuttavia, la normativa sulla trasparenza comporta dei rischi per quanto riguarda la sfera di riservatezza dei singoli individui², dal momento che rendere pubblici o conoscibili determinati provvedimenti della pubblica amministrazione potrebbe incidere in maniera effettiva sul diritto alla *privacy* di taluni soggetti interessati da tali provvedimenti e, per questo motivo, in tutte le fonti da cui deriva la disciplina sulla trasparenza nell'ordinamento italiano v'è una forte attenzione all'aspetto della tutela della riservatezza e della protezione dei dati personali.

Nell'ordinamento italiano, la trasparenza³ è ormai comunemente intesa secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013, così come modificato dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 97 del 2016, e cioè come «come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle

¹ A. WESTIN, *Privacy and Freedom*, London, 1970, 23 ss.

² La letteratura sui rapporti tra trasparenza e *privacy* nell'ordinamento italiano è molto vasta: v., *ex plurimis*, A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018; D. U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 10/2018; C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, Napoli, 2016; L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, 2014; F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 8/2013; P. CANAPARO, *Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: i nuovi confini della trasparenza pubblica: il diritto di informazione indifferenziato e il diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa*, in *Giustamm.it*; 2013; F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI Milano, 2006.

³ Per una recente e completa ricostruzione della disciplina della trasparenza in Italia, con utili spunti di riflessione anche per quanto riguarda alcuni ordinamenti stranieri, cfr. A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, cit.

funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»⁴: tale forma di *full disclosure* può essere definita come la "terza generazione" della trasparenza amministrativa in Italia⁵.

Quella, infatti, che potremmo definire la via italiana alla conoscibilità dell'azione amministrativa – che ha condotto alla progressiva affermazione anche nel nostro ordinamento del principio generale della trasparenza amministrativa, ancora in attesa però di un esplicito ancoraggio costituzionale – è stata intrapresa dal nostro legislatore soltanto con l'approvazione della legge sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241), unanimemente riconosciuta come svolta fondamentale nella democratizzazione dei rapporti tra amministrazione e cittadini in termini di partecipazione e, soprattutto, di trasparenza, la quale ha nel *diritto di accesso ai documenti amministrativi*⁶ una delle più rilevanti manifestazioni.

Tuttavia, è soltanto con il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, il c.d. decreto trasparenza, che il principio della trasparenza amministrativa subisce una vera e propria "mutazione genetica", si configura come accessibilità totale a tutta una serie di informazioni relative tendenzialmente ad ogni aspetto dell'azione e dell'organizzazione delle amministrazioni, al fine di realizzare proprio quelle «forme diffuse di controllo» (art. 11, comma 1, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150) da sempre precluse all'accesso documentale. Questa "nuova" trasparenza non si configura ancora, però, attraverso un generale dovere di pubblicità, bensì attraverso la previsione per legge di una serie ampia, ma puntuale, di *obblighi di pubblicazione*.

La recente adozione del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 segna nel nostro ordinamento un'ulteriore tappa nel cammino della trasparenza amministrativa in Italia⁷. La nuova normativa persegue il duplice obiettivo di razionalizzare gli obblighi informativi previsti dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e di ampliare lo spettro di conoscibilità dell'azione amministrativa, attraverso il riconoscimento di un *diritto di accesso civico generalizzato al patrimonio informativo pubblico*, secondo il modello del *Freedom of Information Act* di matrice statunitense⁸.

⁴ Sul punto si veda P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla c.d. E-democracy)* in *Dir. inf.*, n. 3/2003, 465 ss., il quale mette in luce, in alcuni passaggi, il ruolo dell'accesso alle informazioni sull'attività dei poteri pubblici – favorito dalle potenzialità della Rete – per garantire un maggiore controllo dei consociati. In particolare, secondo l'Autore, «la dimensione dell'accessibilità si incentrerebbe sulla possibilità offerta ad ogni cittadino di conoscere atti e attività dei pubblici poteri, comportando come correttivo al tradizionale apporto con le istituzioni rappresentative non tanto la conoscibilità non mediata della decisione politica, quanto la possibilità di ricostruirne "in tempo reale" le vicende formative e di identificarne al possibile gli autori o, se si vuole, i responsabili». Per alcune successive riflessioni sul tema, cfr. ID., *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Dir. inf.*, n. 1/2011, 19 ss.

⁵ Cfr. C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, cit.

⁶ Per un'ampia ricostruzione cfr., *ex plurimis*, M. A. SANDULLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: l'attualità di un istituto a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, in C. COLAPIETRO (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, 39 ss.; F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, 2000; C. E. GALLO, S. FOÀ, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl. Agg. IV*, Torino, 2000.

⁷ Cfr. C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *Il cammino della trasparenza in Italia: una prospettiva di partecipazione e legittimazione*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, cit., 117 ss.

⁸ Con riferimento al FOIA, si rinvia, da ultimo, ad A. MARCHETTI, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma Madia: anche l'Italia ha adottato il proprio Foia? una comparazione con il modello statunitense*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 10/2017; e, già prima, a G. F. FERRARI, *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni*, in G. ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991. La particolarità di questo tipo di accesso risiede nella garanzia derivante dal poter prendere conoscenza delle informazioni incontrando il solo limite delle *exemptions* tassativamente indicate. Ciò che viene tutelato è dunque il *right to know*, e cioè il diritto di conoscere le informazioni provenienti dall'Amministrazione. Si può rinvenire la stessa *ratio* nell'art. 1, sezione 5 della Costituzione degli Stati Uniti d'America, ove è stabilito: «Each

È stato così sancito il passaggio dal *need to know*, sancito dalla l. n. 241/1990 al *right to know* di cui al d. lgs. n. 33/2013, così come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, nell'ottica di una "sorta di rivoluzione copernicana" in atto nella Pubblica Amministrazione⁹.

Ad ogni modo, non si può considerare la trasparenza come un valore assoluto, non soggetto al bilanciamento con altri diritti e valori costituzionali. Lo stesso art. 1 del d.lgs. n. 33/2013 dichiara, infatti, al comma 2, che esistono dei limiti alla trasparenza in funzione di altri interessi protetti dall'ordinamento, sia di natura pubblica (come quelli che si evincono dalle "disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico"), che di natura privata (come quelli appunto "in materia di protezione dei dati personali"). Con particolare riguardo a questi ultimi, non si può non tener conto che, d'altro canto, le normative sulla protezione dei dati che si sono avvicinate in Italia hanno sempre fissato garanzie particolare per i trattamenti effettuati in ambito pubblico, anche al fine di bilanciare nella maniera più corretta le esigenze di trasparenza dell'Amministrazione e di *privacy* dei cittadini.

2. Gli obblighi di pubblicazione e la protezione dei dati personali.

Oltre alle questioni relative all'accesso, le pubbliche amministrazioni italiane devono affrontare anche un altro ordine di problemi legati al rapporto tra trasparenza e *privacy*, ossia quelli relativi agli obblighi di pubblicazione.

Occorre preliminarmente osservare che il Regolamento 2016/679 ha comportato un cambio di prospettiva nell'inquadrare la disciplina dei trattamenti effettuati dalle pubbliche amministrazioni, in quanto, in costanza della nuova normativa europea, è la finalità per la quale viene effettuato il trattamento e non la natura dell'ente che lo effettua a qualificare il trattamento come "pubblico"¹⁰. Nel Regolamento e, di conseguenza, nel Codice novellato, infatti, non si fa più riferimento ai trattamenti effettuati dai "soggetti pubblici", bensì ai trattamenti «necessari per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento».

La circostanza che il trattamento dei dati avvenga in esecuzione di compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di pubblici poteri integra, alla stregua dell'art. 6 del Regolamento, una condizione di liceità del trattamento dei dati. Inoltre, il par. 3 dello stesso articolo, specifica che i compiti di interesse pubblico o i pubblici poteri esercitati dal titolare debbano essere fondate sul diritto dello Stato a cui è soggetto il titolare del trattamento e i trattamenti effettuati in virtù di essi

House shall keep a journal of its proceedings, and from time to time publish the same, excepting such parts as may in their judgment require secrecy; and the yeas and nays of the members of either House on any question shall, at the desire of one fifth of those present, be entered on the journal».

⁹ Cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Ad. Pl., 2 aprile 2020, n. 10, che rimanda testualmente a Consiglio di Stato, parere n. 515/2016. Eppure, in occasione della grave emergenza sanitaria causata dalla diffusione del COVID-19, l'art. 67, comma 3, del d. l. 17 marzo 2020, n. 18 c.d. "Cura Italia" ha sospeso le risposte delle pubbliche amministrazioni alle istanze di accesso documentale (legge n. 241/1990), civico e civico generalizzato (d.lgs. n. 33/2013) che non hanno carattere di "indifferibilità e urgenza" dall'8 marzo fino al 31 maggio 2020. È fuori da ogni dubbio che tale decisione sarà foriera di grande dibattito in futuro, riconducibile al tema della generale compressione dei diritti causata dalle misure emergenziali necessariamente adottate per far fronte alla crisi (per una prima ricostruzione giuridica relativa all'emergenza sanitaria del 2020 cfr. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 6/2020 e M. NOCCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), – paper, Focus – Osservatorio Emergenza Covid-19, n. 1/2020).

¹⁰ Cfr. sul punto G. MULAZZANI, *Il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 11 agosto 2018, n. 101*, Zanichelli, Bologna, 2019, 200 ss.

debbano avere come finalità la necessità di svolgere questi medesimi compiti o nell'esercitare tali poteri nell'interesse pubblico.

Del resto, secondo il considerando 154 del Regolamento, i dati personali «contenuti in documenti conservati da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico dovrebbero poter essere diffusi da detta autorità o organismo se la diffusione è prevista dal diritto dell'Unione o degli Stati membri cui l'autorità pubblica o l'organismo pubblico sono soggetti», ed in tal caso le «disposizioni legislative dovrebbero conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico con il diritto alla protezione dei dati personali e possono quindi prevedere la necessaria conciliazione con il diritto alla protezione dei dati personali», conformemente proprio al Regolamento.

La precedente versione del Codice *privacy* definiva, all'art. 4, comma 1, lett. m), la "diffusione" come «il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione». Ai sensi dell'art. 19, comma 3, i "soggetti pubblici" potevano procedere alla diffusione di dati personali unicamente se vi fosse stata una norma di legge o di regolamento che prevedesse questo tipo di trattamento.

La nuova versione del Codice *privacy*, come novellato dal d. lgs. n. 101/2018, specifica che la base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri è costituita esclusivamente da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento. Ciò denota un sostanziale irrigidimento della disciplina rispetto a quella previgente, dal momento che la norma di regolamento può essere considerata una base del trattamento dei dati solo quando vi sia una legge che lo preveda.

Con particolare riguardo al trattamento di diffusione, l'art. 2-ter, comma 4 del Codice novellato ha recuperato, mantenendola intatta, la definizione dell'art. 4 del vecchio Codice, abrogato dal d.lgs. n. 101/2018, proprio per poterla utilizzare con riferimento ai trattamenti in ambito pubblico ed il comma 3 dell'art. 2-ter stabilisce che «la diffusione di dati personali, trattati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, a soggetti che intendono trattarli per altre finalità» sono ammesse unicamente nell'ipotesi in cui vi sia una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento in proposito.

Nell'ordinamento italiano, la principale base giuridica dei trattamenti di diffusione di dati personali che vengono trattati per finalità di interesse pubblico o connesse all'esercizio di pubblici poteri è il d.lgs. n. 33/2013. Il c.d. decreto trasparenza, infatti, prevede una serie di casi in cui la Pubblica amministrazione ha l'obbligo di pubblicare dati, documenti e informazioni.

Ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 33/2013, nell'*home page* dei siti istituzionali deve essere presente una sezione denominata "Amministrazione trasparente" dalla quale il cittadino deve poter accedere a tali dati, documenti e informazioni o, comunque, un collegamento ipertestuale a tale sezione e le amministrazioni «non possono disporre filtri e altre soluzioni tecniche atte ad impedire ai motori di ricerca *web* di indicizzare ed effettuare ricerche» all'interno di essa. I dati vanno pubblicati tempestivamente e mantenuti *online* per cinque anni.

Come nella disciplina della protezione dati personali, nell'ambito della quale vige il principio di "esattezza", così anche in quella della trasparenza si pone attenzione sulla garanzia degli aspetti qualitativi dei dati trattati. Ai sensi dell'art. 6, le pubbliche amministrazioni sono infatti tenute a garantire che le informazioni riportate nei siti istituzionali siano valide dal punto di vista qualitativo, sia per quanto riguarda l'integrità, che per quanto concerne «il costante aggiornamento, la completezza, la tempestività, la semplicità di consultazione, la comprensibilità, l'omogeneità, la facile accessibilità, nonché la conformità ai documenti originali in possesso dell'amministrazione,

l'indicazione della loro provenienza e la riutilizzabilità» (il riutilizzo di dati, informazioni e documenti è, del resto previsto, dall'art. 7 del d.lgs. n. 33/2013)¹¹.

Al fine di chiarire in quali casi si debba procedere alla pubblicazione (onde evitare che i soggetti tenuti agli obblighi di pubblicazione non incorrano in sanzioni), nel 2014 il Garante per la protezione dei dati personali e l'Autorità nazionale anticorruzione hanno emanato le «Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul *web* da soggetti pubblici e da altri enti obbligati», le quali chiariscono una serie di aspetti relativi sia agli obblighi di pubblicazione, sia ai tempi di conservazione, che all'indicizzazione nei motori di ricerca, nonché ai limiti riutilizzo dei dati pubblicati.

Invero, molteplici sono i casi in cui, alla stregua della disciplina del d.lgs. n. 33/2013, la pubblica amministrazione deve mettere a disposizione dei cittadini determinati dati, informazioni e documenti. Nel novero degli obblighi di pubblicazione rientrano, infatti, informazioni di varie categorie, tra le quali vi sono quelle relative all'organizzazione e all'attività delle pubbliche amministrazioni.

In particolare, tra le informazioni appartenenti a questo *genus* rilevano specialmente le informazioni concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali, la cui pubblicazione nei siti istituzionali, secondo quanto stabilisce al comma 2 l'art. 7-*bis* del decreto trasparenza, è «finalizzata alla realizzazione della trasparenza pubblica, che integra una finalità di rilevante interesse pubblico nel rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali».

Sono proprio alcune questioni sorte intorno agli obblighi di pubblicazione previsti dall'art. 14 (in particolare al comma 1-*bis*, laddove concerne i titolari di incarichi dirigenziali) che hanno dato luogo alla sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale.

Secondo il dettato dell'art. 14 del d.lgs. n. 33/2013 precedente all'intervento della Corte costituzionale veniva previsto che lo Stato, le regioni e gli enti locali pubblicassero una serie di documenti e informazioni¹² relativi, alla stregua del comma 1-*bis*, non solo ai titolari di incarichi politici, ma anche a tutti i titolari di incarichi o di cariche di direzione o di governo nell'amministrazione, salvo che siano attribuiti a titolo gratuito, ed ai titolari di incarichi dirigenziali, conferiti a qualsiasi titolo, inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione.

Un altro profilo sui quali sono stati sollevati dei dubbi di costituzionalità è la previsione dell'art. 14, comma 1-*ter*, secondo cui ciascun dirigente comunica all'amministrazione presso la quale presta servizio gli emolumenti complessivi percepiti a carico della finanza pubblica e l'amministrazione pubblica sul sito istituzionale l'ammontare complessivo dei suddetti emolumenti per ciascun dirigente¹³. Le pubbliche amministrazioni sono tenute a pubblicare i dati di cui sopra entro tre mesi

¹¹ A ben vedere, si tratta di una di quelle ipotesi in cui la tecnologia può svolgere il ruolo di "precondizione democratica", come la definisce P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla c.d. E-democracy)*, cit., dal momento che, in questo modo, si avvantaggia «il dibattito e il controllo democratico sull'esercizio del potere». Difatti, prosegue l'Autore, «non v'è del resto alcun pregiudiziale motivo per dubitare che grazie ad una simile virtuosa sinergia il rapporto tra cittadini e rappresentanti esce in varia misura positivamente riconfigurata».

¹² Atto di nomina con l'indicazione della durata dell'incarico; CV; compensi connessi all'assunzione della carica; importi di viaggi e missioni pagati con fondi pubblici; i dati relativi all'assunzione di altre cariche; incarichi con oneri a carico della finanza pubblica e compensi spettanti; copia dell'ultima dichiarazione dei redditi soggetti all'IRPEF, con obblighi estesi al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado, ove gli stessi vi abbiano consentito e salva la necessità di dare evidenza al mancato consenso.

¹³ Inoltre, è stabilito anche che negli atti di conferimento di incarichi dirigenziali e nei relativi contratti vengano riportati gli obiettivi di trasparenza, finalizzati a rendere i dati pubblicati di immediata comprensione e consultazione

dalla elezione, dalla nomina o dal conferimento dell'incarico e devono mantenerli in rete per i tre anni successivi dalla cessazione del mandato o dell'incarico dei soggetti, eccezion fatta per le informazioni concernenti la situazione patrimoniale e la dichiarazione del coniuge non separato e dei parenti entro il secondo grado, che vengono pubblicate fino alla cessazione dell'incarico o del mandato; decorsi tali termini si può in ogni caso fare istanza di accesso ai sensi dell'art. 5¹⁴.

3. La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale.

Proprio con riferimento ai commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 14, del d.lgs. n. 33/2013 sono stati sollevati dei dubbi di costituzionalità dal TAR Lazio (ord. n. 9828/2017)¹⁵.

Con la sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima la norma, inserita in occasione della Riforma Madia «con un inaspettato colpo di penna dell'ultimo momento», che poneva in capo a tutti i titolari di incarichi dirigenziali a qualsiasi titolo conferiti, compresi quelli attribuiti discrezionalmente senza procedure pubbliche di selezione, gli obblighi di pubblicazione riferiti alla loro situazione patrimoniale., ricomprendendo nell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 14 del d. lg. 33/20133 tutti i dirigenti pubblici, anziché solo le categorie dirigenziali apicali, come i Segretari generali, i Direttori generali ed i Capi Dipartimento, di cui all'art. 19, commi 3 e 4 del d. lgs. n. 165/2001¹⁶.

Tuttavia, prima di entrare nel merito della questione, non è possibile non soffermarsi preliminarmente, pur non costituendo il tema centrale della pronuncia, sulle considerazioni svolte dalla Corte in ordine proprio all'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Lazio.

3.1. La questione relativa alla doppia pregiudizialità.

La sentenza n. 20 del 2019 rappresenta, infatti, una delle recenti tappe del processo di riaccentramento operato dal nostro Giudice costituzionale. Si tratta, è bene sottolinearlo, di uno (dei

per il cittadino, con particolare riferimento ai dati di bilancio sulle spese e ai costi del personale, da indicare sia in modo aggregato che analitico.

¹⁴ La mancata o incompleta comunicazione delle informazioni e dei dati di cui all'art. 14 – concernenti la situazione patrimoniale complessiva del titolare dell'incarico al momento dell'assunzione in carica, la titolarità di imprese, le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado, nonché tutti i compensi cui da diritto l'assunzione della carica – comporta, alla stregua dell'art. 47, comma 1 del decreto trasparenza, una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 Euro a carico del responsabile della mancata comunicazione e il relativo provvedimento è pubblicato sul sito internet dell'amministrazione o organismo interessato. Con la Riforma Madia è stato aggiunto che la sanzione di cui al comma 1 si applica anche nei confronti del dirigente che non effettua la comunicazione ai sensi dell'articolo 14, comma 1-*ter*. Il comma 3 dell'art. 47 stabilisce, infine, che le sanzioni di cui al comma 1 vengano irrogate dall'Autorità nazionale anticorruzione, la quale disciplina con proprio regolamento, nel rispetto delle norme previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, il procedimento per l'irrogazione delle sanzioni (sul punto sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, *Il nuovo quadro sanzionatorio per le violazioni del diritto alla protezione dei dati personali: considerazioni critiche*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI, F. F. TUCCARI (a cura di), *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative nel sistema di prevenzione della corruzione, in materia di trasparenza e di tutela della privacy*, Giuffrè, Milano, 2020 (in corso di pubblicazione)).

¹⁵ Per una ricostruzione delle argomentazioni addotte dal TAR Lazio si veda S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale è chiamata a giudicare la disciplina dell'accesso civico generalizzato* (Nota a ordinanza n. 9828/2017 del Tar Lazio), in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 21/2017.

¹⁶ Cfr. A. CORRADO, *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 5/2019.

tanti) dei fenomeni di ricentralizzazione del giudizio sulle leggi in atto, come ben emerso dall'ultimo convegno del Gruppo di Pisa dedicato al tema¹⁷.

Nello specifico, con questa decisione in tema di protezione dei dati personali, per la prima volta la Corte costituzionale dà concreta applicazione alla regola introdotta dal *Considerato in diritto* n. 5.2 della sentenza n. 269 del 2017¹⁸, ove era stata delineata una "deroga"¹⁹ all'usuale riparto di competenze con i giudici comuni, cristallizzato nell'ordinamento italiano sin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 170/1984 e fino al 2017 mai messo in discussione²⁰.

Com'è noto, infatti, tradizionalmente, al fine di garantire il primato del diritto europeo, si riconosce al giudice comune il potere/dovere di non applicare le disposizioni nazionali in contrasto con la normativa europea immediatamente applicabile (*self-executing*), residuando alla Corte costituzionale la possibilità di dichiarare l'illegittimità costituzionale di una disposizione nazionale solo laddove in contrasto con le direttive o con altre fonti non immediatamente applicabili.

L'impostazione della sentenza Granital – Simmenthal della Corte di giustizia del 1978 si è riflessa per molti anni sulla giurisprudenza costituzionale relativa alle questioni doppiamente pregiudiziali, ossia quei casi in cui la disposizione nazionale è oggetto di dubbi di compatibilità tanto con il dettato costituzionale, quanto con la disciplina europea.

Infatti, fino all'epoca più recente, nel giudizio in via incidentale la Corte costituzionale ha sempre dichiarato l'inammissibilità delle questioni prospettate nel caso in cui fosse prospettata l'illegittimità della disposizione anche alla luce dei parametri europei. Quest'impostazione è stata inizialmente messa in crisi dall'ord. n. 207/2013, con la quale la Corte costituzionale si è rivolta (per la prima volta) al Giudice di Lussemburgo nell'ambito di un giudizio in via incidentale. L'indubbia importanza di quella decisione, però, risultava circoscritta dal fatto che il giudizio costituzionale si fondava sul

¹⁷ Il riferimento è al Convegno "Il sistema "accentrato" di costituzionalità", tenutosi il 25 ottobre 2019 presso l'Università degli Studi di Pisa.

¹⁸ Com'è noto, la decisione ha dato luogo ad una produzione scientifica alluvionale: si rinvia, *ex multis*, ad A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euorunitario 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* (www.diritticomparati.it), n. 3/2017; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 18 dicembre 2017; A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 18 dicembre 2017; G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 25 gennaio 2018; ID., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), n. 2/2018; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, su *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 3/2018; A.O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 1° febbraio 2018; A. ANZON DEMMING, *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* (www.forumcostituzionale.it), 28 febbraio 2018; si vedano anche le più ampie riflessioni contenute nella tesi di dottorato di ricerca di S. BARBARESCHI, *Accentramento e diffusione del giudizio di costituzionalità. Un'analisi delle recenti tendenze centripete della Corte costituzionale italiana alla luce delle potenzialità applicative derivanti dall'incremento e dalla struttura delle disposizioni a tutela dei diritti fondamentali*, discussa il 26 febbraio 2020 presso l'Università di Roma "Sapienza" (capp. III e IV).

¹⁹ Cfr. R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2018, 2226 ss.

²⁰ Per una ricostruzione della granitica giurisprudenza costituzionale antecedente alla svolta del 2017, si rinvia al prezioso scritto di A. PACE, *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, Relazione al Seminario "Diritto comunitario e diritto interno", tenutosi presso la Corte costituzionale il 20 aprile 2007, disponibile sul sito dell'Associazione dei Costituzionalisti (www.associazionedeicostituzionalisti.it).

contrasto con una direttiva, ovverosia dal fatto che la Corte costituzionale avesse proceduto al rinvio nell'esercizio di competenze proprie mai messe in dubbio.

L'*obiter* della sentenza del 2017, invece, ha una portata dirimpente, in quanto la Corte costituzionale afferma la propria competenza a pronunciarsi *in via prioritaria* rispetto alla Corte di giustizia nel caso in cui il giudice *a quo* dubiti contestualmente della legittimità di una disposizione alla luce del dettato costituzionale e della Carta di Nizza. In dottrina si è giustamente sottolineato che con questa novità si sostituisce al consueto criterio di ripartizione dei compiti con il giudice comune, fondato sull'efficacia delle norme europee, un criterio «assiologico-sostanziale», ossia relativo all'oggetto (i diritti fondamentali) delle disposizioni (indipendentemente dal carattere *self-executing*)²¹.

Le motivazioni alla base dell'inversione dell'ordinario criterio di risoluzione delle questioni doppiamente pregiudiziali sono sostanzialmente due: la prima risiede nella parificazione della Carta dei diritti fondamentali alle fonti di diritto originario dell'Unione europea, a seguito Trattato di Lisbona (art. 6 TUE); la seconda, corollario di quella poc'anzi detta, fa leva nel "contenuto tipicamente costituzionale" delle disposizioni della Carta di Nizza, così che la non applicazione sulla base di queste «trasmoda inevitabilmente in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità»²².

Infine, la Corte costituzionale si è riservata la possibilità di utilizzare sia i parametri costituzionali interni che quelli europei, alla stregua degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., secondo l'ordine ritenuto di volta in volta più appropriato.

La Corte costituzionale però, com'è noto, giustifica il proprio *revirement* sulla base della stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, che – nelle sentenze *Melki e Abdeli* (2010) e *A. c. B.* (2014) – aveva "permesso" la posticipazione del giudizio europeo a quello costituzionale al ricorrere di alcune condizioni e, segnatamente, purché al giudice comune fosse consentito procedere alla disapplicazione sulla base delle disposizioni della Carta di Nizza all'esito del giudizio sulle leggi²³.

Proprio il tema dei margini di manovra spettanti al giudice nazionale a seguito di una pronuncia di infondatezza è stato al centro delle speculazioni della dottrina costituzionalistica e della giurisprudenza comune (si veda l'ordinanza c.d. Bolognesi della Corte di cassazione)²⁴, che in particolare si sono interrogate sia sulla possibilità di procedere al rinvio alla Corte di giustizia, nonostante l'incostituzionalità della norma interna per contrasto con la Carta di Nizza fosse stata esclusa dal Giudice delle leggi, sia sulla possibilità di procedere alla disapplicazione delle disposizioni

²¹ A. RUGGERI, *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)*, cit., 6.

²² Cfr. *Considerato in diritto* n. 5.2 della sent. n. 269 del 2017.

²³ La Corte di giustizia aveva affermato la possibilità per i giudici di ricorrere al Giudice costituzionale purché restassero liberi «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione» (tra le altre, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quinta sezione, sentenza 11 settembre 2014, nella causa C-112/13 A contro B e altri; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*).

²⁴ Con l'ordinanza Bolognesi del 16 febbraio 2018 la Corte di cassazione si conforma alla regola contenuta nella sent. n. 269 del 2017 e procede alla preventiva rimessione della questione alla Corte costituzionale. In altri due casi (cause *Maturi* e *Cafaro* del maggio 2018), la Sezione lavoro della Corte di cassazione, invece, opta per il previo rinvio pregiudiziale. Sulla prima decisione si veda ancora A. 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*), in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2018/I, 82.

del catalogo dei diritti europeo. Com'è noto, tali perplessità sono scaturite dall'inciso «per altri motivi», aggiunto dalla Corte costituzionale a quanto previsto dalla Corte di giustizia nella sentenza Melki e Abeli del 2010.

Inoltre, «c'è da chiedersi (...) se (...) valga solo per le norme della Carta dell'Unione ovvero se possa estendersi ad altre norme eurounitarie che si dimostrino essere provviste dell'attitudine a dare la *prima, diretta e necessaria* specificazione-attuazione alle prime». In altre parole, «la "copertura" di cui gode la Carta in parola, a motivo del carattere assiologicamente pregnante delle sue norme, si trasmette, o no, a cascata ad altre norme che, seppur esterne alla stessa, possiedono carattere ugualmente, materialmente costituzionale?»²⁵.

In questo contesto si colloca la sentenza n. 20 del 2019, che risolve alcuni dei dubbi ora richiamati²⁶.

Nel sollevare la questione di legittimità costituzionale (si noti che l'ordinanza di rimessione è precedente alla sentenza n. 269 del 2017), il TAR Lazio delinea un contrasto sia con le disposizioni costituzionali (artt. 2, 3 e 13 Cost.), sia con quelle europee (artt. 7, 8 e 52 CDFUE, nonché art. 6, par. 1, let. c), art. 7, lett. c) ed e), art. 8, parr. 1 e 4)²⁷.

L'elemento di maggior rilievo di questa decisione risiede certamente nel fatto che si è in presenza di una decisione della Corte di giustizia del 2003 (*Österreichischer Rundfunk*, poi ripresa nel 2010, C-92/09 e C-93/09) in cui si afferma la competenza del giudice comune nella definizione del corretto bilanciamento tra il diritto alla *privacy* e quello di accesso alle informazioni sulla base degli artt. 6 e 7 della direttiva madre del 1995. Ciò nonostante, la Corte costituzionale non dichiara l'inammissibilità della questione, in ragione del fatto che i «principi previsti dalla direttiva si presentano, infatti, in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE: non solo nel senso che essi ne forniscono specificazione o attuazione, ma anche nel senso, addirittura inverso, che essi hanno costituito "modello" per quelle norme»²⁸

Anzi, è proprio in virtù della caratura costituzionale dei diritti confliggenti e oggetto di bilanciamento che, ad opinione della Corte costituzionale, il TAR ha giustamente sollevato questione di legittimità costituzionale. Infatti, nel *Considerato in diritto n. 2.3* si legge a chiare lettere che «la "prima parola" che questa Corte, per volontà esplicita del giudice *a quo*, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco».

In tal modo, come si vedrà meglio tra poco, la Corte costituzionale afferma di essere il giudice (tra i giudici dell'ordinamento nazionale) legittimato ad effettuare il bilanciamento tra i due interessi costituzionali in questione. Non si può negare che, così facendo, i Giudici della Consulta accentuino ulteriormente la propria posizione nel sistema e ovviamente il fenomeno di riaccentramento del giudizio costituzionale, di cui si è già detto.

²⁵ A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, cit., 11.

²⁶ Si vedano i commenti di S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 3/2019, 650 ss.; G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 10/2019; G. REPETTO, O. POLLICINO, *Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *Verfassungsblog* (<http://www.verfassungsblog.de/>), 27 febbraio 2019.

²⁷ Nel caso in questione, le norme interposte europee, oggetto di violazione, erano state ravvisate nell'art. 7 CDFUE, relativo alla vita privata, nell'art. 8 CDFUE, concernente la protezione dei dati personali, e nell'art. 52 CDFUE, per quanto riguarda i principi di proporzionalità e pertinenza, nonché, con riguardo anche al diritto derivato, negli art. 6 e 7 della Direttiva n. 95/46, c.d. "direttiva madre".

²⁸ *Considerato in diritto n. 2.1.*

Difatti, con la sentenza n. 20 del 2019 sembrerebbe estendersi il parametro a disposizione della Corte costituzionale anche alle disposizioni di diritto derivato, indipendentemente dal loro carattere autoapplicativo, laddove queste risultino in particolare connessione con i diritti sanciti nella Carta di Nizza²⁹.

Infine, si deve evidenziare che la decisione getta luce anche sui margini di manovra del giudice comune, statuendosi la possibilità per i giudici comuni di «sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria»³⁰.

A tal proposito, ulteriori delucidazioni sui poteri del giudice comune all'esito del giudizio costituzionale (conclusosi con una pronuncia di infondatezza) sono contenute nella successiva sent. n. 63 del 2019, in cui si sostiene la possibilità tanto di ricorrere al rinvio pregiudiziale, quanto di procedere alla disapplicazione sulla base delle disposizioni contenute nella Carta di Nizza.

Tuttavia, occorre avere la consapevolezza che la giurisprudenza del Giudice delle leggi sulla doppia conforme è ancora *in fieri* e che i suoi sviluppi sono, ad oggi, ancora incerti³¹.

Sia concessa conclusivamente una suggestione finale sul punto: è interessante notare come la Corte costituzionale concretizzi, per la prima volta, la “svolta” adombrata nel 2017 in una decisione relativa alla protezione dei dati personali. Indipendentemente dalle considerazioni sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale sulle questioni doppiamente pregiudiziali, che ha l'indubbio pregio di perseguire maggiormente la certezza del diritto, mi sembra che ancora una volta la protezione dei dati personali, diritto di matrice europea per eccellenza, costituisca un “terreno fertile” per analizzare i rapporti tra ordinamento nazionale ed europeo.

3.2. La questione relativa al bilanciamento tra trasparenza e privacy.

Passando al merito, la Corte costituzionale, al fine di pronunciarsi sulla questione degli obblighi di pubblicazione riguardanti i dirigenti pubblici, si è dunque trovata nella posizione di dover definire i termini del bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali e il principio di trasparenza.

Nonostante questo tema abbia avuto un'amplissima rilevanza in dottrina, questa sentenza rappresenta la “prima parola” sul punto della Corte. Il compito di operare tale bilanciamento si è, pertanto, rivelato quanto mai arduo e ha richiesto uno sforzo volto a trovare il giusto punto di equilibrio tra due diritti entrambi di rango costituzionale e tutelati anche dal diritto primario dell'Unione, nel contesto peraltro dell'odierna società digitale, come rileva la Corte, in cui «i diritti personali possono essere posti in pericolo dalla indiscriminata circolazione delle informazioni, e, dall'altro, proprio la più ampia circolazione dei dati può meglio consentire a ciascuno di informarsi e comunicare»³².

Per un verso, i giudici di legittimità hanno ribadito che la *privacy* rappresenta «una manifestazione del diritto fondamentale all'intangibilità della sfera privata che attiene alla tutela

²⁹ Sul punto si rinvia a S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una “svolta” opportuna della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 10/2019, 10 ss. In senso critico si esprime A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019 in Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2019/I, 113.

³⁰ *Considerato in diritto* n. 2.3.

³¹ In particolare, si è in attesa della pronuncia della Corte di giustizia sul rinvio operato dalla stessa Corte costituzionale con l'ord. n. 117/2019, vertente sulla disciplina europea (direttiva 2003/6/CE e regolamento UE 2014/596) delle sanzioni irrogate nel caso di omessa collaborazione alle indagini per *insider trading*.

³² La Corte aveva già avuto modo di esprimersi più volte sul tema della “riservatezza dei dati personali”, in relazione a molteplici ambiti di disciplina (sentenze n. 173 del 2009, n. 372 del 2006, n. 135 del 2002, n. 81 del 1993 e n. 366 del 1991), evidenziando la tutela accordata ad essa da svariate norme sia europee che convenzionali.

della vita degli individui nei suoi molteplici aspetti», così come già affermato nella sentenza n. 366 del 1991, e trova riferimenti negli artt. 2, 14, 15 della Costituzione³³.

Occorre anche notare che tracciando il profilo del diritto alla *privacy* nella sentenza n. 20/2019, la Corte costituzionale ha mostrato di aver sposato l'evoluzione del concetto di *privacy* dall'ottocentesco *right to be let alone* al ben più moderno controllo sulla circolazione dei dati e delle informazioni riferite alla persona³⁴, adottando una concezione dinamica di dato personale³⁵.

In forza di ciò, la sequenza “persona – informazione – circolazione – controllo” è diventata nell'era digitale quantitativamente ben più ampia del classico paradigma “persona – informazione – segretezza”, mettendo in moto un processo di implementazione di quel diritto all'autodeterminazione informativa, elevato a rango costituzionale dal Tribunale Costituzionale Federale tedesco con la sentenza del 15 dicembre 1983, ed in cui si può rinvenire la *ratio* ispiratrice del diritto alla protezione dei dati personali di cui all'art.8 della Carta di Nizza³⁶.

Inoltre, la Corte ha fatto riferimento anche alla legislazione ed alla giurisprudenza eurounitaria, in particolare a quei «canoni elaborati in sede europea per valutare la legittimità della raccolta, del trattamento e della diffusione dei dati personali», come i principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza, in forza dei quali le deroghe e le limitazioni alla protezione dei dati personali «devono operare nei limiti dello stretto necessario, essendo indispensabile identificare le misure che incidano nella minor misura possibile sul diritto fondamentale, pur contribuendo al raggiungimento dei legittimi obiettivi sottesi alla raccolta e al trattamento dei dati».

Per altro verso, la Corte costituzionale si è trovata a doversi esprimere sui principi di pubblicità e trasparenza. Questi devono essere riferiti oltre che ovviamente al buon funzionamento dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 97 Cost., anche, e direi soprattutto, a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, in quanto corollario del principio democratico di cui all'art. 1 Cost., ma anche³⁷.

A tal riguardo, si consideri quanto messo in luce da Lino Costanzo, nell'analizzare – in tempi non sospetti – il legame tra il «sempre più pervasivo ruolo sociale e politico dei mezzi di informazione di massa» e «l'impegno richiesto alle pubbliche autorità nella direzione di una maggiore trasparenza nei confronti dei cittadini». Pur trattandosi di una correlazione che nel tempo ha mostrato i suoi risvolti più insidiosi, essa si rivela intimamente connessa al perseguimento sia di un'ampia libertà

³³ È stato così confermato il tradizionale orientamento giurisprudenziale rispetto al fondamento costituzionale della *privacy* nell'ordinamento italiano, risalente alla sentenza n. 38/1973 della Corte costituzionale e al celebre Caso Soraya, di cui alla sentenza n. 2129/1975 della Corte di cassazione: sul decisivo contributo della giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, all'enucleazione del diritto fondamentale alla riservatezza sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy*, Napoli, 2018, 21 ss.

³⁴ Invero, a questa evoluzione, come ricordava Stefano Rodotà, sono, in realtà sottesi tre paradossi. *In primis*, lo sviluppo della tecnologia ha generato sì una sfera privata più ricca, ma allo stesso tempo l'ha resa più fragile, generando così una continua necessità di allargare le frontiere della protezione giuridica della *privacy*. In secondo luogo, la protezione offerta dalla *privacy* si è estesa anche ad aspetti che esulano il tradizionale bisogno di segretezza, come la vita sessuale o la salute, fino ad arrivare a tutelare anche informazioni riguardanti l'identità “pubblica”, che in uno Stato democratico devono poter essere espresse liberamente, ma che allo stesso tempo rischiano di essere utilizzate a fini discriminatori nei confronti dei soggetti ai quali si riferiscono. Da ultimo, il diritto di accesso ai propri dati personali, chiara espressione del diritto all'autodeterminazione informativa, ha raggiunto in questi anni di continua evoluzione un particolare rilievo, arrivando a tradursi nelle leggi sulle grandi banche dati e nelle legislazioni che favoriscono una maggiore trasparenza anche di altri soggetti (cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari-Roma, 1999, 207 ss.).

³⁵ Sulla nozione dinamica di dato personale oggetto di protezione cfr. C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017, 98 ss.

³⁶ F. LAVIOLA, *Il diritto all'oblio in Italia dalle origini alla “codificazione”*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2019, 68.

³⁷ Cfr., *ex plurimis*, le sentenze della Corte costituzionale n. 177 e n. 69 del 2018, n. 212 del 2017.

“di informazione”, sia di una libertà “di essere informati e di ricercare informazioni”: elementi che, nella visione di Costanzo, si poggiano «sullo stesso fondamento democratico dell’ordinamento statale, dato che, anche ai fini del perseguimento dell’eguaglianza sostanziale, la Costituzione repubblicana esige che venga rimosso ogni ostacolo che impedisce di fatto il controllo, la partecipazione e il godimento dei diritti da parte dei cittadini (art. 3, 2° comma)»³⁸.

In particolare, con riferimento al caso in oggetto, la Corte ha analizzato il rapporto di tali principi con riguardo ai dati che la Pubblica Amministrazione possiede e controlla. Questi nella legislazione interna tendono ormai a manifestarsi, nella loro declinazione soggettiva, nella forma di un diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione, come stabilisce l’art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 33 del 2013. Del resto, nel diritto europeo, la medesima ispirazione ha condotto il Trattato di Lisbona ad inserire il diritto di accedere ai documenti in possesso delle autorità europee tra le «Disposizioni di applicazione generale» del Trattato sul funzionamento dell’Unione, imponendo di considerare il diritto di accesso ad essi quale principio generale del diritto europeo (art. 15, paragrafo 3, primo comma, TFUE e art. 42 CDFUE).

3.3. Il ragionamento della Corte costituzionale.

Per quanto riguarda il merito del giudizio, la Corte costituzionale ha dapprima esaminato le questioni legate all’art. 3 Cost., sia sotto il profilo del principio di ragionevolezza, sia sotto il profilo dell’eguaglianza³⁹.

In particolare, al fine di vagliare la ragionevolezza delle scelte legislative, la Corte si è avvalsa del *test* di proporzionalità, alla stregua del quale viene valutato se la norma fosse «necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi»⁴⁰.

È interessante notare che la Corte nel procedere a tale valutazione, tipica del giudizio di costituzionalità, ha ritenuto che il parametro interno di cui all’art. 3 Cost. andasse “integrato” dai principi di derivazione europea di necessità, proporzionalità, finalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali, «pur al cospetto dell’esigenza di garantire, fino al punto tollerabile, la pubblicità dei dati in possesso della pubblica amministrazione»⁴¹.

Si tratta, in sostanza, di una lettura delle norme costituzionali nazionali alla luce dei principi e dei criteri di ponderazione di derivazione europea⁴²: si nota, in questo passaggio, la “furbizia” della

³⁸ Così P. COSTANZO, *La circolazione dell’informazione giuridica digitalizzata: fenomenologia e profili problematici*, in *Dir. inf.*, n. 3/1999, 579 ss.

³⁹ Sulle argomentazioni sostanziali si rinvia a F. PIZZETTI, *Sentenza n. 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA: il legislatore non trascuri il “riuso” delle fonti pubbliche*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), n. 2/2019; S. CANISANTI, *La Consulta traccia i paletti per delimitare gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali e reddituali dei dirigenti pubblici in conformità alla disciplina sulla privacy*, in *Il diritto amministrativo* (<https://www.ildirittoamministrativo.it/>), 4 aprile 2020, 18 ss. ed A. CORRADO, *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 5/2019, spec. 7 ss.

⁴⁰ *Considerato in diritto* n. 3. Sul punto si veda la sentenza n. 1 del 2014, richiamata, da ultimo, dalle sentenze n. 137 del 2018, n. 10 del 2016, n. 272 e n. 23 del 2015 e n. 162 del 2014.

⁴¹ Come quasi sempre avviene in materia di protezione dei dati personali, tali principi e, segnatamente, quello di proporzionalità, sono stati oggetto di elaborazione soprattutto da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenze 20 maggio 2003, nelle cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk* e altri, e 9 novembre 2010, nelle cause riunite C-92/09 e 93/09, *Volker und Markus Schecke e Eifert*).

⁴² Seguendo in questo modo l’*iter* argomentativo dell’ordinanza di remissione, secondo quanto evidenziato da S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale è chiamata a giudicare la disciplina dell’accesso civico generalizzato*, cit., 4.

Corte, che pur giudicando sulla base della normativa costituzionale nazionale, in conformità alla predetta inversione delle questioni doppiamente pregiudiziali, sostanzialmente motiva la decisione sulla base dei principi del diritto europeo!⁴³.

Con riferimento alla pubblicazione di alcuni dati personali di natura reddituale e patrimoniale concernenti i dirigenti amministrativi e i loro stretti congiunti, i giudici della Consulta rilevano (Considerato in diritto n. 4.2, ult. cpv.) che – essendo stato effettuato il bilanciamento “*ex ante* e una volta per tutte” dal legislatore all’art. 14, comma 1-*bis* del d. lgs. n. 33/2013 – non resti loro che verificare se la scelta legislativa operata superi il *test* di proporzionalità.

La Corte costituzionale ha ritenuto, in primo luogo, che i dati, oggetto di obblighi di pubblicazione ai sensi del comma 1-*bis* dell’art. 14 del decreto trasparenza risultano non necessariamente «in diretta connessione con l’espletamento dell’incarico affidato», dal momento che essi sono idonei a rappresentare la situazione economica dei soggetti interessati e dei loro familiari, senza che, alla base di questa forma di *total disclosure*, possa essere invocato il dovere di rendere conto ai cittadini «di ogni aspetto della propria condizione economica e sociale, allo scopo di mantenere saldo, durante l’espletamento del mandato, il rapporto di fiducia che alimenta il consenso popolare», che invece caratterizza i titolari di incarichi politici (Considerato in diritto n. 5.3)⁴⁴.

Benché, conformemente a quanto previsto dal d.lgs. n. 33/2013, le amministrazioni pubbliche provvedono all’oscuramento dei dati sensibili e giudiziari e di quelli non pertinenti rispetto al perseguimento della trasparenza⁴⁵, la Corte ha ritenuto opportuno valutare se anche la conoscenza del «residuo, pur sempre ampio, ventaglio di informazioni e dati personali di natura reddituale e patrimoniale contenuti nella documentazione oggetto di pubblicazione» fosse o meno necessaria e proporzionata rispetto alla finalità di trasparenza.

Sul punto la Corte costituzionale rileva che l’art. 14, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 33 del 2013 non risponde alle due condizioni richieste dal *test* di proporzionalità.

In particolare, la disposizione oggetto di censura, da una parte, impone oneri sproporzionati rispetto ai fini perseguiti dal legislatore e, dall’altra, non risulta essere la misura meno restrittiva del diritto alla protezione dei dati personali da bilanciare con la trasparenza.

A tal proposito, si può notare un uso virtuoso di tutte le potenzialità del giudizio di ragionevolezza⁴⁶.

⁴³ Tra le motivazioni addotte nella sentenza per procedere a questa lettura delle disposizioni costituzionali alla luce di quelle sovranazionali, vi è quella per cui le pronunce della Corte di giustizia in materia di dati personali hanno stimolato (“influenzato”) il legislatore europeo a dare avvio ad una revisione della disciplina in materia di protezione dei dati personali ed in particolare all’adozione del Regolamento UE 2016/679, che all’art. 5, comma 1, sancisce i principi che devono governare il trattamento dei dati. Si tratta di criteri – come ricordato dalla stessa Corte costituzionale – sostanzialmente sovrapponibili a quelli già contenuti nell’art. 6 della direttiva 95/46/CE: al Considerato in diritto n. 3.1 si legge che «tra di essi, assumono particolare rilievo quelli che consistono: nella limitazione della finalità del trattamento (lettera b) e nella minimizzazione dei dati, che si traduce nella necessità di acquisizione di dati adeguati, pertinenti e limitati a quanto strettamente necessario alla finalità del trattamento (lettera c)».

⁴⁴ I giudici della Consulta sottolineano il fatto che «l’Avvocatura generale dello Stato, nelle proprie memorie, giustifica le disposizioni censurate, evidenziando che, in riferimento ai titolari d’incarichi dirigenziali, il legislatore avrebbe correttamente adottato misure ‘ampie e rigorose’ al fine, soprattutto, di contrastare il fenomeno della corruzione nella pubblica amministrazione, anche in considerazione dei numerosi moniti in tal senso provenienti da rilevanti organizzazioni internazionali e dalla stessa Unione europea, e delle rilevazioni internazionali che hanno classificato l’Italia tra i Paesi in cui è più elevata la percezione della corruzione (da intendersi anche come carenza di trasparenza)»; tuttavia, «tale giustificazione appare plausibile, ma non conclusiva».

⁴⁵ In effetti, la Corte rileva che «a tale cautela risulta essersi uniformata l’autorità datrice di lavoro nei confronti dei ricorrenti nel giudizio *a quo*, ai quali è stato richiesto di oscurare, nella dichiarazione dei redditi destinata alla pubblicazione, alcuni dati considerati “eccedenti”: codice fiscale; scelta del destinatario relativa all’otto e al cinque per mille dell’IRPEF; ammontare delle spese sanitarie; riepilogo delle spese; sottoscrizioni autografe del dichiarante».

⁴⁶ Sul quale mi sia consentito un rinvio alle pagine del mio Maestro, F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; nonché a M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza*

In primo luogo, la pubblicazione dei dati patrimoniali di tutti i titolari di incarichi dirigenziali dà luogo ad una violazione dell'art. 3, sotto il profilo della ragionevolezza intrinseca, ovvero si farebbe emergere uno scarto tra obiettivi perseguiti e mezzi predisposti a tali fini.

Infatti, la Corte costituzionale ha ritenuto che la pubblicazione di quantità massicce di dati non agevoli la ricerca di quelli più idonei a garantire la corretta informazione e il contrasto della corruzione (a meno che non vengano utilizzati efficaci strumenti di elaborazione, che non è ragionevole supporre possano essere a disposizione dei singoli cittadini)⁴⁷.

Da questo punto di vista, il comma 1 dell'art. 14 del d.lgs. n. 33/2013 risulta essere in contrasto con il principio per cui una limitazione o postergazione di un diritto costituzionale si può giustificare solo attribuendo rilevanza ad un altro interesse di pari rango. Nello specifico, invece, a fronte di una compressione del diritto alla protezione dei dati personali non vi sarebbe un "paragonabile incremento" del diritto dei cittadini ad essere correttamente informati ovvero del pubblico interesse alla prevenzione e alla repressione della corruzione⁴⁸, in quanto la mancata selezione delle informazioni idonee al perseguimento dei legittimi obiettivi perseguiti, rischia di generare "opacità per confusione".

In altre parole, la disciplina non supererebbe il *test* di idoneità⁴⁹.

Peraltro, occorre tener presente che la sproporzione insita già di per sé negli obblighi di pubblicazione imposti dal decreto trasparenza a tutti i dirigenti, veniva aggravata dal fatto che essi erano oggetto di indicizzazione e, dunque, liberamente rintracciabili sul *web* attraverso l'uso dei motori di ricerca generalisti.

Al riguardo, la Corte ha affermato che «non è coerente al fine di favorire la corretta conoscenza della condotta della pubblica dirigenza e delle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche. Tali forme di pubblicità rischiano piuttosto di consentire il reperimento 'casuale' di dati personali, stimolando altresì forme di ricerca ispirate unicamente dall'esigenza di soddisfare mere curiosità». Il rischio è, infatti, che l'accesso generalizzato alle informazioni relative ai dati in questione non favorisca la conoscibilità relative all'utilizzo delle risorse pubbliche, bensì il reperimento casuale di informazioni, idoneo a soddisfare mere forme di *voyeurismo*.

Inoltre, la Corte costituzionale ha ritenuto che la disposizione censurata non superasse il *test* di proporzionalità sotto altro profilo, in quanto non idonea a rappresentare la misura meno restrittiva dei diritti fondamentali, dal momento che vi sarebbero state altre soluzioni alternative. Vi sarebbe quindi un contrasto con il criterio di necessità.

A questo punto la Corte costituzionale, pur elencando alcuni strumenti che avrebbero dato luogo ad un bilanciamento più ragionevole tra i due interessi in gioco⁵⁰, arresta il proprio giudizio e, ancora

costituzionale italiana, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, disponibile sul sito della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it).

⁴⁷ Su tale passaggio della sentenza n. 20 del 2019, si veda P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, n.1/2019, 73, nota n. 5, che tuttavia trova "poco persuasive" le argomentazioni della Corte che, pur segnalando in qualche modo il problema di merito, «non pare trarre da tali considerazioni argomenti conclusivi».

⁴⁸ Pertanto, secondo la Corte costituzionale «sotto questo profilo, la disposizione in esame finisce per risultare in contrasto con il principio per cui, "nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango" (sentenza n. 143 del 2013). Nel caso in esame, alla compressione – indiscutibile – del diritto alla protezione dei dati personali non corrisponde, *prima facie*, un paragonabile incremento né della tutela del contrapposto diritto dei cittadini ad essere correttamente informati, né dell'interesse pubblico alla prevenzione e alla repressione dei fenomeni di corruzione».

⁴⁹ Cfr. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014, 89 ss.

⁵⁰ In particolare, la Corte, facendo riferimento anche a quanto previsto da altri ordinamenti europei, ricorre ad alcuni esempi, come: a) la predefinizione di soglie reddituali il cui superamento fosse condizione necessaria per far scattare l'obbligo di pubblicazione; b) la diffusione di dati coperti dall'anonimato; c) la pubblicazione in forma nominativa di informazioni secondo scaglioni; d) il semplice deposito delle dichiarazioni personali presso l'autorità di controllo

una volta virtuosamente, non si spinge a sovrapporre il proprio bilanciamento alla discrezionalità del legislatore (*Considerato in diritto* n. 5.3.2). Si tratta, a mio avviso, di un approdo particolarmente felice, se solo si tiene conto che, negli ultimi anni, specie in materie particolarmente complesse e delicate, la Corte costituzionale non ha mostrato un particolare *self-restraint* rispetto alla discrezionalità legislativa⁵¹.

Da ultimo, la Corte costituzionale rileva un contrasto della disciplina con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Infatti, si legge nel *Considerato in diritto* n. 5.4, che l'art. 14, comma 1-*bis* del decreto trasparenza – non facendo distinzioni di alcun genere all'interno della categoria dei dirigenti amministrativi, vincolando tutti agli obblighi di pubblicazione, a prescindere dall'effettivo potere decisionale o gestionale – si pone(va) in contrasto con l'art. 3 Cost.: secondo la Corte, il legislatore avrebbe dovuto graduare gli obblighi gravanti sui diversi dirigenti della pubblica amministrazione, sulla base del diverso rischio di corruzione e dell'ambito di esercizio delle relative funzioni⁵².

Uno dei punti più rilevanti della decisione, però, è certamente costituito dal *Considerato in diritto* n. 6, ove la Corte si mostra ben consapevole che una mera declaratoria di illegittimità costituzionale lascerebbe in alcune situazioni privi di garanzia dei principi costituzionali meritevoli di tutela, come quello di trasparenza.

Pertanto, “in attesa di un indispensabile e complessivo nuovo intervento del legislatore”, la Corte – pur ribadendo l'impossibilità di ridefinire per mezzo di una sentenza manipolativa l'intero panorama degli obblighi di trasparenza – decide di salvaguardare il nucleo minimo del diritto alla trasparenza amministrativa, che viene giustamente rinvenuto negli oneri di pubblicazione gravanti su due particolari categorie di incarichi dirigenziali: il Segretario generale di ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali (comma 3) e quelli di funzione dirigenziale di livello generale (comma 4).

La *ratio* di tale “deroga” alla declaratoria di illegittimità costituzionale *tout court* – che si concretizza in una sentenza c.d. sostitutiva – risiede nella peculiarità e nella delicatezza dei compiti “di elevatissimo rilievo” (propositivi, di organizzazione e di gestione delle risorse umane ed economiche) che sono affidati dall'art. 16 del d.lgs. n. 165/2001 a tali organi, nonché nella stretta connessione delle loro attività con quelle degli organi di natura politica, tanto che il legislatore prevede che tali incarichi siano conferiti su proposta del ministro competente, secondo il meccanismo dello *spoil system* (v. il *Considerato in diritto* n. 6, cpv. 12).

competente. Tuttavia, i giudici di legittimità hanno specificato come in ogni caso la scelta dello strumento più opportuno resti comunque in capo al legislatore.

⁵¹ Sul punto si rinvia, *ex multis*, alle riflessioni di A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del Giudice delle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), n. 3/2019, spec. 104 ss., il quale nel ripercorrere la più recente giurisprudenza costituzionale in materia penale evidenzia che si sarebbe passati dal rigido rispetto delle “rime obbligate” alle più *accessibili* “rime adeguate”.

⁵² Anche l'ANAC, nell'atto di segnalazione n. 6 del 20 dicembre 2017, aveva suggerito al Parlamento ed al Governo una modifica normativa che operasse una graduazione degli obblighi di pubblicazione proprio in relazione al ruolo, alle responsabilità ed alla carica ricoperta dai dirigenti. L'ANAC aveva, altresì, segnalato a Parlamento e Governo che l'aver previsto per i titolari degli incarichi dirigenziali gli stessi obblighi di pubblicazione stabiliti dall'art. 14, comma 1, per i titolari di incarichi politici, con particolare riguardo per l'obbligo di rendere le dichiarazioni sulla situazione patrimoniale, «rischiava di rendere più gravosi gli adempimenti in capo alle amministrazioni a fronte di un risultato, in termini di maggiore trasparenza, certamente trascurabile», ed aveva ribadito questa posizione anche nella delibera n. 241 del 2017 contenente le Linee guida recanti indicazioni sull'attuazione dell'art. 14 del d. lgs. n.33/2013 «Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali» come modificato dall'art. 13 del d. lgs. n. 97/2016 (cfr. I. NICOTRA, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 7/2019).

4. Prospettive de iure condendo.

In conclusione, il tema centrale di questa sentenza relativo agli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti rappresenta soltanto la punta dell'*iceberg* di una tematica molto più complessa ed articolata – quale quella delle opportune cautele da adottare nella diffusione di dati che, seppur per esigenze di trasparenza, impattano con la sfera privata dei cittadini – destinata ad assumere un rilievo sempre maggiore oggi, nel pieno dell'era digitale⁵³.

È necessario che il Legislatore, raccogliendo il pressante monito della Consulta, al di là di quanto disposto espressamente dalla Corte costituzionale, la quale ovviamente si è limitata a pronunciarsi nei limiti del *petitum*, colga l'occasione per operare una revisione complessiva degli obblighi di pubblicazione, che tenga conto anche dei forti motivi di criticità (palesati dalla Corte seppur *incidenter tantum*) circa l'accessibilità ai motori di ricerca nell'ottica della trasparenza.

Nonostante tale tema sia stato soltanto sfiorato nella sentenza n. 20/2019, in particolare per quanto concerne il *test* di proporzionalità, il Legislatore, nel procedere ad un ripensamento della materia, non può non tenere presente anche questi aspetti, dal momento che gli obblighi di indicizzazione dei dati e dei documenti pubblicati nei siti delle Pubbliche amministrazioni, senza che siano previsti filtri di alcun genere (ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 33/2013) e la loro rintracciabilità tramite motori di ricerca generalisti rischia di andare oltre la finalità di trasparenza di cui al d. lgs. n. 33/2013. Infatti, mediante l'indicizzazione sui siti, le informazioni diventano accessibili ad una massa indefinita e, soprattutto, sconfinata di soggetti, circostanza che non solo va ben oltre il diritto dei cittadini al controllo sull'attività amministrativa, ma denota anche una sproporzione rispetto al diritto di accesso ai siti ai fini del riutilizzo delle informazioni.

In realtà, non si può ignorare neppure il profilo del riutilizzo dei dati, il quale non coincide con quello della trasparenza, «anche perché il riuso dei dati e dei documenti è finalizzato allo sfruttamento economico delle informazioni a disposizione della PA e non a finalità di controllo e partecipazione democratica»⁵⁴.

Nelle more dell'adozione dei provvedimenti di adeguamento alla sentenza della Corte costituzionale, l'art. 1, comma 7 del d.lgs. n. 162/2019 c.d. "Mille proroghe" ha sospeso le misure di cui agli articoli 46 e 47 del d.lgs. n. 33/2013 ed ha disposto l'adozione di un regolamento governativo ex art. 17, comma 1, della l. n. 400/1988, sentito il Garante per la protezione dei dati personali⁵⁵. Ora la parola passa al Legislatore, che, nel metter mano ad «un indispensabile e complessivo nuovo intervento» in materia, non potrà e non dovrà prescindere da una riflessione relativa anche ai predetti profili, tenendo presente che nella metafora turatiana il «vetro si addice all'amministrazione e meno alle persone»⁵⁶ e che, in ogni caso sull'altare della trasparenza – troppo spesso oggi erroneamente considerata come quel valore per eccellenza di fronte al quale tutti gli altri arretrano – non può essere totalmente sacrificato un diritto fondamentale della persona quale quello alla riservatezza ed alla protezione dei dati personali⁵⁷.

⁵³ Vedi *amplius* F. PIZZETTI, *Sentenza n. 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA: il legislatore non trascuri il "riuso" delle fonti pubbliche*, cit.

⁵⁴ Così F. PIZZETTI, *op. ult. cit.*

⁵⁵ È con l'adottando regolamento che vanno individuati «i dati di cui al comma 1 dell'articolo 14 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, che le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 2-bis, comma 2, del medesimo decreto legislativo devono pubblicare con riferimento ai titolari amministrativi di vertice e di incarichi dirigenziali, comunque denominati, ivi comprese le posizioni organizzative ad essi equiparate».

⁵⁶ Così I. NICOTRA, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, cit., 16

⁵⁷ Sul punto sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, cit., 16, ed alla dottrina ivi richiamata.

In conclusione, nel nuovo scenario digitale si fronteggiano i diritti alla riservatezza ed alla trasparenza, in quanto, come si legge proprio nella sentenza n. 20/2019, «da un lato, i diritti personali possono essere posti in pericolo dalla indiscriminata circolazione delle informazioni, e, dall'altro, proprio la più ampia circolazione dei dati può meglio consentire a ciascuno di informarsi e comunicare».

In altre parole, a venire in rilievo, come ben rilevava l'amico Lino Costanzo, cui questo scritto è affettuosamente dedicato, sono «due problematiche assiologicamente oppostive e potenzialmente conflittuali» – la tutela della sfera privata individuale e le garanzie legate alla libertà d'informazione – accomunate dal fatto «di aver subito, in maniera più sensibile rispetto ad altri settori, l'impatto delle nuove tecnologie informative». In questa mutata prospettiva, il giuspubblicista, secondo Costanzo, ha difficoltà ad orientarsi nel bilanciamento dei principi costituzionali in giuoco, dal momento che, pur nella perdurante vitalità mostrata dalla «Parte prima» della nostra Costituzione, essa nei confronti della “sfera privata” mostra «le rughe del tempo, difettando di una visione più moderna e globale, quale invece caratterizza talune Costituzioni redatte dopo la diffusione delle nuove tecnologie dell'informazione» e la stessa Carta di Nizza⁵⁸. E sono state anche tali (inevitabili) “lacune” della nostra Carta fondamentale ad aver conferito un'importanza fondamentale agli impulsi che, proprio per rafforzare la tutela della “sfera privata”, sono derivati dalla legislazione e della giurisprudenza dell'Unione europea: pochi altri diritti di “nuova generazione” possono infatti vantare l'autentica e solida matrice europea che è propria del diritto alla protezione dei dati personali, cui oggi, con la sentenza n. 20/2019, sembra finalmente fare da sponda la nostra stessa giurisprudenza costituzionale, che tuttavia, non sembra trarre dalle considerazioni svolte tutte le conclusioni conseguenti⁵⁹.

⁵⁸ Difatti, come evidenzia P. COSTANZO, *Nuove tecnologie informative e antiche saghe nazionali*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2006, 900 s., la tutela della sfera privata individuale e le garanzie legate alla libertà d'informazione – cui possono senz'altro collegarsi le esigenze di trasparenza dell'attività amministrativa – darebbero vita a problematiche, appunto, «assiologicamente oppostive e potenzialmente conflittuali».

⁵⁹ Cfr. sul punto le perplessità già richiamate di P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, cit., 73, nota n. 5, che tuttavia anche in precedenza *Id.*, *Nuove tecnologie informative e antiche saghe nazionali*, cit., 901 ss. non aveva mancato di rilevare «un'insufficiente forza propulsiva dei principi costituzionali» nel configurare una tutela della “sfera privata” come primario problema di libertà, cui sembrava fare da sponda la stessa giurisprudenza costituzionale, «orientata ad inquadrare almeno la specifica problematica della *privacy* prevalentemente nella materia dell'ordinamento civile», richiamando al riguardo la sentenza 7 luglio 2005, n. 271, con nota di P. COSTANZO, *La privacy tra Stato e Regioni: la Corte costituzionale fissa i paletti*, in *Dir. Internet*, 2005, 555

GIANLUCA BELLOMO

Contributo alla problematica della natura giuridica del “Data Protection Officer” (DPO)

SOMMARIO: 1. La costituzionalizzazione della *privacy*. – 2. Protezione dei dati personali nel Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR). – 3. Il Responsabile per la protezione dei dati (DPO) come soggetto a rilevanza pubblica: a) istituzione. – 4. *Segue*: b) ruolo, funzioni e caratteristiche – 5. *Segue*: c) i compiti interni all’organizzazione – 6. *Segue*: d) il rapporto con il Garante: verso una “rete” globale della protezione dei dati personali? – 7. Per non concludere.

1. La costituzionalizzazione della *privacy*

Lo sviluppo tecnologico, che è stato portatore di un processo di globalizzazione economico-politica esponenziale, ha inciso in modo rilevante, in generale, sull’evoluzione del costituzionalismo¹, ed in particolare, sia sulla conformazione materiale dei diritti esplicitamente garantiti dalla Carta costituzionale, sia sull’affermarsi di nuove tipologie di diritto che in alcuni casi non si sarebbero potuti affermare senza l’avvento, oggi sempre più tumultuoso, proprio delle nuove tecnologie².

Con il passare del tempo e con l’apporto fondamentale delle Corti, da una parte si sono affermati così “nuovi diritti”³ che non hanno un esplicito riconoscimento in Costituzione ma che comunque, con il passare del tempo e con l’evoluzione sociale, hanno trovato pieno riconoscimento nella costituzione materiale⁴; dall’altra, invece, diritti già costituzionalmente garantiti hanno trovato una

¹ Su cui cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti (cur.), *Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del Convegno di Salerno 23-24 novembre 2012, Jovene, Napoli, 2014.

² Così, come rilevato in dottrina, alle libertà civili (diritti di prima generazione) e alle libertà positive (diritti di seconda generazione) si sono aggiunte altre categorie di diritti (di terza e di quarta generazione) non esplicitamente presenti in Costituzione ma rispondenti alle esigenze che si sono affermate, proprio a seguito della globalizzazione, spesso a livello sovrastatale. A riguardo, sempre dallo stesso A., è stato anche rilevato come l’elenco delle “generazioni” dei diritti «va modificandosi col mutare delle condizioni storiche, cioè dei bisogni e degli interessi delle classi al potere, dei mezzi disponibili per la loro attuazione, delle trasformazioni tecniche e così via», N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, 9. Su tali tematiche v. *amplius*, *ex multis*, almeno F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995; ma anche, S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, Laterza, 2004; e ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 2006; nonché F. PIZZETTI, *Dati e diritti nell’epoca della comunicazione elettronica*, in ID., *I diritti nell’era della rete*, Torino, Giappichelli, 2012.

Con riferimento alle nuove tipologie di diritti in dottrina si è anche parlato, suggestivamente, di diritti “svelati”, in quanto figli delle nuove tecnologie di comunicazione di massa e solo grazie alle quali questi diventano materialmente esercitabili, su cui cfr. P. COSTANZO, *Avete detto “diritti digitali”?*, in *Tecniche normative* (www.tecnichenormative.it), 13.VII.2016, 7.

³ Come noto nell’introduzione di “nuovi diritti” ci si è spesso riferiti in dottrina alla clausola prevista dall’art. 2 Cost., sulla cui natura di catalogo dei diritti con carattere aperto o chiuso però si sono scontrate varie teorie, così vi è stato: chi ha sostenuto che tale clausola consenta l’introduzione di nuovi diritti; chi ha ritenuto tale catalogo come chiuso o riassuntivo; e chi, invece, ha optato per un ruolo funzionale dei nuovi diritti finalizzato a garantire quanto già affermato dalla Costituzione, su cui cfr. G.F. FERRARI ET AL., *Diritto pubblico*, Milano, EGEA, 2019, 377-380. Ma anche circa il riconoscimento e la garanzia, dei nuovi diritti, v. almeno A. BARBERA, *Art. 2*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, 53; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enc. Giur.*, Istituto dell’Enciclopedia Italiana Treccani, 20 ss.; P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, 56; C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, Cedam, 1969, 949.

⁴ Per costituzione in senso materiale (o effettivamente vigente) qui si vuole intendere quella nozione di costituzione che «coincide con le prassi e i principi sistematici fondamentali in base ai quali si configurano di fatto i modelli e i procedimenti organizzativi delle istituzioni sovrane (cioè degli organi e poteri che determinano l’indirizzo politico), e si dispiegano le relazioni materiali tra queste, e tra queste e i cittadini» (G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell’economia*, Milano, Giuffrè, 1998, 107), ovvero quella che si evince «quando si ritenga possibile attribuire rango costituzionale (o per lo

nuova declinazione, proprio a causa dello sviluppo tecnologico che ha inciso sull'esercizio degli stessi da parte dei cittadini che, in molti casi, hanno assistito al dilatarsi della sfera di azione materiale di questi, ma, per converso e parallelamente, anche all'affacciarsi di nuovi rischi di lesione dei diritti e delle libertà fondamentali derivanti proprio dall'esistenza e dall'uso delle nuove tecnologie⁵.

In tale contesto, così, hanno trovato riconoscimento una serie di diritti consacrati e materialmente declinati dall'azione della Consulta quali, a titolo esemplificativo, la tutela dell'ambiente, il diritto all'identità di genere e all'identità personale⁶.

D'altra parte, vanno però segnalati anche "nuovi diritti" che si sono imposti attraverso l'azione del legislatore e della giurisprudenza nazionale ed europea e tra questi un esempio estremamente interessante è rappresentato proprio dalla tutela della *privacy* e dei dati personali. Tale ambito, infatti, essendo fortemente interconnesso e quindi influenzato dal progresso tecnologico, rappresenta un prezioso laboratorio per indagare i profili evolutivi del moderno costituzionalismo in ottica multilivello e nelle dinamiche giuridiche di influenza tra ordinamenti nello scenario globale, e quindi in definitiva del processo di c.d. "internazionalizzazione del costituzionalismo"⁷. Ciò sia con riguardo alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali che vengono specificamente in contatto con il tema della tutela dei dati personali; sia per l'inferenza sulle dinamiche generali che possono assumere i meccanismi ed i processi regolatori a livello sistemico globale⁸.

meno posizione sopraelevata rispetto alle leggi ordinarie) a norme non inserite nel testo, ma affidate alla legge, o ai regolamenti parlamentari o alla consuetudine, con funzione integrativa del testo medesimo» (C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 169), in cui si può anche trovare una esaustiva ricostruzione dei possibili significati della distinzione concettuale tra costituzione formale e costituzione materiale; ma anche, più di recente, M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 3/2009.

⁵ Si pensi a riguardo, ad esempio, all'espansione materiale che ha trovato l'art. 21 Cost. it. con la diffusione di massa dei *social network*, e parallelamente ai rischi derivanti tra gli altri dalle c.d. *fake news* o da possibili influenze sul corretto esercizio del diritto di voto veicolate proprio attraverso tali strumenti (sulle prime cfr. M. OROFINO, *Fake news e libertà di informazione*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 2/2018; ma anche il numero 1/2017 della stessa *Riv.* dedicato alla tematica; sulle seconde invece basti ricordare il recente caso *Cambridge Analytica* e le possibili influenze avute sulle elezioni presidenziali americane). A riguardo in dottrina è stato efficacemente affermato, anche se con specifico riferimento all'*e-government*, proprio circa i c.d. *diritti digitali*, come sia « ... già possibile osservare come, più visibilmente rispetto ad altri fenomeni indotti dalla digitalizzazione dei segnali, l'*e-government* giustifichi che, dopo le varie generazioni di diritti che hanno accompagnato l'evoluzione dello Stato contemporaneo, si ragioni anche di "diritti digitali" (intendiamo utilizzare quest'espressione in senso diverso e più onnicomprensivo rispetto alla nota formula di *digital rights* invalsa nello specifico campo del diritto d'autore).

Si tratta – è vero – talvolta di risvolti di diritti e libertà tradizionali, ma ciò non toglie che si sia in presenza di una fenomenologia emersa solo grazie all'avvento del digitale. Per chiarire questa considerazione, può pensarsi al caso esemplare dell'emersione della *privacy* e, ancor prima, del diritto alla riservatezza: quest'ultimo correlabile a più di un diritto tradizionale, ma per così dire "svelato" di per sé solo con l'avvento della stampa di massa; e la prima, certamente implicata dalla libertà personale, ma percepita in via autonoma solo a seguito della capacità di archiviazione e di trattamento dimostrate dagli elaboratori elettronici.», P. COSTANZO, *Avete detto "diritti digitali"?*, cit., 7.

⁶ Cfr. G.F. FERRARI ET AL., *Diritto pubblico*, cit., 378, ma anche, almeno, N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978; E CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, Il Mulino, 1996; F. MODUGNO, *La Corte costituzionale oggi*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1975.

⁷ Su cui per approfondimenti cfr. M. RUOTOLO, *I diritti fondamentali, a settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, in *Diritto e Società*, I, 2018, 39-44.

⁸ Un altro ambito che consente di indagare le dinamiche relative "all'internazionalizzazione del costituzionalismo", e che di fatto presenta caratteri molto simili a quelli che contraddistinguono la tutela della *privacy*, è rappresentato dal diritto pubblico dell'ambiente. Questo, infatti, non a caso si connota proprio per: la sua forte e diretta dipendenza dalla variabile dello sviluppo tecnologico, causa efficiente del fenomeno di globalizzazione e quindi del continuo mutare delle condizioni di operatività degli strumenti giuridici; l'incidenza diretta su valori giuridicamente riconosciuti dall'ordinamento come primari sia per i cittadini (es. diritto alla salute, diritto ad un ambiente salubre, ecc.), che per le future generazioni, come sancito ormai a tutti i livelli istituzionali dal ben noto principio internazionale dello «sviluppo sostenibile»; la pretesa di incidere su fenomeni che travalicano i confini nazionali ed i cui effetti negativi spesso si

Quando si parla di *diritto alla privacy* o più semplicemente di *privacy*, però, occorre preliminarmente riflettere sui confini concettuali che ne delimitano la nozione. Sempre più spesso, infatti, con tale termine ci si riferisce a beni giuridici o interessi spesso anche molto differenti tra di loro.

Sovente, così, quando si parla di *tutela della privacy* si ha riguardo, in prima battuta, alla *tutela della riservatezza* in senso stretto, diritto ormai implicitamente riconosciuto dalla Carta costituzionale ed esplicitamente dall'art. 7⁹ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁰. Tale accezione è sostanzialmente riconducibile alla tutela della propria vita privata da ingerenze esterne, ossia al c.d. "*Right to be let alone*" di origine statunitense¹¹. Ma all'interno del concetto di *tutela della privacy* viene spesso ricompreso molto di più.

La tutela della segretezza, dello spazio privato, la tutela dei propri dati personali¹², come peraltro esplicitamente disciplinato oggi nell'art. 8¹³ della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*.

Proprio la tutela della *privacy* e dei dati personali hanno trovato un primo importante riconoscimento a livello europeo già con l'adozione della Direttiva 95/46/CE, che, però, nasceva sostanzialmente con l'intento di funzionalizzare entrambi i diritti alla libera circolazione dei dati ed allo sviluppo del mercato interno.

Solo in un secondo tempo, con l'adozione della *Carta di Nizza*, come ricordato, tali diritti hanno trovato un autonomo riconoscimento di natura costituzionale a livello europeo al quale è seguita, a

manifestano in ordinamenti giuridici differenti da quelli che li hanno originati (quando addirittura non producono effetti su scala globale). Infine il diritto pubblico ambientale, incidendo pesantemente e direttamente sui livelli di competitività dei soggetti economici a cui si rivolge negli odierni sistemi a base capitalistica, rappresenta un nuovo elemento strategico sempre più rilevante all'interno delle dinamiche che connotano il processo di trasformazione in atto nei mercati globali. Su cui sia consentito il rinvio a G. BELLOMO, *Le normazioni tecniche volontarie nel diritto pubblico dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 1-221.

⁹ Articolo 7 - *Rispetto della vita privata e della vita familiare*.

«Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni».

¹⁰ Su cui per una ricostruzione sistematica v. S. SCAGLIARINI, *La riservatezza ed i suoi limiti*, Roma, Aracne, 2013, 91-123.

¹¹ Ovviamente ci si riferisce all'ormai noto articolo pubblicato il 15 dicembre del 1890 dai due giovani avvocati bostoniani che ebbe il merito di avviare la discussione negli USA sul riconoscimento di un diritto alla *privacy*, cfr. L.D. BRANDEIS, S. WARREN, *The Right of Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4/1890, 193-220. Per la verità, come rilevato in dottrina, già nel 1880 in Germania la tematica era stata introdotta, con meno fortuna mediatica, v. J. KHOLER, *Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung*, in *Jering's Jahrbucher f. d. Dogmatik*, XVIII, Jena, 1880, 352 s., e dalla quale peraltro sembra plausibile che almeno Brandeis sia stato influenzato, considerati i suoi studi effettuali a Lipsia, come rilevato in R. PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in R. Pardolesi (cur.), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2003, 4. Per una approfondita ricostruzione dell'evoluzione storico-giuridica del diritto alla riservatezza negli USA e in Europa cfr. anche M. SURACE, *Analisi socio-giuridica del rapporto tra sorveglianza e diritto alla riservatezza nell'era di Internet*, in *ADIR- L'altro diritto* (<http://www.adir.unifi.it>), 2005, cap. 2.

¹² In tal senso cfr. G. FINOCCHIARO, *Riflessioni sul poliedrico Regolamento europeo sulla privacy*, in *Quad. cost.*, XXXVIII, n. 4, dicembre 2018, 895.

Va qui rilevato che proprio la tutela dei dati personali viene a configurarsi come lo strumento che, ove correttamente impiegato, si prefigge di garantire il fine della tutela della riservatezza e della *privacy* in un rapporto, quindi, di tipo funzionale.

¹³ Articolo 8 - *Protezione dei dati di carattere personale*.

«1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano.

2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica.

3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

colpi di sentenze della Corte di Giustizia¹⁴, una decisa azione di *enforcement* e di contestuale delimitazione dei confini materiali degli stessi¹⁵.

Infine, con l'approvazione del Regolamento (Ue) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati¹⁶, che ha abrogato la Direttiva 95/46/CE, si giunge alla definitiva costituzionalizzazione del diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali in Europa¹⁷.

2. Protezione dei dati personali nel Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR)

Con la piena entrata in vigore del GDPR, se si è assistito ad un vero e proprio *tsunami* per le organizzazioni pubbliche e private che trattano dati personali, contestualmente però, si sono messi a sistema, all'interno di una norma generale comune di rango europeo, una serie di diritti, tutele ed istituti con rilevanti ricadute sui c.d. *interessati*¹⁸.

Il Regolamento ha riscritto per tutti i Paesi membri la disciplina, originariamente introdotta con la Direttiva 95/46. Questo ha, quindi, rimodellato (ma in gran parte sostituito) la normativa italiana in materia abrogando tutte le norme statuite nel precedente Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. *Codice della privacy*) incompatibili.

Si è venuto così a positivizzare un nuovo rapporto nel bilanciamento tra diversi diritti fondamentali¹⁹. Contemporaneamente si è assistito, in Italia, alla convulsa azione di adeguamento, della normativa interna incompatibile, attraverso l'approvazione ed emanazione del D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101²⁰.

¹⁴ Si pensi a titolo di esempio alle varie sentenze quali, sui periodi di conservazione dei dati personali *Digital Rights Irland*, C-293/12, (su cui cfr. L. TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e tutela vita privata e dati personali*, in *Giur. it.*, 2014, 1850-1856), ma anche più di recente, alle cause riunite C-203 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB* (su cui cfr. F. GUELLA, *Data retention e circolazione dei livelli di tutela dei diritti in Europa: dai giudizi di costituzionalità rivolti alla disciplina UE al giudizio della Corte di giustizia rivolto alle discipline nazionali*, in *DPCE on line* (<http://www.dpceonline.it/>), 2/2017, 349-357); *Schrems*, C-498/16, sul trasferimento di dati personali tra Europa e USA; *Google Spain*, C-131/12 sul diritto all'oblio e alla deindicizzazione da parte dei motori di ricerca (sulle quali *amplius* O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu) (www.medialaws.eu), 3, 2018, 14-26), ma anche *Google vs CNIL*, C507-17, che è recentemente tornata su quest'ultimo tema ridimensionando la portata della precedente sentenza (su cui sia consentito il rinvio a G. BELLOMO, *"Diritto all'oblio" e portata territoriale del "diritto alla deindicizzazione": la Corte ridisegna i confini applicativi*, in *DPCE on line* (<http://www.dpceonline.it/>), 4/2019, 2987-2994).

¹⁵ Su cui cfr. F. LATTUNEDDU, *L'ampliamento giurisprudenziale dei confini del diritto alla privacy*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 3/2015, 943-966.

¹⁶ Entrato in vigore il 24 maggio 2016 e divenuto direttamente applicabile in tutti gli Stati membri già a partire dal 25 maggio 2018 (in seguito, secondo l'acronimo in lingua inglese, "GDPR" o Regolamento).

¹⁷ Su cui cfr. G.F. FERRARI ET AL., *Diritto pubblico*, cit., 378 s.

¹⁸ Per *interessato* si intende, come desumibile dallo stesso GDPR all'art. 4, 1), qualsiasi persona fisica identificata o identificabile alla quale sono riconducibili uno o più dati personali.

¹⁹ Su cui v. C. DOCKSEY, *Four fundamental rights: finding the balance*, in *International Data Privacy Law*, 3/2016, Vol. 6, 195-209.

²⁰ A riguardo va evidenziato che il Legislatore italiano ha preferito, non senza critiche, percorrere la strada di modifica del pregresso *Codice della privacy*, invece di emanare un nuovo Codice che sostituisse il precedente. Ciò ha portato da una parte, forse, ad un passaggio di adeguamento meno traumatico per gli operatori coinvolti, ma dall'altra al *Codice della privacy* attuale che, quanto meno dal punto di vista del *drafting* normativo, risulta di non facile lettura. Si pensi solo, a titolo di esempio: da una parte all'art. 2 del Codice novato, che introduce ben sedici articoli dopo il due fino al 2-*septiesdecies*; e dall'altra all'abrogazione in sequenza di tutti gli articoli dal 3 fino al 45, oltre a molti altri nel prosieguo del testo in quanto incompatibili con il Regolamento, su cui per maggiori dettagli v. V. CUFFARO, *Quel che resta di un*

Il Regolamento, insieme alle norme di adeguamento delle singole normative interne degli Stati membri, all'interno dei margini di azione da questo concessi, oggi, quindi, rappresenta uno dei modelli più avanzati, a livello globale, di tutela della *privacy* e dei dati personali²¹.

A ben vedere, però, il Regolamento ha una portata di gran lunga più ampia rispetto ai confini normativi legati alla mera nozione di tutela della riservatezza, dettando disposizioni inerenti alla tutela dei dati personali anche quando questi ultimi non sono direttamente collegabili alla vita privata degli interessati, o ad aspetti di tipo strettamente personale²².

Il Regolamento, già dalla denominazione, risulta portatore di un duplice livello di tutela da bilanciare e cioè: da una parte la protezione delle persone fisiche, con riguardo al trattamento dei dati personali; ma, dall'altra, cosa spesso ignorata, soprattutto in fase applicativa dello stesso, una maggiore libera circolazione di tali dati²³.

codice: il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati, in Corr. giur., 10/2018, 1181-1185, che a riguardo ha efficacemente parlato di «intervento demolitorio».

Evidenza empirica, della confusione generata dalla scelta presa, è rinvenibile nel fatto che ancora oggi può capitare di leggere su documenti ufficiali o su moduli prestampati anche di pubbliche amministrazioni diciture che, nell'adeguare i richiami alle nuove normative introdotte in materia di *privacy*, richiamano esclusivamente il d.lgs. 101/2018, come se questo avesse abrogato, e non esclusivamente modificato, il precedente Codice del 2003.

²¹ Il Regolamento si propone, così come conformato, come possibile *modello costituzionale mondiale per la tutela dei dati personali*, almeno nelle sue componenti fondamentali, verso il quale l'UE sembrerebbe essersi prefissa di far convergere gli altri modelli, ove presenti, negli ordinamenti extraeuropei. In tal senso si pensi, ad esempio, all'intero Capo V del GDPR che è dedicato al trasferimento di dati personali all'estero. Se il trasferimento di dati personali all'interno dell'UE, infatti, è sostanzialmente libero (dandosi per assunto che i soggetti coinvolti applichino correttamente le prescrizioni del Regolamento), quello verso i Paesi terzi, in assenza di idonee garanzie, e cioè di un livello di tutela dei dati personali che rispetti almeno i livelli minimi di tutela previsti dal modello europeo, è generalmente vietato.

A riguardo il Codice prevede differenti livelli di deroga al generale divieto di trasferimento, modulati sull'idea che più il Paese terzo si adegua al *nucleo* della disciplina prevista a livello europeo e minori saranno i vincoli nel trasferimento dei dati coinvolti, ma con ogni probabilità anche dei relativi costi. Va però rilevato a riguardo che ove il modello europeo non dovesse trovare, almeno nei principi fondamentali la diffusione sperata, il rischio opposto potrebbe essere quello che la normativa adottata in UE per la tutela dei dati personali si possa trasformare in un *unicum* nello spazio globale che porti all'isolamento dell'Unione e quindi ad una contestuale diminuzione dei propri livelli di competitività nei regionalismi macroeconomici mondiali in continua trasformazione.

Peraltro, va anche rilevato che il ruolo della Corte di giustizia sta influenzando e non poco sulla conformazione di tale modello e sui limiti di applicabilità dello stesso, si pensi a riguardo a quanto statuito in materia di diritto all'oblio e nello specifico circa il diritto alla deindicizzazione. Su tali dinamiche cfr. G. FINOCCHIARO, *Riflessioni*, cit., 897; ma anche, in particolare con riferimento al diritto all'oblio e alla sua evoluzione alla luce delle pronunce della Corte di giustizia v. O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. Inf.*, 2014, 569-590, e più nello specifico ID., *Limitare il diritto all'oblio è un rischio*, in *Ilsole24ore* (www.ilsole24ore.com) 4 settembre 2019; e ID., *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 3/2014, 27.

²² Così come affermato in dottrina «I dati personali costituiscono il tema disciplinato anche se non si riferiscono a vicende private, intime o familiari. Qualunque informazione, quale che sia il suo contenuto, è oggetto del Regolamento. Il diritto alla protezione dei dati personali deve essere considerato distinto dalla libertà negativa di non subire interferenze nella propria vita privata, al cuore del diritto alla riservatezza, costituendo invece il fondamento della libertà positiva di esercitare un controllo sul flusso delle proprie informazioni.», G. FINOCCHIARO, *Riflessioni*, cit., 896.

²³ Un esempio di come il Regolamento cerchi di favorire la circolazione dei dati è rappresentato dall'introduzione del «diritto alla portabilità dei dati», previsto all'art. 20. Tale diritto sancito nel GDPR nasce proprio con l'intento di rimuovere quegli ostacoli che non consentono il rapido trasferimento dei dati di clienti tra operatori. Si pensi, ad esempio, ad un utente che intenda cambiare operatore telefonico o internet service provider.

Troppo spesso, infatti, sono stati utilizzati presunti ostacoli al trasferimento di questi al fine di scoraggiare il passaggio da un fornitore di un servizio ad un altro creando di fatto delle distorsioni alla libera concorrenza tra operatori con conseguenze negative in particolare a carico dei consumatori.

Il Regolamento, quindi, nasce sicuramente per tutelare le libertà ed i diritti fondamentali dei cittadini come prima *mission*, con particolare attenzione alla creazione di un modello di corretto trattamento dei dati personali che, posto in essere da parte delle organizzazioni che li gestiscono, possa ridurre il più possibile il livello di rischio di produzione di eventuali danni per i soggetti coinvolti²⁴; dall'altra però, non si prefigge lo scopo di bloccare la circolazione dei dati personali, ma bensì di fornire un contesto normativo generale ed uniforme a livello europeo caratterizzato da maggiori margini di certezza, che consenta di coniugare queste due esigenze, favorendo al contempo un elevato livello di effettività nel perseguimento dei due obiettivi in una realtà sempre più tecnologizzata²⁵.

Ovviamente l'estensione formale e materiale dell'ambito di applicazione del Regolamento si gioca tutta sulla nozione di «dato personale»²⁶, che viene definito come «*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale*».

Ne consegue, quindi, che qualsiasi dato ricollegabile in via diretta o indiretta ad un soggetto fisico rientra nell'alveo della disciplina in parola²⁷.

Ma osservando il Regolamento da questa prospettiva, risulta evidente quanto la mera accezione di tutela della *privacy*, nel senso di tutela della riservatezza, risulti del tutto inadeguata a descrivere compiutamente la reale portata dell'ambito di operatività dello stesso.

Così, invece, i concetti di *privacy* e di tutela dei dati, che il Regolamento si prefigge di garantire, coinvolgono, nell'ottica di quanto, anche molto più in generale, la circolazione delle informazioni²⁸,

²⁴ A riguardo va evidenziato che la tutela dei dati personali, potendo essere potenzialmente lesiva di diritti fondamentali in via diretta o indiretta, può essere considerata oggi a pieno titolo come *esercizio di attività pericolosa* posta in essere dal titolare del trattamento (o dal responsabile) ai sensi dell'Art. 2050 del codice civile con tutto ciò che ne consegue.

²⁵ Un esempio applicativo di tale tensione e di come non sia facile trovare un ragionevole bilanciamento nell'azione di *enforcement* della normativa in analisi può essere rappresentato dal contemperamento tra tutela della *privacy* e protezione dei dati personali, da una parte, e, dalla necessità di assicurare un adeguato livello di sicurezza pubblica e di integrità del sistema finanziario europeo dall'altra, su cui per approfondimenti cfr. L. BORLINI, *Tutela della privacy e protezione dei dati personali a fronte della sicurezza pubblica e dell'integrità del sistema finanziario europeo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2017, 23-49.

²⁶ Collocata, significativamente, come prima definizione, al primo punto, del primo comma, dell'art. 4 del Regolamento relativo, appunto, alle definizioni.

²⁷ Da quanto previsto quindi i confini applicativi del Regolamento si estendono significativamente. Si pensi ad esempio alla mole di informazioni riconducibili a singoli soggetti in via diretta o indiretta ed indipendentemente dal fatto che queste informazioni siano strettamente personali o meno (es. la visita fatta da un utente ad un determinato sito web, la localizzazione di una persona in un dato posto, anche quando questa localizzazione possa essere fatta in via indiretta e non immediata e così via).

Sempre sulla nozione di dato personale va inoltre segnalato l'enorme problema legato alla deduzione di dati personali da dati che inizialmente non lo erano. Si pensi, a titolo di esempio, a come in alcuni casi con il ricorso a tecniche di analisi dei Big data si possa risalire ad informazioni personali; all'accesso illecito, magari per via informatica, a banche dati che consentano di de-pseudonimizzare dati che solo inizialmente erano classificabili come personali; ma ancora a tutta la problematica dell'uso dei programmi di intelligenza artificiale ed ai dati personali che potrebbero trovarsi a trattare nell'esercizio delle funzioni a queste assegnate. Su cui per ulteriori approfondimenti v. T. TANI, *L'incidenza dei big data e del machine learning sui principi alla base del Regolamento Europeo per la tutela dei dati personali (2016/679/UE) e proposte per una nuova normativa in tema di privacy*, in S. BONAVITA (cur.), *Società delle tecnologie esponenziali e General Data Protection Regulation*, Torino, Ledizioni, 35-65.

²⁸ Peraltro, come è stato affermato in dottrina, «il dato personale è l'oggetto del diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 8 della Carta europea dei diritti fondamentali. Quando i dati costituiscono oggetto di scambio, si profila quindi un contrasto fra la realtà commerciale internazionale e la concezione teorica tradizionale che afferma l'indisponibilità

in aree proprie di altri settori e materie, quali il mercato della concorrenza sulle informazioni e l'accesso alle informazioni²⁹.

Se a quanto rilevato si aggiunge che l'aumento esponenziale delle applicazioni tecnologiche e del loro uso sempre più necessita del trattamento di dati collegati o collegabili a soggetti fisici per consentirne l'utilizzo³⁰, risulterà chiaro come la portata del Regolamento e la relativa disciplina si stiano di fatto estendendo ben oltre il confine formale che ci si potrebbe rappresentare ad una prima lettura del campo di applicazione del GDPR, diventando di fatto onnipervasive³¹.

Ma quali sono gli elementi ed i principi che rappresentano il nocciolo duro del Regolamento e che potrebbero costituire, ove si affermassero, quel *common core* che il modello europeo di tutela della *privacy* e dei dati personali sta cercando di imporre a livello globale? Tra i più rilevanti si possono segnalare, ad oggi: il *principio di liceità* del trattamento dei dati personali, con particolare attenzione al requisito ed alla disciplina del *consenso*, in particolare del minore; il *principio di minimizzazione* nel trattamento di dati personali; il *principio di trasparenza e correttezza*; il *principio di conservazione* dei dati personali; il *principio di riservatezza ed integrità* dei dati personali; il "*diritto all'oblio*"; il *principio di accountability*; la *privacy by design e by default*; i profili di responsabilità³².

dei diritti della personalità. Anche il paradigma proprietario appare inadeguato: i dati personali non sono oggetto di un diritto esclusivo, ma sono invece oggetto di fruizione da parte di una pluralità di soggetti. La medesima informazione, infatti, viene utilizzata da più soggetti per scopi e finalità diverse, su basi giuridiche differenti. Non si configura dunque un diritto di disporre in modo pieno ed esclusivo, ma piuttosto un diritto di utilizzo», G. FINOCCHIARO, *Riflessioni*, cit., 896.

²⁹ Su cui per approfondimenti, anche con specifico riferimento al ruolo in materia del Responsabile per la protezione dei dati personali cfr. G. RESTA, *Digital platforms and the law: contested issues*, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1/2018, 231-248.

³⁰ Tale concetto ovviamente va inteso in senso ampio. Infatti, svariate applicazioni potrebbero funzionare, tecnicamente, anche senza la raccolta di dati personali, ma l'inserimento obbligatorio per il loro utilizzo da parte degli utenti, in molti casi, viene utilizzato per consentire allo sviluppatore dell'applicazione di monetizzare il lavoro posto in essere. Proprio la cessione a terzi di dati personali raccolti grazie all'uso dell'applicazione informatica, così, diventa l'elemento che consente di avere una sostenibilità economica nel tempo dell'applicazione. L'alternativa principale è rappresentata dal pagamento di una somma per l'uso dell'applicativo d'interesse. In buona sostanza, sempre più spesso, nel mercato digitale paghiamo la fruizione di un servizio con la cessione dei nostri dati personali. Ciò, va rilevato, accade anche al di fuori della Rete: si pensi, ad esempio, a quando, facendo un acquisto in un negozio, arrivati alla cassa, ci viene proposto di sottoscrivere una tessera fedeltà, con la quale di fatto cediamo i nostri dati personali, a fronte di una percentuale di sconto sull'acquisto che stiamo per effettuare. In quest'ultimo caso possiamo quantificare esattamente la valutazione fatta in quel momento dal mercato dei dati personali che sono stati richiesti.

³¹ Su cui cfr. C. TITO, *Perché la democrazia oggi è fondata sulla nostra privacy*, in *La Repubblica*, 18 giugno 2018, 1-2, che, riprendendo le dichiarazioni di Antonello Soro, attuale presidente in proroga dell'autorità Garante per la *Privacy*, efficacemente riassume «L'espansione di internet e dei social media sta avendo un impatto non solo sugli stili di vita di tutti i cittadini del mondo, ma anche sulla qualità delle nostre democrazie.

C'è un elemento che appare sempre più di inestricabile difficoltà con la crescente penetrazione del web nelle abitudini di ognuno di noi: il controllo dei dati che ci riguardano e la loro conservazione protetta. Le nostre abitudini, il tipo di lavoro, il modello di tempo libero che viene scelto costituisce una ricchezza per chiunque abbia bisogno di investire in qualsiasi settore.

Ma rappresenta soprattutto la più grande miniera per estrarre dalla popolazione il consenso. Ossia il voto e con esso quindi il successo elettorale. Un aspetto che ha già condizionato le campagne elettorali in molti paesi del mondo e anche in Italia. La possibilità di modellare la comunicazione e di tarare la propaganda sui singoli votanti è la prima conseguenza e, in una certa misura, anche la più lecita. Ma nelle distorsioni della rete è maturata – ed è ormai evidente – una seconda conseguenza: quella di determinare la scelta attraverso bisogni o paure indotte da messaggi continui e senza controllo sui social».

³² Sui quali per maggiori approfondimenti cfr. almeno: G. FINOCCHIARO (dir.), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, Zanichelli, 2017; L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI (curr.), *Il Regolamento Privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2016; S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (curr.), *La nuova disciplina europea della privacy*, Milano, Wolters Kluwer, 2016; i due tomi di G. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali, I (dalla dir. 95/46 al nuovo*

3. Il Responsabile per la protezione dei dati (DPO) come soggetto a rilevanza pubblica: a) istituzione

Il GDPR, per quanto riguarda i soggetti coinvolti nell'applicazione del Regolamento, tra le novità di maggior rilievo, ha istituito, dedicandogli l'intera sezione 4, agli articoli 37, 38 e 39³³, la figura del *Data Protection Officer* ("DPO")³⁴, tradotta nella versione italiana del Regolamento con la locuzione di Responsabile della Protezione dei Dati ("RPD")³⁵.

4. Segue: b) ruolo, funzioni e caratteristiche

L'introduzione della figura del DPO, precedentemente sconosciuta all'ordinamento italiano, ha creato, in questa prima fase applicativa del GDPR, non pochi dubbi interpretativi sulla precisa definizione del ruolo e delle funzioni che materialmente questa debba assumere rispetto al soggetto

regolamento europeo) e II (Il regolamento europeo 2016/679), Torino, Giappichelli, 2016; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (curr.), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, I Ed., Milano, Wolters Kluwer, 2018; F. DE STEFANI, *Le regole della privacy. Guida pratica al nuovo GDPR*, Milano, Hoepli, 2018; G. FINOCCHIARO (dir.), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, Zanichelli, 2019; inoltre tra gli articoli cfr. A. SPINA, *Alla ricerca di un modello di regolazione per l'economia dei dati. Commento al regolamento (Ue) 2016/679*, in *Riv. regol. merc.*, 2016, 143 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa*, 1/2018, 106-125; C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 22/2018, 1-34.

³³ Rispettivamente, Articolo 37 «Designazione del responsabile della protezione dei dati»; Articolo 38 «Posizione del responsabile della protezione dei dati»; Articolo 39 «Compiti del responsabile della protezione dei dati».

³⁴ In realtà figure analoghe erano già presenti in alcuni ordinamenti europei tra cui quello tedesco (fin dal 2003) ed austriaco, come obbligatorie; ed in quello francese, invece, come facoltativa.

³⁵ D'ora in poi si userà l'acronimo inglese, sia perché facilmente riconoscibile in tutta Europa, ma soprattutto per evitare gli equivoci ai quali purtroppo si presta il termine italiano, dal momento che la traduzione di *Data Protection Officer* in *Responsabile per la Protezione dei Dati [personali]* non sembra essere stata delle più felici. Infatti il termine *responsabile* utilizzato per tradurre l'inglese *officer* ha creato non pochi problemi. Ciò sia con riferimento ad altre figure previste dallo stesso Regolamento quali, ad esempio, il *Responsabile del trattamento*, ex art. 28, così come con la precedente figura prevista dal previgente Codice *privacy* di *responsabile del trattamento "interno"* ex art. 29, oggi superata; ma anche dal punto di vista della possibile interpretazione del termine "*responsabile*" nel senso di una possibile imputazione, in capo a questo soggetto, di una specifica responsabilità nel caso di una non corretta applicazione del Regolamento all'interno dell'organizzazione di riferimento. Tale ultima ipotesi, dopo le prime incertezze, è stata ormai ampiamente risolta in senso negativo: infatti in caso di comminazione di sanzioni il soggetto che risponde per la non corretta gestione del *sistema privacy* sarà il titolare del trattamento (e quindi nemmeno il rappresentante legale) dei dati personali, e ciò proprio in considerazione del fatto che egli è l'unico a poter incidere materialmente sulla conformazione organizzativa interna e che quindi avrà l'ultima parola in termini di predisposizione e gestione del *sistema privacy* dell'organizzazione della quale rappresenta l'organismo di vertice. Questo, anche in caso di dissenso con il DPO, che giova ricordare non gode di poteri gestionali diretti interni all'organizzazione. Così il DPO non potrà essere direttamente responsabile civilmente rispetto a terzi e tanto meno potranno essergli imputate sanzioni amministrative che ricadranno esclusivamente sul titolare, unico responsabile dell'organizzazione e del funzionamento del *sistema privacy* interno all'organizzazione. Eventuali profili di responsabilità tra i due rileveranno solo ed esclusivamente con riferimento al rapporto contrattuale assunto e quindi presumibilmente in caso di palese omissione o errata indicazione data dal DPO al titolare sul corretto adeguamento dell'organizzazione alle norme in materia. D'altra parte ove fosse possibile poter scaricare la responsabilità personale, da parte del titolare, sul DPO, e quindi separare la prevista responsabilità dai poteri gestionali e organizzativi interni, si creerebbe un *vulnus* enorme nel realistico perseguimento delle tutele previste dal Regolamento ed un inaccettabile indebolimento nell'azione di *enforcement* alla corretta implementazione e gestione del *sistema privacy* all'interno dell'organizzazione, con conseguente aumento, in ultima istanza, della rischiosità per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati.

presso il quale è chiamata a svolgere il proprio incarico e nel rapporto con altri soggetti pubblici e privati. Se tale figura, infatti, ad una prima lettura del Regolamento, potrebbe sembrare connotarsi per una natura di tipo prettamente privatistica in quanto soggetto, interno o esterno all'organizzazione di riferimento, contrattualizzato per svolgere determinate funzioni, a ben vedere può assumere, ed in alcuni casi assume, una significativa rilevanza pubblica, sotto un profilo materiale, nell'esercizio delle funzioni a questa assegnate.

Per una corretta lettura delle funzioni e del ruolo di tale figura non si può prescindere dal fatto che il Regolamento prevede che il DPO sia un soggetto necessariamente designato³⁶ in tutte le organizzazioni pubbliche ed in quelle private nelle quali, in buona sostanza, i trattamenti dei dati personali potrebbero comunque presentare rilevanti livelli di rischiosità per i dati personali trattati ed, in ultima istanza, per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dei soggetti coinvolti³⁷.

Ne consegue che l'obbligo di nomina e la natura stessa dell'organizzazione all'interno della quale il DPO svolge le proprie funzioni possano influire anche significativamente sull'esercizio materiale dei compiti a questo assegnati, in particolare nel rapporto con le relative finalità di rilievo giuspubblicistico³⁸.

³⁶ Il Regolamento all'art. 37 «Designazione del responsabile della protezione dei dati» prevede che:

«1. Il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento designano sistematicamente un responsabile della protezione dei dati ogniqualvolta:

a) il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, eccettuate le autorità giurisdizionali quando esercitano le loro funzioni giurisdizionali;

b) le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono in trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala; oppure

c) le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono nel trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9 o di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10.»

³⁷ Così il Regolamento prevede l'obbligatorietà di designazione quando il titolare attua un «monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala» o nel caso in cui vengano trattate particolari categorie di dati personali (cioè che in buona sostanza presentano un livello di rischiosità per i diritti e le libertà degli interessati particolarmente alto ove non venissero trattati correttamente) su *larga scala*. Cosa intenda il Regolamento per *larga scala* però non viene esplicitato, lasciando così margini di incertezza su chi, tra i soggetti privati sia obbligato o meno a dotarsi di un DPO. Il Regolamento sembrerebbe cercare di applicare un principio di *efficienza* regolativa, infatti: proprio i soggetti privati rientranti nel concetto di *larga scala* sono quelli che potrebbero danneggiare un elevato numero di interessati nel trattamento dei propri dati personali; l'estensione dell'obbligo di designazione del DPO anche alle piccole imprese sarebbe difficilmente sostenibile economicamente da queste che rischierebbero di dover sopportare costi eccessivi; ma anche, con tale soluzione, la stessa figura del DPO viene valorizzata riservando, anche se nulla vieta una eventuale designazione volontaria della stessa anche da parte di chi non vi sia obbligato, l'esercizio di tale attività a soggetti con elevata qualificazione professionale e che quindi meglio possono incidere nella effettività dell'applicazione del Regolamento proprio in quelle organizzazioni dove maggiori sono i rischi per la corretta gestione dei dati personali. Su cui cfr. G.M. RICCIO, *Data Protection Officer e altre figure*, in S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, cit., 52.

³⁸ Un ulteriore elemento di riflessione e di futuro approfondimento attiene alle funzioni, e all'esercizio delle stesse, assegnate al DPO a seconda del soggetto presso il quale svolge la propria funzione. Infatti tale contesto lavorativo non sarà ininfluente circa le modalità di esercizio dei propri compiti. In tal senso va la stessa conformazione dell'organigramma del Garante che prevede Dipartimenti specifici e separati per le realtà economiche e produttive, per le realtà pubbliche, ma anche, tra gli altri, per sanità e ricerca. A riguardo si pensi, infatti: a quanto sia differente l'esercizio delle proprie funzioni per un DPO nel sorvegliare l'applicazione del Regolamento presso un soggetto privato che svolge attività d'impresa e presso un soggetto pubblico che persegue, invece, un fine di carattere pubblicistico; a come si possono modificare i livelli e le aree di rischiosità di disapplicazione del Regolamento, le dinamiche decisionali interne all'organizzazione e la tipologia e l'entità delle possibili conseguenze per gli interessati nelle due tipologie di organizzazione; ma anche alle profonde differenze esistenti nel trattamento dei dati anche tra organizzazioni pubbliche che possono essere profondamente diverse tra loro (si pensi ad esempio ad un ospedale, ad una università, ad un ministero o ad un comune).

Le stesse caratteristiche che dovrebbe avere un DPO sono indicative dello stretto rapporto che questa figura ha, nell'esercizio dei compiti assegnati dal Regolamento, con la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. Infatti, nonostante non vi sia una esplicita previsione a riguardo, ormai sembra assodato che debba avere, *in primis*, ma non esclusivamente, una consolidata formazione giuridica³⁹ che gli consenta di gestire correttamente le norme di riferimento e soprattutto di effettuare nel migliore dei modi, anche grazie ad una sviluppata sensibilità riguardo alla tutela dei diritti, proprio quel necessario bilanciamento tra i valori costituzionali di volta in volta toccati dalle singole situazioni di applicazione della normativa in materia nelle quali si vede coinvolto. Il Regolamento che ha introdotto la figura del DPO nell'ordinamento europeo, come già ricordato, non può prescindere, infatti, dalla contemperazione dei due obiettivi che si prefigge: tutela dei dati personali da una parte e libera circolazione degli stessi dall'altra. Proprio del corretto bilanciamento tra queste due tensioni (anche in rapporto ad altri ulteriori diritti di rango costituzionale), di cui è portatore il Regolamento, si dovrà fare interprete il singolo DPO nello svolgimento dei compiti a lui assegnati, ma tale operazione dovrà essere sempre effettuata avendo ben chiare le possibili conseguenze derivanti, in ultima istanza, dalle scelte poste in essere dai singoli titolari per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati. Ciò andrà fatto in particolare valutando attentamente il singolo contesto applicativo e gli strumenti a disposizione dell'organizzazione coinvolta, sempre con un approccio funzionalista e non meramente formalista, per il perseguimento delle finalità previste dal legislatore. Tale azione ermeneutica sulle norme e sui diritti, oltre che la valutazione dei rischi di contesto, di volta in volta interessati, richiede una chiara conoscenza, una visione ampia ed una sviluppata sensibilità *in primis* proprio nei confronti dei valori costituzionali formali e materiali coinvolti, e dei quali diventa quindi portatore il DPO, in particolare nella fase applicativa della normativa di riferimento⁴⁰.

Le considerazioni, qui ancora solo appena accennate, dovrebbero iniziare a far intuire l'importanza di una corretta enucleazione della esatta portata del ruolo e dei compiti minimi del DPO, all'interno del modello europeo di tutela dei dati personali, proprio per garantire un elevato livello di garanzia degli interessati, e al contempo anche di corretta circolazione dei dati personali. Una interpretazione del ruolo e dei compiti a questo assegnati, incentrata esclusivamente su una applicazione formalista del Regolamento e non strettamente funzionale al perseguimento dell'obiettivo di perseguire una elevata tutela dei dati personali, infatti, può portare ad una

³⁹ In tal senso già il Regolamento all'art. 37, c. 5, che prevede «Il responsabile della protezione dei dati è designato in funzione delle qualità professionali, in particolare della conoscenza specialistica della normativa e delle prassi in materia di protezione dei dati, e della capacità di assolvere i compiti di cui all'articolo 39», su cui cfr. A. CILONA, *I requisiti per la nomina del Data Protection Officer e la certificazione Lead Auditor ISO 27001*, nota a Tar Friuli-Venezia-Giulia, 13 settembre 2018, n. 287, in *MediaLaws* (www.medialaws.eu), 1/2019, 240-247.

⁴⁰ Si pensi, a riguardo, al difficile banco di prova costituito dal necessario contemperamento tra tutela della salute collettiva e tutela dei dati personali che si pone in queste dure giornate nell'affrontare i profondi cambiamenti richiesti dalla generale riorganizzazione, nel trattamento dei dati personali, attuata da parte delle organizzazioni a seguito dei cambiamenti imposti dalla pandemia legata alla diffusione del Coronavirus COVID-19 in Italia. Sia qui consentito solo accennare all'emanazione del recentissimo DL 9 marzo 2020, recante «*Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19*», che prevede all'art. 14 «*Disposizioni sul trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale*»: al comma 3, alcune deroghe esplicite alle regole ordinarie di trattamento dei dati personali, ma contemporaneamente, anche in questa drammatica fase emergenziale, ribadisce l'obbligo del rispetto dei principi basilari del GDPR, così come sanciti all'art. 5; ma anche, al comma 6, la necessità che al termine di questa fase i trattamenti effettuati vengano ricondotti all'ambito delle ordinarie competenze e delle regole che disciplinano la materia, su cui anche su altri temi si è espresso direttamente il Comitato europeo per la protezione dei dati – EDPB – il 19 marzo 2020, con l'adozione della «*Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di COVID-19*», pubblicata in italiano sul sito del Garante il 20 marzo. Sullo specifico tema, inoltre, con impostazione più netta, cfr. A. MONTI, *COVID-19: fuorilegge l'app che traccia gli utenti?*, in *ICT LEX, Blog di Diritto, politica e cultura della Rete* (<http://www.ictlex.net/>), 22/03/2020.

applicazione della normativa in materia eccessivamente restrittiva che potrebbe ledere la corretta circolazione dei dati personali. Potrebbe, inoltre, far vivere gli adempimenti legati alla tutela di questi come un mero vincolo alle attività poste in essere da un'organizzazione e produrre, essa stessa, una condizione materiale non meno lesiva dei diritti e delle libertà dei cittadini⁴¹. All'estremo opposto, un bilanciamento attuato da un DPO che sia eccessivamente sbilanciato sulla circolazione dei dati personali potrebbe fargli perdere di vista proprio quelle libertà e quei diritti fondamentali che invece il legislatore europeo ha voluto riportare in primo piano in particolare nelle attività legate all'economia digitale, ma che non possono prescindere da un adeguato livello di raggiungimento della primaria finalità del Regolamento.

In buona sostanza, quindi, per comprendere fino in fondo il punto di vista del DPO nell'esercizio del proprio ruolo, e quindi dei propri compiti, si può assumere che questo deve fungere, da una parte, da portavoce qualificato dei diritti degli interessati all'interno delle organizzazioni che hanno l'obbligo o decidono di designarlo, sia nell'ottica, in ultima istanza, della riduzione dei livelli di rischio per i diritti e le libertà fondamentali di questi, ma anche in quella di favorire e agevolare la libera circolazione dei loro dati personali alle condizioni previste dalla normativa. Dall'altra, però, tale funzione non va assolutizzata, infatti, il DPO, ove dovesse trovarsi di fronte al contemperamento tra gli anzidetti diritti ed altri, comunque che presentino valenza di rango costituzionale ugualmente legittimi ma nel caso specifico preponderanti, dovrà senz'altro rappresentare fedelmente al titolare la sua visione, in base alla normativa vigente, circa la gerarchia di tutela che si dovesse venire a configurare tra questi con piena terzietà ed indipendenza. Da ciò dovrebbe risultare chiara l'imprescindibile necessità, per una corretta applicazione del quadro normativo in materia, che il DPO sia portatore di una chiara visione sistemica dell'ordinamento, che solo una formazione giuridica specialistica può fornire.

Se la lettura del ruolo del DPO viene fatta alla luce del fatto che il Regolamento assume sempre più, come rilevato, natura onnipervasiva, diventa ancora più evidente che la presenza del DPO nella corretta gestione ed applicazione delle disposizioni in materia di tutela dei dati personali riveste un ruolo di primo piano agli occhi del giuspubblicista, anche in ottica multilivello, proprio nel garantire e bilanciare i diritti e le libertà fondamentali di volta in volta coinvolte⁴².

Proprio per consentire al DPO di svolgere correttamente il proprio ruolo all'interno delle organizzazioni coinvolte, il Regolamento prevede una chiara posizione⁴³ di questo rispetto al titolare, al *responsabile del trattamento*⁴⁴ ed agli *interessati*. Così il DPO: deve essere

⁴¹ Infatti, anche la mancata circolazione o accesso a dati personali può essere fortemente lesiva di diritti e libertà degli interessati. Un esempio di scuola sta diventando il mancato accesso o l'indisponibilità di dati sanitari per un medico che si trovasse a dover prendere decisioni, ad esempio di tipo terapeutico salvavita, su di un interessato (es. indisponibilità, anche temporanea, di accesso ad una cartella sanitaria elettronica).

⁴² Su cui per alcuni primi approfondimenti in particolare nel bilanciamento tra *privacy*, protezione dei dati, libertà di espressione e trasparenza, cfr. C. DOCKSEY, *Four fundamental rights*, cit., 195-209.

⁴³ Articolo 38 «*Posizione del responsabile della protezione dei dati*».

⁴⁴ Per «*responsabile del trattamento*» si intende «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento», ex art. 4, c.1, 8), tale figura è poi disciplinata in dettaglio all'art. 28 del GDPR. L'introduzione di questa da parte del GDPR ha creato non poca confusione già solo in relazione alla presenza, nel previgente *Codice privacy*, nel soppresso art. 29, come già ricordato sopra, della figura del Responsabile "interno" del trattamento, che quindi oggi è stata superata a favore di questa nuova nozione che riguarda solo ed esclusivamente soggetti esterni all'organizzazione del titolare. Ma il richiamo al *responsabile del trattamento* può creare confusione anche da un altro punto di vista, giacché il titolare del trattamento nello svolgere le proprie attività nel rapporto con altri soggetti esterni può assumere come medesimo soggetto, ai fini della normativa *privacy*, a volte il ruolo di titolare autonomo nel trattamento dei dati, ma in altri casi può esso stesso assumere il ruolo, appunto, di *responsabile del trattamento*. In base a questa precisazione dovrebbe quindi risultare chiaro che il DPO, che opera all'interno di una organizzazione può essere chiamato a svolgere la propria funzione sia nei confronti del titolare di una organizzazione, sia, quando la medesima organizzazione assume il ruolo di responsabile del trattamento nei confronti

tempestivamente ed adeguatamente coinvolto⁴⁵ dal titolare in tutte le questioni relative alla protezione dei dati personali, in modo tale da poter fornire il proprio supporto specialistico nelle decisioni da prendere; dovrà essere supportato (tecnicamente ed economicamente) dal titolare, messo in condizione di svolgere le proprie funzioni e mantenere la propria formazione specialistica aggiornata⁴⁶; nell'esercizio del proprio ruolo gode di una specifica tutela interna, infatti gli dovrà essere garantita la terzietà ed indipendenza rispetto ad eventuali interferenze del titolare (ma anche del responsabile del trattamento), si dovrà relazionare ai vertici dell'organizzazione ai quali riferirà sulle questioni nelle quali è coinvolto e non potrà essere discriminato o danneggiato, a maggior ragione se interno, a causa dei pareri o delle azioni poste in essere nell'esercizio dei propri compiti⁴⁷; può essere contattato dagli interessati per questioni legate alla presunta violazione delle norme relative al trattamento dei propri dati personali causate dall'organizzazione nella quale è stato designato o relativamente all'esercizio dei diritti derivanti dal Regolamento⁴⁸; avrà diritto di pieno accesso ai dati personali trattati dall'organizzazione nell'esercizio dei propri compiti e, per converso, un obbligo di segretezza o di riservatezza circa l'adempimento dei propri compiti nel rispetto del diritto dell'Unione o dei singoli Stati membri⁴⁹; potrà svolgere, infine, ulteriori compiti e funzioni purché non in conflitto di interessi con l'attività da porre in essere presso l'organizzazione nella quale svolge il proprio incarico⁵⁰.

5. Segue: c) i compiti interni all'organizzazione

L'articolo 39⁵¹ del GDPR prevede i *compiti* minimi da assegnare al DPO, ma ciò non vuol dire, che in fase di designazione il titolare non possa decidere di affidare a questo ulteriori compiti, che però andranno dapprima concordati con il DPO, quindi formalizzati e, ove comportino un aggravio lavorativo, remunerati. Il primo compito che il Regolamento richiede di svolgere al DPO è relativo alla *informazione e consulenza*⁵² da fornire al titolare del trattamento, al responsabile del

di altri soggetti terzi, nei confronti di quest'ultimo. Ne consegue che quando la normativa si riferisce a tale figura non sta parlando di un altro soggetto terzo rispetto all'organizzazione che lo ha designato ma sostanzialmente del medesimo soggetto che assume ruoli e responsabilità diverse a seconda della tipologia di trattamento posta in essere.

⁴⁵ Art. 38, «1. Il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento si assicurano che il responsabile della protezione dei dati sia tempestivamente e adeguatamente coinvolto in tutte le questioni riguardanti la protezione dei dati personali».

⁴⁶ Art. 38, «2. Il titolare e del trattamento e il responsabile del trattamento sostengono il responsabile della protezione dei dati nell'esecuzione dei compiti di cui all'articolo 39 fornendogli le risorse necessarie per assolvere tali compiti e accedere ai dati personali e ai trattamenti e per mantenere la propria conoscenza specialistica».

⁴⁷ Art. 38, «3. Il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento si assicurano che il responsabile della protezione dei dati non riceva alcuna istruzione per quanto riguarda l'esecuzione di tali compiti. Il responsabile della protezione dei dati non è rimosso o penalizzato dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento per l'adempimento dei propri compiti. Il responsabile della protezione dei dati riferisce direttamente al vertice gerarchico del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento».

⁴⁸ Art. 38, «4. Gli interessati possono contattare il responsabile della protezione dei dati per tutte le questioni relative al trattamento dei loro dati personali e all'esercizio dei loro diritti derivanti dal presente regolamento».

⁴⁹ Art. 38, «5. Il responsabile della protezione dei dati è tenuto al segreto o alla riservatezza in merito all'adempimento dei propri compiti, in conformità del diritto dell'Unione o degli Stati membri».

⁵⁰ Art. 38, «6. Il responsabile della protezione dei dati può svolgere altri compiti e funzioni. Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento si assicura che tali compiti e funzioni non diano adito a un conflitto di interessi».

⁵¹ Articolo 39 «*Compiti del responsabile della protezione dei dati*».

⁵² Art. 39, «1. Il responsabile della protezione dei dati è incaricato almeno dei seguenti compiti: a) informare e fornire consulenza al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento nonché ai dipendenti che eseguono il trattamento in merito agli obblighi derivanti dal presente regolamento nonché da altre disposizioni dell'Unione o degli Stati membri relative alla protezione dei dati».

trattamento⁵³, nonché ai dipendenti che operano sui dati personali per quanto attiene agli obblighi del Regolamento, ma anche ad altre disposizioni in materia di tutela dei dati personali. All'interno di tali specifiche funzioni, quindi, si esplica un ruolo rilevante del DPO che deve sia rendere edotto il titolare, *in primis*, ma anche l'intera organizzazione, sugli adempimenti previsti dal Regolamento (anche con opportuni aggiornamenti specificamente riferibili alle attività poste in essere dall'organizzazione); sia svolgere attività di *consulenza* e cioè, ove richiesto, di fornire il proprio punto di vista sull'applicazione della normativa in materia a casi concreti. Proprio in quest'ultimo caso il DPO è chiamato maggiormente ad adattarsi alle singole questioni a lui sottoposte l'applicazione dei criteri, esplicitandoli, in base ai quali effettuare il materiale bilanciamento nella tutela dei vari diritti costituzionalmente garantiti dalla normativa e coinvolti⁵⁴.

Un altro basilare compito assegnato al DPO attiene alla *sorveglianza sull'osservanza del Regolamento*⁵⁵ (e delle altre disposizioni in materia) con particolare riguardo alle relative scelte effettuate dal titolare (e dal responsabile). Queste ultime vanno intese in senso molto ampio, e cioè comprensive dell'attribuzione delle responsabilità, della sensibilizzazione e della formazione di tutti i soggetti che a vario titolo trattano dati personali all'interno dell'organizzazione di riferimento o sono connessi all'attività di controllo. Proprio tale compito, che tipicamente rientra tra quelli di un *officer*, cioè di un soggetto che in modo sistematico cerca di monitorare il funzionamento del sistema *privacy* del quale, all'interno dei paletti minimi previsti dalla normativa, ha deciso di dotarsi il titolare, assume un ruolo nevralgico per la effettiva tutela dei diritti e delle libertà degli interessati. Infatti, se è vero che il titolare gode oggi con il GDPR di un'ampia discrezionalità sulla conformazione materiale del sistema *privacy*, sempre all'interno dei principi fissati dal Regolamento, è proprio grazie a questa azione del DPO – per la quale ovviamente dovrebbe anche essere dotato degli strumenti idonei da parte del titolare, in particolare per strutture di dimensioni rilevanti – che l'organizzazione potrà adeguarsi e conseguentemente innalzare i propri livelli di *compliance* alla normativa e di tutela dei dati personali. Il DPO, quindi, viene inserito, con tale compito, all'interno

⁵³ E cioè del medesimo titolare quando assume il ruolo di *responsabile del trattamento* rispetto ad altri soggetti, cfr. *supra* nt. 45.

⁵⁴ A riguardo, va rilevato che, per una corretta interpretazione dello svolgimento dei compiti assegnati al DPO, quest'ultimo (in particolare se "interno") non dovrà cadere nell'errore di sostituirsi al titolare (o al responsabile) del trattamento, né il titolare potrà pensare di delegare il proprio ruolo al DPO. Infatti, ove si verificasse una malaugurata ipotesi del genere, si violerebbe la *ratio* del Regolamento mediante la separazione tra il soggetto che ha il potere di incidere sulla conformazione dell'organizzazione in ottica di tutela della *privacy* (titolare) e la relativa responsabilità. Ciò creerebbe, inoltre un cortocircuito tra controllore e controllato, nel senso che ove il DPO materialmente dovesse intervenire in via diretta sulla conformazione o su documenti del sistema *privacy* andando a modificare a suo piacimento la conformazione dello stesso, da una parte va rilevato che in caso di problemi, come già rilevato, comunque risponderrebbe il titolare, ma, inoltre, il DPO si troverebbe contemporaneamente nella posizione di controllato e di controllore, cosa ovviamente non consentita dalle norme oltre che evidentemente irrazionale. Così anche nelle consulenze che verranno richieste al DPO questo dovrà fornire al titolare le indicazioni necessarie per poter applicare correttamente la normativa in materia ma non dovrà predisporre materialmente i relativi documenti del sistema *privacy*. Peraltro va rilevato che, in particolare in organizzazioni di dimensioni elevate, da una parte solo ed esclusivamente il singolo responsabile dell'ufficio o della funzione che si starà esercitando avrà il controllo e la visione completa sulle varie implicazioni che un determinato trattamento di dati personali potrebbe avere sulle variabili che è chiamato a gestire; dall'altra sarebbe materialmente impossibile per un DPO sostituirsi al lavoro di tutti gli addetti che dovessero porre in essere azioni che incidono sul sistema *privacy* dell'organizzazione. Ma non di meno va tenuto in debito conto che impegnare l'attività del DPO ad un tale livello di dettaglio applicativo materiale delle norme lo assorbirebbe totalmente distogliendolo proprio dalle altre attività sistemiche che solo lui, con la sua elevata professionalità e visione d'insieme, verosimilmente potrebbe svolgere nel supporto al titolare.

⁵⁵ Art. 39, c. 1, «b) sorvegliare l'osservanza del presente regolamento, di altre disposizioni dell'Unione o degli Stati membri relative alla protezione dei dati nonché delle politiche del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento in materia di protezione dei dati personali, compresi l'attribuzione delle responsabilità, la sensibilizzazione e la formazione del personale che partecipa ai trattamenti e alle connesse attività di controllo».

di un modello di miglioramento continuo che sostanzialmente ricalca il *ciclo di Deming*⁵⁶. In questa logica il DPO assume, in pratica, il ruolo di una sorta di *auditor interno* all'organizzazione, ma sostanzialmente terzo rispetto a questa. Un modello così impostato dovrebbe presentare il vantaggio di essere proattivo rispetto alle singole problematiche che potrebbero affliggere la tutela dei dati personali nell'organizzazione di riferimento. Tale modello inoltre potrà, ove correttamente attuato, intervenire sia prima che si verifichi un problema di non corretta gestione dei dati personali, ma anche di migliorarsi nel tempo, essendo in grado di fare tesoro delle esperienze passate così da produrre un costante innalzamento dei livelli di tutela nella protezione dei dati personali degli interessati.

Il terzo punto dell'art. 39, alla lettera c), prevede che il DPO sia obbligato, ove coinvolto, a fornire il proprio parere⁵⁷ nel caso in cui il titolare, valutata la tipologia di trattamento da porre in essere, ritenga sussistente l'obbligo di attivazione di una specifica procedura prevista dal regolamento per valutare in via preventiva la rischiosità di questo (valutazione d'impatto sulla protezione dei dati)⁵⁸. In questo caso l'obbligo, alle condizioni previste dal Regolamento, di condurre la procedura ricade sul titolare in quanto ultimo responsabile dell'organizzazione interna e quindi della corretta implementazione del sistema *privacy*. L'eventuale coinvolgimento del DPO, tuttavia, serve al titolare per fornire un qualificato parere volto a rilevare eventuali rischi relativi al trattamento dei dati coinvolti, in particolare con riferimento alla natura, all'ambito di applicazione, al contesto e alle finalità del trattamento⁵⁹. In caso di attivazione del DPO, infatti, da una parte il titolare si dota della visione di un esperto nella valutazione dei rischi per le libertà ed i diritti fondamentali coinvolti, ma dall'altra non potrà ignorare tale parere senza assumersene la relativa responsabilità soprattutto ove questo fosse palesemente fondato. Infatti, se dall'attivazione di tale trattamento, nonostante il parere contrario del DPO, dovessero derivare eventuali lesioni dei diritti degli interessati, ciò realisticamente potrebbe incidere sulla quantificazione di eventuali sanzioni a discapito del titolare da parte del *Garante per la protezione dei dati personali* (in seguito Garante) in una conseguente eventuale ispezione. Proprio per tale motivo, in più occasioni pubbliche, gli uffici del Garante hanno sottolineato l'importanza della tracciabilità dei pareri emessi dai DPO, che possono così diventare, di fatto, un importante elemento di pressione nei confronti di eventuali titolari che ritenessero di trascurare eventuali rischi per i diritti degli interessati⁶⁰.

⁵⁶ Il *ciclo di Deming* (o *ciclo di PDCA*, acronimo dall'inglese *Plan – Do – Check – Act*, in italiano "Pianificare - Fare - Verificare - Agire") è un metodo di gestione iterativo in quattro fasi utilizzato per il controllo e il miglioramento continuo dei processi e dei prodotti, spesso alla base dei moderni sistemi di gestione della qualità.

⁵⁷ Art. 39, c. 1, «c) fornire, se richiesto, un parere in merito alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e sorvegliarne lo svolgimento ai sensi dell'articolo 35».

⁵⁸ Indicata normalmente con il sintagma inglese *Data Protection Impact Assessment* (DPIA), su cui per approfondimenti v. R. BINNS, *Data protection impact assessments: a meta-regulatory approach*, in *International Data Privacy Law*, 1/2017, Vol. 7, 22-35.

⁵⁹ Cfr. Art. 39, «2. Nell'eseguire i propri compiti il responsabile della protezione dei dati considera debitamente i rischi inerenti al trattamento, tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del medesimo».

⁶⁰ In altri istituti il Regolamento, ad es. in caso di presunto *data breach* (cioè in caso di una perdita o indisponibilità di dati personali oggetto di trattamento da parte del titolare), ha previsto l'obbligo di coinvolgimento del DPO e, in caso di *dissenting opinion*, l'annotazione su di un apposito registro dedicato ai *data breach* di cui normalmente è responsabile il titolare. Anche in questa ipotesi la normativa prevede che resterà in capo al titolare l'ultima parola nel decidere se ci si trovi o meno di fronte ad un *data breach* e quindi se attivare la relativa comunicazione al Garante dei dati personali, ma anche in questa ipotesi tale elemento può essere tenuto in considerazione *ex post* nella quantificazione di eventuali sanzioni da comminare al titolare da parte del Garante. Uno dei rischi applicativi a riguardo potrebbe essere rappresentato da una interpretazione del DPO eccessivamente *difensiva* che faccia automaticamente produrre a quest'ultimo sempre e comunque pareri di sussistenza del *data breach* proprio per evitare eventuali rischi di rivalsa contrattuale da parte del titolare che, in ipotesi opposta, avesse evitato di segnalare al Garante un *data breach* su parere errato del DPO.

6. Segue: *d) il rapporto con il Garante: verso una “rete” globale della protezione dei dati personali?*

Gli ultimi due punti dell'art. 39, c. 1, *d)* ed *e)*⁶¹, tra i compiti del DPO dispongono anche che questi debba «cooperare con l'autorità di controllo» (segnatamente, nel nostro ordinamento, con il Garante⁶²) e al punto *e)* che debba fungere, ove competente, da *punto di contatto* con questo. In particolare viene esplicitamente richiamato il caso in cui vi fosse la necessità di attuare una *consultazione preventiva* del Garante⁶³ ai sensi dell'art. 36 del GDPR, ma si prevede inoltre, secondo il modello della c.d. “norma in bianco”, che il DPO, a sua discrezione, possa consultare gli uffici del Garante su qualsiasi altra questione, attinente alle sue competenze ed ove lo ritenesse opportuno.

Con quest'ultima previsione, quindi, il Garante si configura come una sorta di *consulente di ultima istanza* nei confronti dei DPO e quindi dei titolari. A riguardo si badi che la norma non riporta alcun preventivo assenso o potere ostativo in capo al titolare, ne consegue che tale potere *consultivo*, ma che a ben vedere può anche assumere un ruolo “materialmente *informativo*” a disposizione del DPO nei confronti del Garante⁶⁴, rappresenta un rilevante istituto formalizzato di interazione tra i due soggetti. Questo, infatti, può costituire già un primo ma importante tassello nella creazione di un rapporto a “rete” che sempre più si inizia a formalizzare tra Garante, garanti e singoli DPO (peraltro non solo dei Paesi membri) nella sorveglianza sull'applicazione delle norme in materia di tutela dei dati personali. Così con la positivizzazione, fra i compiti minimi obbligatori del DPO, anche di quello di cooperazione con il Garante, il legislatore europeo ha creato le condizioni formali e materiali per un rapporto diretto tra le “braccia armate” della tutela della *privacy* (cioè le Agenzie nazionali, che rappresentano i soggetti pubblici in prima linea nel controllo sull'*enforcement* della normativa in materia e che dispongono di rilevanti poteri ispettivi e sanzionatori) ed i DPO. Cioè proprio con quegli interlocutori privilegiati che, all'interno delle organizzazioni, grazie alle caratteristiche di elevata professionalità e competenza in materia di tutela dei dati personali che li dovrebbero contraddistinguere, sono in grado di parlare la medesima lingua del Garante e quindi ben si possono

⁶¹ Art. 39, 1, «d) cooperare con l'autorità di controllo; e

e) fungere da punto di contatto per l'autorità di controllo per questioni connesse al trattamento, tra cui la consultazione preventiva di cui all'articolo 36, ed effettuare, se del caso, consultazioni relativamente a qualunque altra questione».

⁶² Nello studio di tale autorità indipendente si dovrà tenere in debito conto il fatto che questa, a differenza di altre (es. *Autorità garante per la concorrenza ed il mercato* – AGCM o *Antitrust*, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* – AGCOM), è portatrice della tutela di un diritto fondamentale e non di un settore.

⁶³ Cioè nel caso in cui la valutazione d'impatto relativa ad un trattamento prevista dall'art. 35 del Regolamento, presentasse un rischio elevato per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati, in assenza di misure adottate dal titolare del trattamento per attenuare il rischio.

⁶⁴ Inizia così a fare capolino, nell'attuale scenario normativo, la questione della natura del rapporto tra DPO e Garante. E cioè se il DPO a determinate condizioni, si pensi ad esempio se a seguito di ripetute violazioni del Regolamento da parte del titolare, in particolare ove tali violazioni pongano a serio rischio i diritti e le libertà fondamentali degli interessati, sia soggetto ad un vero e proprio obbligo di segnalazione nei confronti del Garante (oltre quello già previsto nei confronti del titolare). Così non si può escludere che tale istituto possa essere utilizzato, in modo alternativo, per segnalare in via indiretta, con il pretesto della consultazione preventiva facoltativa, eventuali situazioni di disapplicazione del Regolamento da parte di titolari restii ad applicare la normativa in materia e presso i quali il DPO opera. Va rilevato, infatti, che ad oggi non sembra possa sussistere un vero e proprio obbligo di riferire, da parte del DPO, al Garante o all'Autorità giudiziaria (non rivestendo il DPO la qualifica di pubblico ufficiale alle dipendenze del Garante o di ufficiale di polizia giudiziaria), anche se tale strumento potrebbe rappresentare una sorta di invito indiretto al Garante ad accendere un riflettore sull'organizzazione dalla quale proviene la segnalazione da parte del DPO sulla questione posta. Certo la tematica resta ancora da indagare con un maggior livello di approfondimento, con particolare riguardo anche agli aspetti giuslavoristici collegati al rapporto che si viene ad instaurare tra titolare e DPO, in particolare con riferimento agli obblighi di riservatezza a questo connessi e alle eventuali differenze relative alla designazione di un DPO “interno” o “esterno” all'organizzazione.

fare portatori, quali soggetti terzi indipendenti rispetto ai titolari che li hanno designati, delle istanze relative all'organizzazione nella quale operano e che quindi ben conoscono, sia *rispetto*, che *da parte*, del Garante⁶⁵.

Il rapporto tra questi soggetti viene quindi a conformarsi in modo biunivoco, dal momento che il DPO diventa, a determinate condizioni, abilitato a rapportarsi con il Garante, dall'altro anche il Garante, ove abbia bisogno di informazioni, sempre in relazione alle proprie competenze, su questioni che coinvolgono l'organizzazione nella quale è designato il DPO, si potrà rivolgere a questo quale «punto di contatto» per avere prime informazioni utili⁶⁶. Ovviamente il DPO in questa azione non si potrà sostituire in alcun caso al titolare rispondendo al Garante al suo posto o redigendo la documentazione per la consultazione preventiva, così come «tutte le informazioni relative ai trattamenti dati e ai relativi rischi associati dovranno essere necessariamente forniti dal titolare o dal responsabile»⁶⁷.

Passando ad osservare il rapporto tra i DPO ed i Garanti nazionali, alla luce del Regolamento e nell'ottica di indagine qui assunta che coinvolga anche gli aspetti di “diritto vivente”, questo assume nuove sfumature di estremo interesse e degne d'indagine. Infatti se, limitandosi a quanto previsto dalla struttura formale configurata dal Regolamento, si potrebbe ipotizzare un mero rapporto tra un soggetto pubblico (le singole autorità tecniche indipendenti nazionali – cioè i Garanti), ed un soggetto sostanzialmente di tipo privatistico (i singoli DPO designati, con alcune differenze, peraltro significative se si ragiona su DPO *interni*, e quindi già dipendenti dell'organizzazione, o *esterni*), approfondendo l'attuale evoluzione materiale di tale rapporto la conformazione sembra iniziare ad assumere toni meno netti, in particolare con riguardo alla figura del DPO. Se poi tale rapporto viene indagato anche alla luce del contesto applicativo che sta assumendo la normativa in materia di tutela dei dati personali, le differenze tra la strutturazione teorica del modello regolativo e la relativa risultante applicativa sembrerebbero iniziare a divaricarsi ulteriormente. Il rapporto formalizzato dal Regolamento, quindi, può essere letto in senso evolutivo, oltre che alla luce dei primi aspetti accennati sopra, anche, ad esempio, osservando alcune significative iniziative dedicate esclusivamente ai DPO⁶⁸, operanti presso soggetti pubblici, e promosse da singoli garanti nazionali. Tali iniziative sono state lodevolmente volte sia a migliorare i livelli di uniformità applicativa del

⁶⁵ Avere un interlocutore privilegiato e competente all'interno delle organizzazioni che trattano dati personali e che, avendo l'obbligo di un DPO, sono proprio quelle che presentano un maggior livello di rischiosità per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati, può risultare elemento strategico proprio nei tempi di risposta ad eventuali minacce per la tutela dei dati personali, sia in ottica reattiva che proattiva. Ancora una volta si pensi alle procedure e tempistiche di gestione e risposta previste in caso di *data breach* in cui son previsti i termini massimi di segnalazione espressi in termini di ore (72!).

⁶⁶ Ad esempio si pensi al caso in cui, a seguito di notifica al Garante di *data breach*, quest'ultimo avesse bisogno di ulteriori informazioni sullo stesso. In questo caso potrebbe contattare il DPO, che però si dovrà limitare a fare da interlocutore privilegiato nei confronti del Garante, ma mai da “avvocato” del titolare. Infatti il DPO è, in base alla normativa, di fatto prevalentemente portatore delle istanze degli interessati all'interno dell'organizzazione, il titolare, invece, degli interessi dell'organizzazione. Così in caso contrario si verrebbe a creare un palese conflitto di interessi tra i ruoli e le funzioni dei due soggetti in materia. Ovviamente nulla vieta al Garante di contattare direttamente il titolare, ove lo ritenesse necessario. La scelta di sentire preliminarmente il DPO sarebbe dettata semplicemente da esigenze di efficienza comunicativa e di prima rappresentazione della situazione da parte di un soggetto terzo indipendente rispetto all'organizzazione, che si presume possa avere una maggiore lucidità, nel rappresentare l'accaduto e nel fornire ulteriori elementi sullo stesso, oltre che, molto probabilmente, una maggiore conoscenza tecnica del sistema *privacy* coinvolto rispetto anche forse allo stesso titolare che dovrà occuparsi di tutti gli aspetti gestionali dell'organizzazione, compreso quello della *privacy*.

⁶⁷ G.M. Riccio, Art. 39, in G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario (a cura di), *GDPR e normativa privacy*, cit., 352.

⁶⁸ Si pensi ad esempio anche alle *faq* del Garante o alle precisazioni del WP-29, oggi sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati, su cui ad esempio cfr., A. D'AGOSTINO, E. MAGAGNOLI, *Regolamento UE 2016/679 – Il Data Protection Officer alla luce dei recenti chiarimenti del WP-29 e dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali*, in *Ilsole24ore* (www.ilsole24ore.com), 23 gennaio 2018, 1-3.

Regolamento, attraverso la condivisione con i DPO coinvolti della visione applicativa minima di questo; sia alla creazione di un rapporto privilegiato tra Garante e singoli DPO (in questo caso del settore pubblico, con tutte le sue peculiarità), sempre e comunque nel pieno rispetto dei rispettivi ruoli⁶⁹.

Così andrà verificato se e in che misura in un prossimo futuro, con una maggiore stabilizzazione materiale del ruolo dei DPO nei vari ambiti operativi, ci si stia avviando o meno verso un processo che possa portare le Autorità nazionali a declinare in modo più o meno rilevante le previsioni formali previste dal Regolamento in relazione al ruolo materialmente svolto dai DPO⁷⁰. Tale processo, infatti, potrebbe far convergere sempre più la realtà applicativa delle tutele in materia di dati personali verso un modello materiale europeo il cui rapporto con i singoli Garanti si caratterizzi per una strettissima relazione bidirezionale che trasformi i DPO, ove presenti, in una sorta di “estensioni operative” di questi all’interno proprio di quelle organizzazioni che maggiormente possono incidere sulla lesione di quei diritti e di quelle libertà fondamentali che il Regolamento in via diretta ed indiretta si prefigge di tutelare.

Per completare il quadro qui necessariamente solo tratteggiato, infine e passando ad una prospettiva di osservazione multilivello, può risultare interessante almeno accennare, da una parte, al rapporto di cooperazione previsto dallo stesso Regolamento⁷¹ tra i garanti europei e all’istituzionalizzazione del Comitato europeo per la protezione dei dati; dall’altra, anche a quello, ormai formalizzato, tra i singoli garanti statali (ove presenti) a livello internazionale⁷². Infatti tali

⁶⁹ A titolo di esempio si pensi al progetto *T4data* promosso dal garante italiano che ha previsto una serie di iniziative e di incontri di formazione specificamente destinati ai DPO delle pubbliche amministrazioni (materiali e descrizione completa reperibili in www.garanteprivacy.it/regolamentoue/formazione/t4data). Grazie a questo si è di fatto resa possibile la condivisione con i DPO della lettura interpretativa fatta dal Garante del Regolamento, ma anche dello stesso ruolo del DPO. Tali seminari sono poi stati anche messi a disposizione *on line* per i DPO che non sono potuti intervenire ai singoli incontri, che va segnalato hanno registrato la piena affluenza, a testimonianza anche della domanda di un minimo di certezze interpretative sulla normativa, in particolare in fase di prima applicazione. Altro elemento degno di nota, sempre all’interno dello stesso progetto, è rappresentato dalla promozione, con la collaborazione di altre autorità europee, anche della redazione di un manuale tipo del DPO (redatto originariamente in lingua inglese e successivamente tradotto in italiano) con il quale sono stati forniti ai DPO varie attività ed esempi di come il DPO dovrebbe materialmente interpretare il proprio ruolo e svolgere le funzioni a questo assegnate. Ora, benché il manuale sia stato corredato di ampio *disclaimer* in premessa che sottolinea l’assenza di qualsiasi valenza ufficiale e vincolante dello stesso, e che questo rappresenti esclusivamente un esempio di buona pratica, ben si comprenderà che, in assenza di ulteriori riferimenti ufficiali e alla luce del fatto che tale documento è nato sotto gli auspici di più di una autorità garante nazionale, comunque il contenuto dello stesso possa ben rappresentare uno strumento per indirizzare verso la conformazione operativa rappresentata l’esercizio materiale delle funzioni dei DPO nelle rispettive organizzazioni. Con questo esempio di possibile buona pratica, che sicuramente può essere letto come strumento realizzato nel supporto ed in ottica di servizio ai DPO che operano presso soggetti pubblici, vengono quindi introdotti in ottica materiale prassi e interpretazioni della normativa difficilmente derogabili dai singoli DPO, salvo essere disposti ad assumersi l’onere di dimostrare nelle varie sedi la bontà delle proprie interpretazioni della normativa. Così potrebbe anche capitare che con tali modalità vengano materialmente veicolate sul DPO funzioni ulteriori rispetto a quelle minime esplicitamente previste dal Regolamento o contrattualizzate spingendosi anche al limite della discrezionalità prevista dalle norme. A titolo di esempio riguardo a quest’ultimo punto, si pensi alla funzione apparentemente esclusiva assegnata ai DPO nel rispondere alle istanze degli interessati che sembrerebbe emergere dal citato manuale/modello, ma che non sembra affatto rispondere a quanto previsto dalla normativa, che non vieta né agli interessati di rivolgersi direttamente al titolare né che quest’ultimo possa rispondere direttamente a questi.

⁷⁰ A riguardo va anche rilevato che, ove le Autorità dovessero esagerare nell’interpretazione estensiva del ruolo dei DPO, potrebbero ben intervenire le Corti, ed in particolare quella di Giustizia, o direttamente il legislatore europeo dettagliando i limiti interpretativi delle relative norme e ristabilendo confini più netti alla conformazione regolativa della materia.

⁷¹ Cfr. Capo VII «Cooperazione e coerenza», artt. 60-76 del Regolamento.

⁷² Si pensi ai costanti appuntamenti, che si svolgono ormai dal lontano 1979, rappresentati dalle *Conferenze mondiali dei Garanti privacy* (ICDPPC), giunti alla quarantaduesima edizione, che si terrà quest’anno in Messico.

rapporti producono e produrranno necessariamente ripercussioni sulla conformazione giuridica del ruolo materiale che dovranno svolgere i DPO, a causa della influenza delle posizioni condivise dai garanti a livello internazionale e veicolate da ognuno di questi nei rispettivi ordinamenti nazionali, negli spazi di discrezionalità concessi dalle rispettive normative alle quali sono sottoposti. Maggiore sarà il livello di condivisione di tali posizioni e più velocemente queste entreranno, anche grazie ai DPO, nelle differenti organizzazioni. Da tale prospettiva d'indagine, quindi, sembrerebbe sempre più netta la direzione presa dal modello: una sorta di conformazione "a rete" della sorveglianza sull'applicazione e sull'*enforcement* del modello europeo di protezione dei dati personali, che coinvolge soggetti pubblici e a rilevanza pubblica (DPO) con sempre maggiori correlazioni reciproche, anche oltre i confini dell'Unione.

Nella dimensione europea, così, si iniziano già a rilevare maggiori elementi di circolazione dei modelli applicativi condivisi dai Garanti europei contenenti principi, standard e strumenti volti alla tutela dei dati personali. Si assiste, inoltre, anche ad un ulteriore fenomeno, e cioè all'affermarsi, nella prassi ed in assenza di riferimenti certi interni, di alcuni provvedimenti emanati da Autorità di altri Stati membri a seguito delle scelte applicative dominanti effettuate dagli stessi DPO nello spazio eurounitario. Proprio grazie alla circolazione e alla formalizzazione di momenti di confronto nell'applicazione delle differenti normative in materia di tutela dei dati personali, non si può escludere che gli istituti più efficaci ed efficienti possano trovare fortuna anche a livello internazionale, entrando a far parte nel tempo di quel nocciolo duro che costituirà l'essenza della *costituzione materiale globale*⁷³ della tutela dei dati personali. Così, ove questa influenza reciproca trovasse sempre maggiori riscontri, la figura del DPO verrebbe ad assumere un nuovo livello di rilevanza pubblica, addirittura di rango europeo, meritevole di ulteriori livelli di indagine.

7. Per non concludere

Data l'economia del presente lavoro, diventa qui impossibile sviluppare compiutamente le suggestioni sopra appena tratteggiate. Sia sufficiente rilevare che l'indagine di tali complesse tematiche, anche attraverso le quali passa la conformazione materiale del modello costituzionale europeo di tutela dei dati personali, può contribuire a far meglio comprendere i meccanismi istituzionali che stanno portando, a velocità sempre maggiore, verso l'approdo ad una costituzionalizzazione materiale globale del diritto alla tutela dei dati personali e quindi della *privacy*, almeno con riferimento agli elementi essenziali. Peraltro, tale processo, di fatto, si sta già scrivendo quotidianamente con le scelte fatte dai legislatori⁷⁴, dalle Corti, dai garanti, ma come

Proprio nel corso dell'ultima conferenza dal titolo «*Convergence and connectivity raising global data protection standards in the digital age*», tenutasi a Tirana dal 21 al 24 ottobre 2019 e alla quale hanno partecipato oltre 120 Autorità per la protezione dei dati, si è deciso di istituire la *Global Privacy Assembly* (GPA) creando di fatto un nuovo protagonista tra le *istituzioni globali* in materia di tutela dei dati personali. Sempre nel corso dell'ultima Conferenza vi è stata l'approvazione di ben sei risoluzioni. Tra le linee strategiche in queste adottate si può segnalare: il riconoscimento della *privacy* come diritto fondamentale per il buon funzionamento delle democrazie; il contrasto sui social media ai messaggi inneggianti al terrorismo; una più intensa cooperazione tra le Autorità che tutelano i dati personali e quelle che operano a tutela dei consumatori e della concorrenza; la riduzione dell'errore umano nelle violazioni dei dati. Proprio sul primo tema, e cioè sulla «*Risoluzione sulla privacy come diritto umano fondamentale e prerequisito per l'esercizio di altri diritti fondamentali*», si è speso il Garante italiano come co-sponsor. Le linee guida complete sono reperibili sul sito del Garante al seguente link www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9197083#3.

⁷³ Su cui un interessante primo studio del 2013, cfr. K.A. BAMBERGER, D.K. MULLIGAN, *Privacy in Europe: Initial Data on Governance Choices and Corporate Practices*, in *The George Washington Law Review*, 81/2013, Vol. 81, 1529-1664.

⁷⁴ Si pensi agli effetti che produrrà l'approvazione del c.d. Regolamento *e-Privacy* che sostituirà l'attuale Direttiva *e-Privacy* (Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al «trattamento dei

visto, in parte, anche dagli stessi DPO nel rapporto con i singoli titolari ed i garanti stessi. La fissazione del livello materiale minimo europeo e mondiale di tutela dei dati personali si giocherà, quindi, in una logica di cinico darwinismo normativo globale figlio della razionalità delle regole che verranno poste a fondamento della normativa in materia di tutela dei dati personali, e di quanto queste siano compatibili con i meccanismi di produzione della ricchezza nel mondo globalizzato e quindi, ad oggi, di sopravvivenza stessa del genere umano⁷⁵.

Resta però aperto, tra gli altri, il problema dei problemi: chi inciderà, ed in quale misura, sulla conformazione di queste regole? Gli Stati? Le super potenze economiche con o senza l'UE? I garanti, organizzati con un modello "a rete" multilivello? O le scriveranno le multinazionali, sempre più spesso monopoliste delle tecnologie strategiche e le cui scelte diventano, di fatto, oggi più di ieri difficilmente contrastabili sul mercato digitale globale dai singoli ordinamenti statali?

dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche») e completerà alcuni importanti aspetti del GDPR. Se e quando avverrà visto che, nonostante il lungo iter legislativo che si protrae ormai da anni, non si riesce ad arrivare ad un accordo sui contenuti ed il COREPER, a novembre 2019, ha bocciato la relativa bozza che gli era stata sottoposta.

⁷⁵ Su cui cfr. Antonello Soro, Presidente dell'Autorità Garante, il quale rileva che «Il passo che resta da fare, raccogliendo una delle sfide più importanti che il legame tra tecnologia, nuovi diritti e prevenzione pone alle nostre generazioni, è quello del riconoscimento universale del diritto alla protezione dei dati personali, quale primo presupposto di libertà del XXI secolo.

È una bella sfida per le democrazie di tutto il mondo», A. SORO, *Persone in rete. I dati tra poteri e diritti*, Roma, Fazi, 2018, 135, richiamato anche in C. TITO, *Perché la democrazia oggi è fondata sulla nostra privacy*, cit., 2. Sui meccanismi di circolazione e di selezione dei modelli regolativi a livello globale cfr. G. DI PLINIO, *Il common core della deregulation*, Milano, Giuffrè, 2005.

GIANLUCA FAMIGLIETTI

Il procedimento di determinazione dello Stato competente nel più ampio disegno di de-giurisdizionalizzazione dell'esame della domanda di protezione internazionale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I criteri per la determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale. – 3. Deroghe, clausole discrezionali e cessazione della competenza. – 4. La procedura per la determinazione dello Stato competente e l'“Unità Dublin”. – 5. Il versante giurisdizionale: la tutela avverso le decisioni di trasferimento. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Molto si è scritto nel recente periodo (e la riflessione continua copiosa) sulla procedura (*rectius*, le procedure) di riconoscimento della protezione internazionale¹; altrettanto non può dirsi rispetto al procedimento, peraltro soltanto *eventuale* e – si vedrà – in talune circostanze anche *facoltativo*, volto in via preliminare a determinare quale sia lo Stato membro competente ad esaminare la richiesta di protezione.

Tale sproporzione può senz'altro considerarsi determinata da un lato della dimensione residuale del procedimento su cui in queste pagine ci si soffermerà (rispetto alla dimensione maggiormente assorbente della procedura “principale” di riconoscimento della protezione), dall'altro lato dalla frequenza e dalla pervasività di recenti interventi di modifica delle normative nazionali di attuazione di quelle comunitarie, che hanno profondamente inciso sulle fasi del riconoscimento della protezione, e che hanno dedicato poche – ma pur sempre significative – “attenzioni” al passaggio relativo alla determinazione dello Stato competente.

Come è ampiamente noto, i due “pilastri interni” (i decreti legislativi nn. 251/07 e 25/08) sono stati in più occasioni novellati, in particolar modo dal d.l. n. 13/2017 (c.d. “decreto Minniti-Orlando”), convertito con modificazioni dalla l. n. 46/2017 e, in tempi più recenti, dal d.l. n. 113/2018 (c.d. “decreto sicurezza”) convertito con l. n. 132/2018.

La novella del 2017 ha sostanzialmente ridisegnato la procedura di concessione della protezione, modificando a più riprese il “decreto procedure” al dichiarato scopo di «definire sempre più celermente i procedimenti amministrativi innanzi alle Commissioni Territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale nonché i relativi ricorsi giurisdizionali, in considerazione dell'aumento esponenziale della domanda di protezione internazionale e delle impugnazioni, collegato alle crisi internazionali in atto»².

¹ Gli attuali “pilastri normativi” di riferimento sono costituiti, per quanto concerne gli aspetti sostanziali della materia e cioè i presupposti per il riconoscimento e il contenuto della protezione riconosciuta, dal d.lgs. n. 251/2007 (c.d. “decreto qualifiche”) – emanato in attuazione della direttiva 2004/83/CE, poi rifiuta dalla direttiva 2011/95/UE – e, per quanto concerne gli aspetti procedurali, dal d.lgs. n. 25/2008 (c.d. “decreto procedure”) – emanato in attuazione della direttiva 2005/85/CE, rifiuta dalla direttiva 2013/32/UE – contenente la disciplina della procedura unificata di tutte le forme e livelli di protezione che il nostro ordinamento contempla: lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria.

Merita un rapido cenno una terza modalità di protezione internazionale derivante dal “Sistema comune europeo”, ossia la *protezione temporanea*: si tratta di una procedura di carattere eccezionale che garantisce – nei casi di afflusso improvviso o di imminente afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi non appartenenti all'UE che non possono rientrare nel loro Paese d'origine – una tutela immediata e temporanea, in particolare qualora sussista il rischio che il Sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso (art. 78.3 TFUE).

² Così la Relazione illustrativa del Governo al d.d.l. A.S. 2705. Secondo i dati all'epoca forniti dal CSM (se ne dà conto in <https://www.infodata.ilsole24ore.com/2017/11/06/tribunali-degli-immigrati-la-mappa-delle-nuove-situazioni>), nel 2016 la durata media del procedimento è stata di 278 giorni, nel 2017 di 361 giorni, con punte di oltre 500 giorni a Roma.

A fronte di indubbe criticità, la soluzione è stata individuata nella modifica della procedura di impugnazione, abolendo il secondo grado di giudizio per i richiedenti asilo che hanno fatto ricorso avverso il diniego della protezione e, in primo grado, introducendo una procedura camerale speciale caratterizzata dal contraddittorio solo cartaceo, e dalla trattazione in udienza pubblica solo eventuale. Il decreto ha anche istituito Sezioni specializzate nelle materie dell'immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea³. Una risposta del tutto sproporzionata e (sia consentito) improvvida ad una domanda seria e reale⁴: «Per dirla in modo più semplice, dopo l'approvazione del "decreto Minniti-Orlando" al cittadino continua ad essere riconosciuto il diritto di appello anche per contestare una banale multa automobilistica, mentre il richiedente protezione internazionale, benché sia in gioco un diritto fondamentale che trova copertura costituzionale (il diritto di asilo, sancito all'art. 10 Cost.), potrà rivolgersi al solo giudice di primo grado, e tutt'al più alla Cassazione (che decide, com'è noto, solo sulla legittimità e non sul merito). Si è venuto a produrre, pertanto, un trattamento discriminatorio nei confronti dei non cittadini nell'esercizio del diritto di ricorso, tra l'altro in relazione a garanzie fondamentali riconosciute dall'ordinamento italiano»⁵.

Come detto, però, l'ambito di queste note sarà in gran parte dedicato – al fine di rendere modestamente omaggio al Professor Pasquale Costanzo – alla fase di determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale, senza tuttavia rinunciare – nelle *conclusioni* – a ritornare su alcuni dei punti evidenziati in *premessa*.

2. I criteri per la determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale

Della volontà di chiedere asilo è svolta verbalizzazione da parte delle Questure attraverso la redazione del «verbale delle dichiarazioni del richiedente, su appositi modelli predisposti dalla Commissione nazionale»⁶ – i c.d. "modelli C3" – approvati e sottoscritti dai richiedenti.

Non si tratta però della semplice compilazione di un formulario, rappresentando questo il primo momento utile nel quale è possibile far emergere le ragioni che stanno alla base della domanda di protezione.

E neppure vengono in considerazione soltanto meri aspetti contenutistici, dal momento che, oltre ai dati personali del richiedente e dei suoi familiari, sono richieste ulteriori informazioni relative all'accertamento della provenienza, al viaggio dal Paese di origine, incluse le date di partenza e di arrivo, e soprattutto ai motivi per i quali egli ha lasciato il suo Paese e quelli per i quali non intende

³ Lasciando peraltro la complessa suddivisione competenziale tra tribunali ordinari, amministrativi e giudici di pace. Per un'analisi delle conseguenze prodotte dalla riforma, cfr. M.C. CONTINI, *La riforma "Orlando-Minniti" a un anno dall'entrata in vigore. I molti dubbi e le poche certezze nelle prassi delle sezioni specializzate*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* (<https://www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it/>), n. 3/2018.

⁴ «Ancorché la previsione di un doppio grado di merito non sia costituzionalmente necessaria (...), tuttavia la scelta di eliminare del tutto la garanzia dell'appello in materia di diritti fondamentali della persona, qual è il diritto alla protezione internazionale, appare obiettivamente disarmonica, ai limiti dell'irragionevolezza, nel quadro di un ordinamento processuale che, come il nostro, prevede tale garanzia per la stragrande maggioranza delle controversie civili, anche di infimo valore patrimoniale o extrapatrimoniale, comprese le impugnazioni delle sanzioni amministrative irrogate per la violazione di un divieto di sosta», così ANM, Sezione Cassazione, *Comunicato stampa*, 14 febbraio 2017, in www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/02/2017_ANM_cs_protezione_internazionale.pdf.

⁵ Così A. DEL GUERCIO, *Dal decreto Minniti-Orlando al decreto Salvini: decretazione d'urgenza, securitizzazione della politica d'asilo e compressione dei diritti fondamentali. Quando la legge genera vulnerabilità*, in A. D'ANGIÒ, M. VISCONTI (a cura di), *Persone fragili. La vita psichica dei migranti forzati tra cura ed esclusione*, Napoli, 2018, 63.

⁶ Così l'art. 26, c. 2 del "decreto procedure".

o non può farvi ritorno; tutti elementi questi dalla elevatissima valenza (anche) simbolica, attraverso i quali la memoria dolorosa di un viaggio estenuante e dall'esito incerto riaffiora in superficie. Ma c'è di più: su quei fogli si riconosce al richiedente la possibilità di produrre, nella propria lingua, una memoria autografa in cui raccontare la propria storia personale⁷, e questo non comporta soltanto viaggiare attraverso una *storia* ed una *geografia* personali, ma significa anche attraversare una *cultura*, esplorarne i *simboli*, confrontarsi insomma con le dinamiche sociali di un Paese.

Tale memoria autografa costituisce senza dubbio "il cuore" della domanda di protezione in quanto, proprio attraverso di essa la Commissione Territoriale potrà svolgere una sommaria ricognizione sulla situazione personale dei richiedenti la protezione internazionale, facendo così emergere le possibili situazioni di vulnerabilità di questi, ed aprire così all'esame prioritario della domanda ex art. 28 c. 1, lett. b) del "decreto procedure".

Una domanda di protezione internazionale presentata sul territorio nazionale sarà esaminata nel merito da una delle Commissioni Territoriali solo qualora l'Italia risulti lo Stato competente a quell'esame ai sensi del c.d. "regolamento Dublino III"⁸ il quale stabilisce i criteri ed i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide.

L'attivazione del procedimento in questione (e dunque il suo carattere *eventuale*) dipende dall'autorità alla quale è presentata la domanda di asilo sul territorio nazionale; tale autorità ricevente – sia essa polizia di frontiera o Questura – procede alle operazioni di fotosegnalamento – prima dunque della fase di verbalizzazione della volontà di richiedere la protezione – in adempimento degli obblighi di cui agli artt. 9 e 14 del Reg. 603/2013/UE (c.d. "regolamento EURODAC"⁹), che consistono nella raccolta delle generalità e delle impronte digitali del richiedente o dello straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare ovvero rintracciato in posizione di irregolarità sul territorio nazionale. I dati biometrici vengono poi trasmessi alla banca-dati centrale EURODAC, al fine di determinare lo Stato competente all'esame della domanda di asilo.

I criteri di competenza, individuati dal "regolamento Dublino", devono essere applicati secondo l'ordine gerarchico nel quale sono definiti dallo stesso regolamento (art. 7, par. 1) e la determinazione dello Stato membro competente in applicazione di tali criteri avviene sulla base

⁷ Punto 16 del modello: «Motivi per i quali ha lasciato il suo Paese d'origine e/o motivi per i quali non intende o non può farvi ritorno (su foglio da allegare, debitamente firmato, l'interessato scriva liberamente nella propria lingua originale ovvero in lingua italiana, inglese, francese, spagnola, tutti i motivi per i quali è stato spinto all'espatrio e alla richiesta del riconoscimento dello status di rifugiato, presentando eventuale documentazione in suo possesso e specificando, se del caso, condanne subite periodi e luoghi di detenzione)».

⁸ Reg. 604/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, entrato in vigore il 1 gennaio 2014 sostituendo il precedente Reg. 343/2003/CE. Esso si applica direttamente in tutti gli Stati membri dell'Unione, oltre a vincolare anche Svizzera, Norvegia, Islanda e Liechtenstein in forza di accordi di associazione conclusi tra questi Stati e l'Unione europea.

Il regolamento comprende più parti, tra queste: i principi generali e le garanzie di applicazione del regolamento (artt. 3-6); la gerarchia e i criteri applicabili per la determinazione dello Stato competente all'esame di una domanda di protezione internazionale (artt. 7-17); la procedura prevista per l'applicazione del regolamento, compreso il diritto a un ricorso effettivo avverso la decisione di trasferimento e le eventuali modalità e garanzie di trasferimento (artt. 18-32 e 34-37). Le modalità di esecuzione del "regolamento Dublino" sono disciplinate dal Reg. 1560/2003/CE, così come modificato dal Reg. 118/2014/UE.

⁹ Ci si riferisce all'*European Dactyloscopie* (ossia Dattiloscopia europea), il *database* europeo, con sede a Strasburgo, per il confronto delle impronte digitali di coloro che richiedono asilo politico e di coloro che sono entrati o soggiornano irregolarmente nel territorio dell'Unione europea, e per l'efficace applicazione degli accordi di Dublino, istituito tramite il Reg. (CE) n. 2725/2000 del Consiglio, dell'11 dicembre 2000, poi superato dal Reg. 603/2013/UE.

della situazione esistente al momento in cui il richiedente ha presentato domanda di protezione internazionale per la prima volta in uno Stato membro.

Ecco dunque che un primo gruppo di criteri ruota intorno al principio di unità familiare; nel dettare tali “criteri familiari” gli artt. 9-11 del regolamento stabiliscono pertanto che: 1) se un familiare del richiedente¹⁰, a prescindere dal fatto che la famiglia fosse già costituita nel Paese di origine, è stato autorizzato a soggiornare in qualità di beneficiario di protezione internazionale in uno Stato membro, è tale Stato membro ad essere competente per la domanda di protezione del richiedente, purché gli interessati abbiano espresso consenso scritto in tal senso (art. 9); 2) se un familiare del richiedente, a prescindere dal fatto che la famiglia fosse già costituita nel Paese di origine, ha presentato anteriormente domanda di protezione in uno Stato membro, sulla quale non è stata ancora adottata una prima decisione di merito, l’esame della domanda di protezione internazionale compete a detto Stato membro, purché gli interessati abbiano espresso consenso scritto in tal senso (art. 10); 3) quando diversi familiari e/o fratelli minori non coniugati presentano una domanda di protezione internazionale nel medesimo Stato simultaneamente o in date sufficientemente ravvicinate e qualora l’applicazione dei criteri enunciati dal “regolamento Dublino” potrebbe portare a trattarle separatamente, la determinazione dello Stato competente viene effettuata sulla base dei seguenti criteri: A) è competente per l’esame delle domande di protezione internazionale di tutti i familiari e/o di fratelli minori non coniugati lo Stato membro che i criteri designano come competente per prendere in carico il maggior numero di essi; B) negli altri casi, è competente lo Stato membro che i criteri designano come competente per l’esame della domanda del più anziano di essi (art. 11).

Un secondo gruppo di criteri è legato al rilascio di titoli di soggiorno ovvero di visti di ingresso in uno o più Stati membri (artt. 12 e 14): *a*) se il richiedente è titolare di un titolo di soggiorno in corso di validità, lo Stato membro competente per l’esame della sua domanda di protezione è quello che ha rilasciato tale titolo (art. 12, par. 1); *b*) se il richiedente è titolare di un visto in corso di validità, lo Stato membro competente per l’esame della domanda di protezione è quello che ha rilasciato il visto, a meno che tale visto non sia stato rilasciato per conto di un altro Stato nel quadro di un accordo di rappresentanza e in tal caso l’esame della domanda compete allo Stato membro rappresentato (art. 12, par. 2); *c*) se il richiedente è titolare di più titoli di soggiorno o visti in corso di validità, rilasciati da vari Stati membri, è competente nell’ordine: 1) lo Stato che ha rilasciato il titolo di soggiorno che conferisce il diritto di soggiorno più lungo ovvero, nel caso di identica durata temporale, lo Stato membro che ha rilasciato il titolo di soggiorno la cui scadenza è più lontana; 2) nel caso in cui siano stati rilasciati più visti di analoga natura è competente lo Stato membro che ha rilasciato il visto la cui scadenza è più lontana; se, invece, i visti rilasciati sono di natura diversa, è competente lo Stato membro che ha rilasciato il visto di validità più lunga o, in caso di validità identica, lo Stato membro che ha rilasciato il visto la cui scadenza è più lontana (art. 12, par. 3)¹¹.

¹⁰ Ai sensi dell’art. 2, lett. *g*), del regolamento si intendono “familiari” del richiedente che si trovino nel territorio degli Stati membri, purché la famiglia sia già costituita nel Paese di origine: il coniuge o il partner non legato da vincoli di matrimonio con cui abbia una relazione stabile, qualora il diritto o la prassi dello Stato membro assimilino la situazione delle coppie di fatto a quelle sposate nel quadro della normativa sui Paesi terzi; i figli minori non coniugati, a prescindere dal fatto che siano figli legittimi, naturali o adottivi.

Se il richiedente (o il beneficiario di protezione internazionale) è minore e non coniugato, si intendono per “suoi familiari” il padre, la madre o un altro adulto responsabile per il richiedente (o per il beneficiario) in base alla legge o alla prassi dello Stato membro in cui si trova l’adulto.

¹¹ Tali criteri si applicano anche qualora il richiedente sia titolare di uno o più titoli di soggiorno scaduti da meno di due anni o di uno o più visti scaduti da meno di sei mesi, che gli avevano effettivamente permesso l’ingresso nel territorio di uno Stato membro, fino a che il richiedente non abbia lasciato il territorio dell’Unione; qualora, viceversa, il titolo di soggiorno o il visto siano scaduti, rispettivamente, da oltre due anni e da oltre sei mesi, è competente lo Stato in cui è stata presentata la domanda di protezione (art. 12, par. 4).

Se invece un cittadino di un Paese terzo entra nel territorio di uno Stato membro in cui è dispensato dal visto, l'art. 14 del regolamento dispone che l'esame della domanda di protezione compete a questo Stato, a meno che il soggetto non presenti poi la domanda di protezione in un altro Stato membro in cui è parimenti esentato dal visto. In tale ultimo caso è competente all'esame della domanda lo Stato membro in cui la domanda è stata presentata.

Il terzo e ultimo gruppo di criteri sulla base dei quali determinare la competenza all'esame di una domanda di protezione è legato all'ingresso e/o al soggiorno irregolari nel territorio di uno Stato membro ed è, nella pratica, il criterio maggiormente utilizzato al fine di determinare la competenza; in base a tali criteri, quando è accertato, sulla base degli elementi di prova e delle circostanze indiziarie, che il richiedente ha varcato illegalmente la frontiera di uno Stato membro, tale Stato è competente per l'esame della domanda, ma la sua responsabilità cessa 12 mesi dopo la data dell'attraversamento stesso (art. 13)¹².

Gli elementi di prova e le circostanze indiziarie da cui desumere l'attraversamento irregolare della frontiera e l'eventuale soggiorno di 5 mesi in uno degli Stati membri sono stabiliti dall'Allegato II al regolamento di esecuzione del "regolamento Dublino" (il già richiamato Reg. 1560/2003/CE, così come modificato dal Reg. 118/2014/UE). In particolare, tra gli elementi di prova per l'ingresso irregolare, l'Allegato include: il risultato positivo fornito dall'EURODAC previo raffronto delle impronte del richiedente con quelle raccolte a norma del "regolamento EURODAC"; il timbro di ingresso su un passaporto falso o falsificato; il timbro di uscita di uno Stato confinante con uno Stato membro, considerato l'itinerario percorso dal richiedente e la data di attraversamento della frontiera; il titolo di trasporto che consente formalmente di stabilire l'ingresso attraverso una frontiera esterna; il timbro di ingresso o annotazione equivalente nel documento di viaggio¹³. Per quanto invece riguarda il soggiorno nel territorio di uno Stato membro per 5 mesi vengono ritenute come prove: le autorizzazioni di soggiorno rilasciate nel periodo dell'esame di una richiesta di titolo di soggiorno; gli inviti a lasciare il territorio o provvedimento di espulsione emessi con un intervallo di almeno cinque mesi e rimasti senza effetto; gli estratti di registri di ospedali, carceri, strutture detentive¹⁴.

Nella determinazione dello Stato competente all'esame della domanda risultano centrali i principi generali fissati dall'art. 3, par. 2, del "regolamento Dublino", anzitutto individuando una competenza residuale, poiché quando lo Stato membro competente non può essere designato sulla

¹² A questo riguardo, qualora lo Stato membro la cui frontiera sia stata irregolarmente attraversata non possa o non possa più ritenersi competente ai sensi della normativa indicata e il richiedente abbia soggiornato per un periodo continuato di almeno 5 mesi in uno Stato membro prima di presentarsi la domanda, tale ultimo Stato membro è competente per l'esame della domanda (art. 13, par. 2).

¹³ Si considerano invece circostanze indiziarie da cui dedurre l'attraversamento irregolare della frontiera: le dichiarazioni circostanziate e verificabili del richiedente; i rapporti informativi/conferma delle informazioni da parte di un'organizzazione internazionale, come l'UNHCR; i rapporti informativi/conferma delle informazioni da parte di un altro Stato membro o di un Paese terzo; i rapporti informativi/conferma delle informazioni da parte di familiari, compagni di viaggio, ecc.; le impronte digitali, tranne quando siano state rilevate all'attraversamento della frontiera esterna, poiché in tal caso costituiscono elementi di prova; i biglietti di viaggio; i conti di albergo; le carte di accesso a istituzioni pubbliche o private degli Stati membri; il biglietto di appuntamento presso un medico, un dentista, ecc.; i dati attestanti che il richiedente ha fatto ricorso ai servizi di un passatore o di un'agenzia di viaggi; altri indizi di questa natura.

¹⁴ Si considerano invece elementi indiziarie del soggiorno nel territorio di uno Stato membro per almeno 5 mesi: le dichiarazioni circostanziate e verificabili del richiedente; i rapporti informativi/conferma delle informazioni da parte di un'organizzazione internazionale, come l'UNHCR; i rapporti informativi/conferma delle informazioni da parte di un'organizzazione non governativa, per esempio un'organizzazione che dà alloggio a persone disagiate; i rapporti informativi/conferma delle informazioni da parte di familiari, compagni di viaggio, ecc.; le impronte digitali; i biglietti di viaggio; i conti di albergo; le carte di accesso a istituzioni pubbliche o private degli Stati membri; il biglietto di appuntamento presso un medico, un dentista, ecc.; i dati attestanti che il richiedente ha fatto ricorso ai servizi di un passatore o di un'agenzia di viaggi; altri indizi della stessa natura.

base dei criteri fin qui riportati, sarà competente il primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata; ed in secondo luogo stabilendo che il richiedente protezione non può essere trasferito nello Stato membro che pure risulti competente sulla base dell'applicazione dei criteri previsti dal regolamento stesso, qualora vi siano fondati motivi per ritenere che nello Stato membro inizialmente designato sussistano carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 3 CEDU¹⁵.

Se le previgenti versioni del "regolamento Dublino" si fondavano sull'assioma secondo il quale ogni Stato membro dell'Unione poteva essere ritenuto sicuro per il trasferimento di richiedenti protezione, la previsione del divieto di trasferimento *per carenze sistemiche* è risultata frutto di una copiosa giurisprudenza sovranazionale. La prima decisione relativa all'applicazione del "regolamento Dublino II" (n. 2003/343/CE), mettendone in discussione gli automatismi, fu la sent. *M.S.S c. Grecia e Belgio*¹⁶, con cui la Corte EDU condannò Belgio e Grecia per la violazione degli artt. 3 e 13 della Convenzione: in particolare la Grande Camera censurò la Grecia per avere, nel corso della procedura di asilo, tenuto in stato di trattenimento in condizioni degradanti il ricorrente richiedente asilo afgano e per averlo abbandonato, successivamente al suo rilascio, in condizioni altrettanto degradanti, negandogli l'accesso a una procedura di asilo effettiva; la censura rivolta alle autorità belghe, invece, poggiava sulla violazione del principio di non-*refoulement*, per aver trasferito il richiedente in Grecia, in applicazione del "regolamento Dublino", pur sapendo che il richiedente avrebbe potuto ivi subire gravi violazioni dei diritti umani¹⁷.

Per non tacersi poi proprio dell'Italia che in più occasioni è stata considerata "Paese non sicuro" ai fini del trasferimento di richiedenti protezione in applicazione del "regolamento Dublino": se la Corte Penale Internazionale ha ritenuto che le sedi SPRAR italiane fossero inadeguate per accogliere un richiedente portatore di handicap¹⁸, la Corte di Strasburgo bloccò il trasferimento in Italia di una famiglia di richiedenti protezione internazionale afgani (padre, madre e sei figli minori), transitati per l'Italia nel luglio del 2011; dopo un breve periodo di permanenza la famiglia decise di abbandonare l'Italia, forse per le condizioni del centro di accoglienza o forse perché l'Italia non era la meta del viaggio. Il nucleo inizialmente partì per l'Austria da dove venne rispedito in Italia, poi per la Svizzera, dove si imbatté nel rifiuto delle autorità elvetiche di esaminare la domanda di protezione disponendo il trasferimento della famiglia nuovamente in l'Italia, Paese di primo ingresso, come previsto dal regolamento (in questo caso "Dublino III"). La Corte nell'occasione stabilì che l'eventuale trasferimento del nucleo familiare verso l'Italia disposto dalla Svizzera ai sensi del

¹⁵ Cfr. Trib. Genova, decr. 19 marzo 2019, che annulla il provvedimento di trasferimento in Croazia in quanto si ritiene fondato il rischio che il trasferimento in quel Paese esponga la richiedenti asilo (e la figlia minore) alla possibilità di subire trattamenti in contrasto con i principi umanitari e con l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; il Giudice pone l'accento sulla situazione del sistema d'accoglienza croato e sul clima generale nel Paese, evidenziando come l'"Unità Dublino" (su cui a breve si tornerà) non abbia portato alcuna prova in contrasto con quanto riportato dalla parte ricorrente: «Mancano invero riscontri fattuali, mentre da fonti diverse da quelle governative emerge un sistema amministrativo e giudiziario, in materia di migrazione, nel quale sono assenti i principi della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, oltre che un confronto, anche solo consultivo, con l'Alto Commissariato e con le ONG».

¹⁶ Corte EDU, 21 gennaio 2011, n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in *Recueil*, I-2011, 121.

¹⁷ Anche la Corte di Lussemburgo si è mossa nella stessa direzione pronunciandosi sul ricorso pregiudiziale sollevato nell'ambito di una serie di controversie tra richiedenti asilo destinatari di provvedimenti di trasferimento in Grecia in applicazione del "regolamento Dublino" e le autorità emittenti di Regno Unito ed Irlanda, affermando che la decisione adottata da ciascuno Stato membro in applicazione del "regolamento Dublino" non può essere presa in violazione dei diritti fondamentali così come tutelati dal diritto dell'Unione e non può, in ogni caso, basarsi sulla presunzione inconfutabile che i diritti del richiedente asilo nello Stato di invio saranno rispettati (C-411/2010, *N.S. vs. Secretary of State for the Home Department* [Regno Unito] e C-493/2010, *M.E. e altri vs. Refugee Applications Commissioner Minister for Justice, Equality and Law Reform* [Irlanda]).

¹⁸ Alta Corte di L'Aia, sent. 11 aprile 2017, n. AWB 17/5708 pubblicata il 20 aprile.

“regolamento Dublino” avrebbe comportato, in assenza di specifiche garanzie da parte delle autorità italiane circa l'accoglienza idonea dei minori e la coesione del nucleo familiare, una violazione dell'art. 3 CEDU, in particolare rilevando che, visto «l'attuale stato del sistema di accoglienza in Italia e in assenza di informazioni circostanziate circa la specifica struttura di destinazione del nucleo familiare, le autorità svizzere non si trova[va]no in possesso delle necessarie assicurazioni che una volta rimpatriati in Italia i richiedenti asilo [avrebbero potuto] accedere alla protezione internazionale in maniera conforme alle necessità dei minori e del nucleo di rimanere coeso»¹⁹.

Pertanto la giurisprudenza di Strasburgo ha messo in discussione la capacità dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale di garantire la persona dal rischio di subire trattamenti inumani e degradanti; dalla accertata incapacità dello Stato di rinvio di offrire tale tutela, la Corte ha fatto discendere il superamento della presunzione di sicurezza del Paese membro verso il cui territorio la persona avrebbe dovuto essere rinvia e, conseguentemente, l'obbligo di accertare le condizioni di accoglienza di detto Stato. Secondo questa giurisprudenza, in definitiva, la protezione della persona non può fondarsi su una presunzione assoluta di sicurezza di uno Stato, in quanto l'applicazione pura e semplice del criterio del “Paese terzo sicuro” (*safe third Country*), nei rapporti tra Stati che si considerino reciprocamente, per l'appunto, sicuri, non esclude il pericolo di *refoulement* da parte degli stessi, ancorché europei²⁰.

Così come per la Corte di Lussemburgo è incompatibile con l'obbligo degli Stati membri di interpretare e di applicare il regolamento n. 343/2003 in conformità ai diritti fondamentali una presunzione assoluta che i diritti fondamentali del richiedente asilo saranno rispettati nello Stato membro di regola competente a conoscere della sua domanda.

3. Deroghe, clausole discrezionali e cessazione della competenza

Ai sensi dell'art. 16, par. 1 del regolamento laddove per motivi legati ad una gravidanza, maternità recente, malattia grave, grave disabilità o età avanzata un richiedente sia dipendente dall'assistenza del figlio, del fratello o del genitore legalmente residente in uno Stato membro o laddove il figlio, il fratello o il genitore sia dipendente dall'assistenza del richiedente, gli Stati membri devono far sì che il richiedente e il fratello, il figlio, il genitore *restino insieme o si ricongiungano*, a condizione che i legami familiari esistessero nel Paese d'origine, che il figlio, il fratello, il genitore o il richiedente siano in grado di fornire assistenza alla persona a carico e che gli interessati abbiano espresso tale desiderio per iscritto. La “bidirezionalità della dipendenza” soggiace dunque a tre condizioni concomitanti.

Nel caso invece in cui il richiedente e il fratello, il figlio o il genitore si trovino in Stati membri differenti, il par. 2 dispone che la competenza all'esame della domanda del richiedente ricada sullo Stato membro in cui il figlio, il fratello e o il genitore risiede legalmente, a meno che la salute del richiedente non impedisca allo stesso, per un periodo di tempo significativo, di recarsi in detto Stato; in tal caso lo Stato membro competente è lo Stato in cui si trova il richiedente, che non sarà soggetto all'obbligo di condurre il figlio, il fratello o il genitore del richiedente nel suo territorio.

Carattere discrezionale hanno invece le clausole disciplinate dall'art. 17, ossia la c.d. “clausola di sovranità” e quella “umanitaria”: in virtù del primo paragrafo, infatti, in deroga a tutti i criteri per la determinazione della competenza previsti dal “regolamento Dublino”, viene attribuita la facoltà a

¹⁹ Corte EDU, 4 novembre 2014, n. 29217/12, *Tarakhel c. Svizzera*, in *Recueil*, VI-2014, 159.

²⁰ Cfr. V. PETRALIA, *La presunzione di sicurezza degli Stati dell'Unione europea nel sistema di Dublino: recenti sviluppi*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) (12 luglio 2017).

ciascuno Stato membro di decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide anche se tale esame non gli competerebbe in base ai criteri previsti dal regolamento che – come ampiamente ricordato – fatta salva l'ipotesi di minori o di ricongiungimento familiare, prevedono come competente il Paese di primo ingresso. In tale ipotesi lo Stato membro deve informare lo Stato membro precedentemente competente, lo Stato membro che ha in corso la procedura volta a determinare lo Stato membro competente o quello al quale è stato chiesto di prendere o riprendere in carico il richiedente, oltre a dover immediatamente indicare la sua competenza nell'EURODAC, aggiungendo la data in cui è stata adottata la decisione di esaminare la domanda. La peculiarità di questa clausola²¹ – che pure all'inizio era stata utilizzata spesso dagli Stati con finalità di segno opposto, e cioè per assicurare una maggiore rapidità per il rigetto di richieste manifestamente infondate – è che si è rivelata essere, nell'ambito del "regolamento Dublino II", uno strumento fondamentale per colmare alcune lacune nella tutela dei diritti dei richiedenti asilo. Essa è infatti riuscita a mitigare uno dei punti che più avevano suscitato critiche nel vecchio regolamento sotto il profilo dei diritti umani, e cioè la già richiamata presunzione di conformità degli Stati membri dell'Unione europea agli *standards* della CEDU, per cui essi si considerano reciprocamente come Paesi di origine sicuri.

È bene poi chiarire al riguardo – lo ha fatto anche la Corte di Giustizia – come il potere discrezionale attribuito agli Stati membri dall'art. 17, par. 1, «fa parte integrante del sistema di determinazione dello Stato membro competente elaborato dal legislatore dell'Unione»²², costituendo esso stesso un criterio di competenza stabilito dal diritto dell'Unione.

Tale circostanza consente comunque di apprezzare di un procedimento *eventuale*, quale è quello volto alla determinazione dello Stato competente, anche un suo profilo *facoltativo*.

La "clausola umanitaria" è invece prevista dal paragrafo successivo dell'art. 17, in virtù del quale lo Stato membro nel quale è manifestata la volontà di chiedere la protezione internazionale e che procede alla determinazione dello Stato membro competente, o lo Stato membro competente, può, in ogni momento prima che sia adottata una prima decisione sul merito, chiedere a un altro Stato membro di prendere in carico un richiedente; questo all'unico e precipuo scopo di procedere al ricongiungimento di persone legate da qualsiasi vincolo di parentela, per ragioni umanitarie fondate in particolare su motivi familiari o culturali, anche se tale altro Stato membro non è competente.

La richiesta di presa in carico deve essere corredata di tutti gli elementi a disposizione dello Stato membro richiedente che consentano allo Stato membro richiesto di valutare la situazione; lo Stato richiesto provvede a ogni necessaria verifica per esaminare i motivi umanitari invocati e risponde allo Stato membro richiedente entro due mesi dal ricevimento della richiesta, avendo l'onere di motivare l'eventuale diniego alla richiesta; qualora, invece, accetti la richiesta, viene ad esso trasferita la competenza all'esame della domanda. Appare singolare la circostanza che la norma nulla preveda per il caso in cui lo Stato membro richiesto non risponda alla richiesta di applicazione della clausola umanitaria.

L'art. 19 del regolamento contempla poi tre ipotesi in cui cessa la competenza in capo allo Stato membro ritenuto competente e viene, di conseguenza, individuato un nuovo Stato membro

²¹ Lo ricorda A. LIGUORI, *Clausola di sovranità e regolamento "Dublino III"*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli, 2014, 46.

²² Cfr. CGUE, V. sez., 16 febbraio 2017, causa C-578/16, PPU C.K., H.F. e A.S.

Fa ad esempio applicazione della clausola discrezionale prevista dall'art. 17 Trib. Roma, decr. n. 7899 del 5 giugno 2018, allorché annulla il provvedimento dell'"Unità Dublino" per la ripresa in carico da parte della Norvegia di un cittadino afgano che in Norvegia aveva esaurito i mezzi di impugnazione della decisione di diniego della protezione internazionale. Ai fini dell'applicazione della clausola discrezionale, nell'occasione il Tribunale di Roma ha attentamente considerato la condizione dell'Afghanistan, riscontrando come il Paese di origine fosse un «territorio tuttora in fiamme nel quale la vita e l'incolumità ed i diritti fondamentali della popolazione sono continuamente posti a repentaglio».

competente: a) nel caso in cui uno Stato membro rilasci al richiedente protezione un titolo di soggiorno, competente all'esame della domanda diviene lo Stato che ha rilasciato il titolo (par. 1); b) nell'ipotesi in cui l'interessato si sia allontanato per almeno 3 mesi dal territorio dell'Unione, la domanda presentata dopo il periodo di 3 mesi è considerata una nuova domanda²³ (par. 2); c) nel caso in cui l'interessato abbia lasciato il territorio degli Stati membri conformemente a una decisione di rimpatrio o provvedimento di allontanamento, la domanda presentata dopo che abbia avuto luogo un allontanamento effettivo è considerata una domanda nuova (par. 3).

4. La procedura per la determinazione dello Stato competente e l'“Unità Dublino”

Come ricordato in apertura, la procedura di determinazione dello Stato membro competente è avviata non appena una domanda di protezione internazionale è presentata per la prima volta in uno Stato membro ossia non appena le autorità competenti dello Stato membro interessato ricevono un formulario presentato dal richiedente o un verbale redatto dalle autorità (così l'art. 20, parr. 1 e 2 del regolamento).

Ai sensi dell'art. 4 del regolamento, che consacra il diritto di informazione del richiedente, tra gli oneri informativi che ricadono sulle autorità competenti di uno Stato membro in cui sia stata presentata una domanda di protezione²⁴, vi è quello di informare il richiedente, per iscritto in una lingua che egli comprende o che ragionevolmente si suppone a lui comprensibile, circa i criteri di determinazione dello Stato membro competente, la gerarchia di tali criteri nelle varie fasi della procedura e la loro durata, compreso il fatto che una domanda di protezione internazionale presentata in uno Stato membro può comportare che tale Stato membro diventi competente ai sensi del regolamento anche se tale competenza non si basi su tali criteri²⁵.

Pertanto lo Stato valuterà se alla domanda presentata possa essere applicato uno dei criteri di competenza previsti e se, eventualmente, un altro Stato membro possa essere considerato competente dall'esame di quella richiesta; nel caso in cui un altro Stato membro venga individuato come competente all'esame di una domanda di protezione, lo Stato membro in cui la domanda è stata presentata è tenuto ad inviare una richiesta di presa o di ripresa in carico allo Stato membro competente.

Dispone in particolare l'art. 18 del regolamento che lo Stato competente deve: “prendere in carico” il richiedente che ha presentato domanda in un altro Stato membro; “riprendere in carico”

²³ Sempre che l'interessato non sia titolare di un titolo di soggiorno in corso di validità rilasciato dallo Stato membro competente.

²⁴ Sono altresì ricomprese le informazioni sulle conseguenze dell'eventuale presentazione di un'altra domanda in uno Stato membro diverso, nonché le conseguenze dello spostarsi da uno Stato membro a un altro durante le fasi in cui si determina lo Stato membro competente ai sensi del regolamento e in cui è esaminata la domanda di protezione internazionale; sul colloquio personale previsto dall'art. 5 al fine di agevolare la procedura di determinazione dello Stato membro competente (il colloquio deve permettere anche la corretta comprensione delle informazioni fornite al richiedente e la possibilità di presentare informazioni relative alla presenza di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela negli Stati membri, compresi i modi in cui il richiedente può presentare tali informazioni); sulla possibilità di impugnare una decisione di trasferimento e, ove applicabile, di chiedere la sospensione del trasferimento; sul diritto di accesso ai propri dati e sul diritto di chiedere che tali dati siano rettificati se inesatti o che siano cancellati se trattati illecitamente, nonché sulle procedure da seguire per esercitare tali diritti.

²⁵ Si segnala al riguardo il decreto del 25 maggio del 2019 con cui il Tribunale di Milano ha annullato il provvedimento di trasferimento emesso (e notificato) dall'“Unità Dublino” in violazione degli obblighi informativi previsti dal “regolamento Dublino III”. Nel caso di specie il Tribunale dà rilievo alla mancata consegna al richiedente dell'opuscolo informativo previsto dal regolamento e lo distingue nettamente da quello che, in assenza di diversa prova, deve ritenersi sia l'opuscolo informativo che viene (o dovrebbe essere) consegnato ai richiedenti asilo al termine della compilazione del “modello C3” e che di norma i richiedenti asilo sottoscrivono di aver ricevuto.

il richiedente la cui domanda è in corso di esame e che ha presentato domanda in un altro Stato membro oppure si trova nel territorio di uno Stato membro senza un titolo di soggiorno; “riprendere in carico” un cittadino di un Paese terzo o un apolide che ha ritirato la sua domanda in corso d’esame e che ha presentato una domanda in un altro Stato membro o che si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno; “riprendere in carico” un cittadino di un Paese terzo o un apolide la cui domanda sia stata respinta e che ha presentato domanda in un altro Stato membro oppure si trova nel territorio di un altro Stato membro senza titolo di soggiorno.

Ai sensi dell’art. 21 del regolamento l’istanza di “presa in carico” deve essere inviata quanto prima e comunque non oltre 3 mesi dalla presentazione della domanda; tale previsione conosce una deroga nel caso di risposta pertinente da parte dell’EURODAC, ipotesi in cui la richiesta deve essere inviata entro 2 mesi dal ricevimento di quella risposta. Sul rispetto stringente di tali termini si è pronunciata la Corte di Lussemburgo²⁶, chiarendo come la richiesta di presa in carico debba essere inviata comunque entro tre mesi dalla presentazione della domanda, anche a prescindere dal fatto che la stessa sia stata inviata entro 2 mesi dal ricevimento della pertinente risposta dall’EURODAC. La durata complessiva di tale fase, pertanto, non può superare i 3 mesi. Anche la richiesta di “ripresa in carico” deve essere presentata quanto prima e in ogni caso entro 3 mesi dalla presentazione della domanda; nel caso in cui la richiesta sia fondata su una risposta pertinente da parte dell’EURODAC la richiesta deve essere inviata entro 2 mesi dal ricevimento di quella risposta (così l’art. 23, par. 2 del regolamento).

Nel caso di presa in carico, lo Stato membro richiesto effettua le verifiche necessarie e delibera sulla richiesta nel termine massimo di 2 mesi dal ricevimento della richiesta (secondo l’art. 22, par. 1); questo termine può essere ridotto fino a una settimana quando, nei casi di domanda presentata a seguito di un rifiuto di ingresso o di soggiorno, di un arresto per soggiorno irregolare, della notificazione o dell’esecuzione di un provvedimento di allontanamento, lo Stato membro richiedente abbia sollecitato una risposta urgente (così l’art. 21, par. 2). Nel caso invece di ripresa in carico, lo Stato membro richiesto effettua le verifiche necessarie e delibera entro un mese dalla data in cui è pervenuta la richiesta, ma il termine è ridotto a 2 settimane qualora la richiesta di ripresa in carico sia basata su dati EURODAC (art. 25, par.1).

Complessivamente, dunque, questa fase della procedura può durare al massimo 5 mesi e la mancata risposta dello Stato membro richiesto entro i termini previsti equivale all’accettazione della richiesta, comportando l’obbligo di prendere o riprendere in carico l’interessato.

Per quanto riguarda l’ordinamento italiano, l’autorità amministrativa preposta alla determinazione dello Stato membro competente all’esame di una domanda di protezione

²⁶ Nella decisione del 26 luglio 2017 resa nella causa n. C-670/2016 *Tsegezab Mengesteab c. Bundesrepublik Deutschland*: in base alla regola per cui in caso di mancato invio della richiesta di presa o ripresa in carico nei termini previsti dal regolamento la competenza all’esame della domanda di protezione spetta allo Stato membro nel quale è stata presentata la nuova domanda, ossia allo Stato membro che non ha inviato la richiesta di presa o di ripresa in carico nei termini previsti, la Corte europea ha chiarito come la mancata presentazione della richiesta di presa in carico nei termini previsti da parte dello Stato membro in cui è stata presentata una domanda di protezione possa essere impugnata in sede di ricorso dal richiedente protezione.

Il ricorrente, nel caso di specie, aveva impugnato una decisione di trasferimento ritenendo che la Germania fosse competente ad esaminare la sua domanda, poiché la richiesta di presa in carico era stata presentata alle autorità italiane successivamente allo scadere dei tre mesi. Nello specifico, la questione posta alla Corte riguardava la possibilità di far valere in giudizio, nell’ambito di un ricorso esercitato contro una decisione di trasferimento, la circostanza che uno Stato membro fosse divenuto competente a seguito della scadenza del termine indicato.

Sebbene la sentenza citata faccia espresso riferimento soltanto all’ipotesi della presa in carico, si ritiene che considerazioni analoghe possano valere anche nel caso di mancato rispetto dei termini per l’invio della richiesta di ripresa in carico.

internazionale è l'“Unità Dublino”²⁷ che, ai sensi dell'art. 3, c. 3, “decreto procedure”, opera presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno; è però la Questura presso cui la domanda è stata presentata ad avviare la procedura per la determinazione della competenza; essa infatti – come ricordato in precedenza – procede ai rilievi fotodattiloscopici del richiedente ed all'inserimento degli stessi nel sistema EURODAC, e nel caso in cui riscontri la presenza di indizi che attribuirebbero la competenza all'esame della domanda ad altro Stato, invia la documentazione all'“Unità Dublino” affinché avvii la procedura di individuazione dello Stato competente.

Nel momento in cui viene determinata la competenza all'esame della domanda, il richiedente deve essere trasferito nello Stato membro ritenuto competente entro 6 mesi a decorrere dall'accettazione della richiesta di presa o di ripresa in carico²⁸ ovvero, in caso di ricorso, a decorrere dalla decisione definitiva sull'istanza di sospensione o sul ricorso stesso²⁹; tale termine può essere prorogato fino ad un anno qualora non sia stato possibile effettuare il trasferimento a causa della detenzione dell'interessato ovvero fino a 18 mesi qualora l'interessato sia fuggito. Se il trasferimento non avviene in tali termini la competenza all'esame della domanda ricade sullo Stato membro che non ha effettuato il trasferimento ossia lo Stato membro che aveva effettuato la richiesta di presa o di ripresa in carico (art. 29, par. 2)³⁰.

²⁷ Il “decreto sicurezza” del 2018 (all'art. 11) ha parzialmente innovato la disciplina sul punto, prevedendo la possibilità di istituire presso le Prefetture fino ad un massimo di tre articolazioni territoriali dell'“Unità Dublino”; tali articolazioni, istituite con decreto del Ministro dell'Interno, saranno chiamate ad operare presso le Prefetture nel limite delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente. Nella relazione tecnica di accompagnamento al decreto si afferma che l'individuazione delle Prefetture in cui istituire le articolazioni dell'“Unità Dublino” verranno effettuate in relazione alle esigenze contingenti connesse ai movimenti secondari dei richiedenti asilo, che interessano principalmente le frontiere terrestri, rilevandosi inoltre che tali articolazioni territoriali saranno realizzate preponendo a capo di esse Viceprefetti e Viceprefetti Aggiunti in servizio presso la medesima Prefettura sede della Sezione, al fine di garantire l'identità di funzioni rispetto a quelle assicurate in sede centrale.

Sarebbe stato con ogni probabilità preferibile, anziché ripartire tra tre Prefetture le competenze dell'Unità, dislocare lo stesso organismo variamente sul territorio così come avviene per le Commissioni Territoriali (così anche Cass. civ. [ordd.], VI sez., 12 luglio 2019, nn. 18755, 18756 e 18757).

²⁸ Sullo specifico punto il Tribunale di Genova si è pronunciato con tre decreti nell'ottobre del 2019, affermando che il termine di sei mesi, previsto dall'art. 29 del regolamento, per effettuare il trasferimento dallo Stato membro dove il richiedente si trova (e che ha richiesto determinarsi la competenza ai sensi del “regolamento Dublino”) allo Stato dichiaratosi competente decorre da quanto è stata fornita la disponibilità alla presa in carico e deve intendersi spirato qualora non sia intervenuto l'effettivo trasferimento. La mera notifica del provvedimento che ha disposto il trasferimento non vale quindi a far considerare rispettato il termine semestrale.

²⁹ Se i trasferimenti verso lo Stato membro competente avvengono sotto forma di partenza controllata o sotto scorta, gli Stati membri garantiscono che siano svolti in modo umano e nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e della dignità umana (così l'art. 29, par. 1 del regolamento), ed i costi del trasferimento verso lo Stato membro competente sono a carico dello Stato membro che provvede al trasferimento (art. 30).

³⁰ Ai sensi dell'art. 9, par. 2, del regolamento di esecuzione, lo Stato membro che non può eseguire il trasferimento nel normale termine di 6 mesi deve informarne lo Stato membro competente prima dello scadere del termine, ed in mancanza di tale comunicazione la competenza per l'esame della domanda ricade sullo Stato membro richiedente.

La CGUE nella sentenza del 27 settembre 2012, resa nella causa n. C-179/2011 *Cimade, Gisti c. Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, ha chiarito come l'obbligo dello Stato membro, nel quale sia stata presentata una richiesta di protezione, di accogliere il richiedente protezione cessa soltanto al momento del trasferimento effettivo del richiedente nello Stato membro competente all'esame della sua domanda di protezione. Fino al trasferimento effettivo, pertanto, il richiedente protezione ha diritto all'accoglienza nello Stato membro in cui si trova e dal quale deve essere trasferito.

Ed in tal senso deve essere letto anche l'art. 1, c. 3 del c.d. “decreto accoglienza” (d.lgs. n. 142/2015) il quale prevede che «le misure di accoglienza previste dal presente decreto si applicano anche ai richiedenti protezione internazionale soggetti al procedimento previsto dal regolamento (UE) n. 604/2013 [...], che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale».

Nello spirito di una “leale collaborazione” tra Stati membri, l’art. 31 del regolamento prevede che lo Stato che effettua il trasferimento debba fornire allo Stato competente alcuni dati personali dell’interessato al solo fine di garantirgli un’assistenza adeguata, da comunicarsi entro un periodo ragionevole prima del trasferimento. In particolare devono essere fornite informazioni su: *a)* qualsiasi misura immediata che lo Stato membro competente deve adottare per far sì che siano soddisfatte le esigenze particolari della persona da trasferire, comprese cure mediche immediate che possono essere richieste³¹; *b)* gli eventuali estremi di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela nello Stato membro destinatario; *c)* nel caso di minori informazioni sulla loro istruzione; *d)* una stima dell’età del richiedente.

Abbiamo sopra ricordato come la procedura in ordine alla determinazione dello Stato competente sia una fase soltanto eventuale dell’esame della domanda di protezione internazionale; ed infatti nel momento stesso in cui l’“Unità Dublino” apre un procedimento di determinazione dello Stato membro competente, a norma dell’art. 30, c. 1, del “decreto procedure”, l’esame della domanda viene sospeso in attesa degli esiti della “procedura Dublino”; se poi l’Unità accerta la competenza dell’Italia all’esame della domanda, la procedura di esame nel merito riprende e i termini per la definizione dell’esame decorrono dal momento in cui sia stato preso in carico dall’Italia il richiedente (art. 30, c. 1*bis*, introdotto dal c.d. “decreto accoglienza”, n. 142 del 2015, attuativo tanto della nuova direttiva “procedure” come anche della direttiva 2013/33/UE, c.d. “direttiva accoglienza”)³².

E questo anche nel caso in cui, pur essendo il richiedente sottoposto ad una “procedura Dublino”, l’eventuale richiesta di presa o ripresa in carico non sia stata inoltrata nel termine previsto ovvero nel caso in cui trasferimento del richiedente nello Stato membro competente non avvenga nei termini tassativi previsti dal regolamento nonché secondo le modalità previste dal regolamento di esecuzione. In tali casi, infatti, la competenza per l’esame della domanda di protezione spetta allo Stato italiano.

Quando lo Stato membro richiesto accetta di prendere o riprendere in carico un richiedente³³, a mente dell’art. 26 del regolamento lo Stato membro richiedente notifica all’interessato la decisione di trasferirlo verso lo Stato membro competente e, se del caso, di non esaminare la sua domanda di protezione internazionale³⁴. Tale decisione deve contenere le informazioni sui mezzi di impugnazione disponibili, comprese quelle relative al diritto di chiedere l’effetto sospensivo, ove applicabile, e sui termini per esperirli e sui termini relativi all’esecuzione del trasferimento e contiene, se necessario, le informazioni relative al luogo e alla data in cui l’interessato deve presentarsi, nel caso in cui si rechi nello Stato membro competente con i propri mezzi.

³¹ Al solo scopo di somministrare assistenza medica o terapie, in particolare a disabili, anziani, donne in stato di gravidanza, minori e persone che hanno subito torture, stupri o altre gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale, lo Stato membro che provvede al trasferimento può trasmettere dati sullo stato di salute fisica e mentale di tali persone. Lo scambio di tali dati avviene mediante un certificato sanitario comune (art. 32, par. 1 del regolamento). Tali informazioni sono tuttavia comunicate allo Stato membro competente soltanto previo consenso esplicito del richiedente o del suo rappresentante. Se il richiedente si trova nell’incapacità fisica o giuridica di prestare il consenso, la trasmissione avviene solo quando sia necessaria per la salvaguardia di interessi vitali del richiedente o di altra persona.

³² Se invece viene determinata la competenza di un altro Stato, la Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale dichiara estinto il procedimento (ancora l’art. 30, c. 1).

³³ O un’altra persona di cui all’art. 18, par 1, lett. *c)* o *d)* del regolamento: ovvero un cittadino di un Paese terzo o un apolide che ha ritirato la sua domanda in corso d’esame e che ha presentato una domanda in un altro Stato membro o che si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno (lett. *c)*); oppure un cittadino di un Paese terzo o un apolide del quale è stata respinta la domanda e che ha presentato domanda in un altro Stato membro oppure si trova nel territorio di un altro Stato membro senza un titolo di soggiorno (lett. *d)*).

³⁴ Se l’interessato è rappresentato da un avvocato o da un altro consulente legale, gli Stati membri possono scegliere di notificare la decisione a tale avvocato o consulente legale invece che all’interessato e, se del caso, comunicare la decisione all’interessato.

L'esecuzione del trasferimento del richiedente deve avvenire non appena possibile e comunque nel termine massimo di 6 mesi dalla data in cui lo Stato competente ha accettato la presa o la ripresa in carico (così l'art. 29 del regolamento). Decorso inutilmente il termine, lo Stato richiesto (nel nostro caso l'Italia) deve assumere la responsabilità per l'esame del merito della domanda. In ogni caso, il richiedente può decidere di recarsi autonomamente nello Stato membro competente, informandone la Questura; qualora, infine, richiedente non si avvalga della possibilità di impugnare la decisione, la Questura dovrà comunicare all'interessato la data e l'ora previste per il trasferimento.

5. Il versante giurisdizionale: la tutela avverso le decisioni di trasferimento

Al fine di completare l'approfondimento su un procedimento amministrativo – come detto – *eventuale* ed in alcuni casi anche *facoltativo*, quale è quello volto alla determinazione dello Stato membro competente, non resta che soffermarsi sul suo versante giurisdizionale, ai limitati fini di evidenziarne i passaggi principali e le “strette” connesse alle decisioni assunte dall’“Unità Dublin”.

Ai mezzi di impugnazione avverso le decisioni di trasferimento è dedicato l'art. 27 del regolamento, che per il richiedente consacra il diritto ad un ricorso effettivo o ad una revisione; a mente ancora del regolamento gli Stati membri devono prevedere nel loro diritto nazionale un percorso alternativo contemplato tra le seguenti possibilità: che il ricorso o la revisione conferiscano all'interessato il diritto di rimanere nello Stato membro interessato in attesa dell'esito del rimedio, oppure che il trasferimento sia automaticamente sospeso e che tale sospensione scada dopo un determinato periodo di tempo ragionevole durante il quale un organo giurisdizionale ha adottato, dopo un esame attento e rigoroso, la decisione di concedere un effetto sospensivo al ricorso o alla revisione, o infine che all'interessato sia offerta la possibilità di chiedere all'organo giurisdizionale, entro un termine ragionevole, di sospendere l'attuazione della decisione di trasferimento in attesa dell'esito del ricorso o della revisione della medesima. Gli Stati membri devono assicurare un ricorso effettivo sospendendo il trasferimento fino all'adozione della decisione sulla prima richiesta di sospensione. La decisione sulla sospensione dell'attuazione della decisione di trasferimento è adottata entro un termine ragionevole, permettendo nel contempo un esame attento e rigoroso della richiesta di sospensione. La decisione di non sospendere l'attuazione della decisione di trasferimento deve essere motivata.

Le decisioni adottate dall’“Unità Dublin” a conclusione della procedura di accertamento dello Stato competente possono quindi anzitutto costituire oggetto di revisione/riesame in autotutela avanti all’Unità stessa o di ricorso avanti a un'autorità giurisdizionale; tutte le procedure di impugnazione della decisione di trasferimento sono tra esse cumulabili, non escludendo, pertanto, l'esperimento dell'una l'esercizio delle altre.

Quanto ai motivi dell'impugnazione essi possono riguardare la procedura (per esempio il rispetto dei criteri dettati dal regolamento europeo per la richiesta di presa o ripresa in carico del richiedente asilo) o la situazione individuale del richiedente (per esempio la situazione di vulnerabilità o la situazione familiare) o, ancora, ragioni connesse alla sicurezza dello Stato di destinazione.

Il richiedente asilo che è entrato in possesso di elementi nuovi e non conosciuti dall’Unità al momento dell'adozione della decisione di trasferimento, perché emergenti da documentazione pervenutagli successivamente, o comunque relativi alla sua situazione personale, familiare, sanitaria oppure al percorso d'inserimento sociale o scolastico sul territorio italiano, può chiedere all'organismo il riesame in autotutela della decisione adottata.

La presentazione dell'istanza di revisione/riesame non sospende l'esecuzione del trasferimento, mentre, in caso di ricorso giurisdizionale, l'esecuzione del trasferimento è sospesa sino alla decisione del giudice adito sulla relativa istanza.

Per quanto invece attiene al rimedio giurisdizionale, deve individuarsi come "spartiacque" la decisione del Cons. Stato, sez. III, del 18 dicembre 2015, n. 5738, che ha scardinato il pacifico (fino ad allora) assunto in virtù del quale le impugnazioni avverso i provvedimenti adottati dall'"Unità Dublino" per il trasferimento del richiedente asilo nello Stato membro ritenuto competente all'esame della sua domanda di protezione internazionale dovessero ricadere nella competenza del giudice amministrativo³⁵, dal momento che quelle decisioni non si possono considerare incidenti su mere posizioni di interesse legittimo, in quanto la procedura di protezione internazionale, in ogni sua fase ha per oggetto il diritto soggettivo dello straniero richiedente alla protezione invocata, per nulla affievolito dalla discrezionalità valutativa attribuita al singolo Stato membro che riceva una domanda di protezione internazionale; con la conseguenza che qualsiasi controversia attinente qualsivoglia fase della procedura stessa, ricade comunque nella giurisdizione del giudice ordinario³⁶.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato recepito dalla già richiamata l. n. 46/2017 (di conversione del c.d. "decreto Minniti-Orlando"), che ha introdotto i commi dal 3-bis al 3-undecies all'art. 3 del "decreto procedure", ed ha attribuito la competenza a decidere sui ricorsi avverso il provvedimento di trasferimento adottato dall'"Unità Dublino" al Tribunale sede della Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea³⁷ (c. 3bis); poiché però la competenza territoriale della Sezione specializzata è individuata rispetto alla circoscrizione in cui ha sede l'autorità che ha adottato il provvedimento impugnato (ex art. 4, c. 1 del "decreto Minniti-Orlando"), ed essendo l'autorità che adotta i provvedimenti di trasferimento secondo il regolamento europeo l'"Unità Dublino", la quale ha sede a Roma, l'organo giudiziario territorialmente competente è dunque la Sezione specializzata del Tribunale di Roma³⁸ (si tratta specificamente della XVIII Sezione Civile).

³⁵ È peraltro di poco precedente Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2015, n. 3825, che affermava, nello specifico, che, mentre l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi (resi dalle Commissioni Territoriali) che negano la protezione internazionale rientra nella giurisdizione ordinaria, in quanto la posizione giuridica azionata dal cittadino straniero ha la consistenza di diritto soggettivo, in caso d'impugnazione dei provvedimenti (resi dall'"Unità Dublino") che dispongono il trasferimento in altro Stato membro, si versa in materia di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, giacché il provvedimento ha carattere discrezionale e la scelta se esaminare la domanda di asilo in Italia o rimandare il richiedente nel Paese estero dev'essere effettuata entro il termine perentorio di tre mesi dalla domanda d'asilo.

³⁶ Il difetto di giurisdizione è ribadito da Tar Lazio, sez. I-ter, 22 settembre 2016, n. 9909, e 7 febbraio 2017, n. 2044. Secondo Cass. civ. [ord.], SS.UU., 30 marzo 2018, n. 8044, che risolve l'annosa problematica processuale con riferimento ai giudizi d'impugnazione dei provvedimenti resi dall'"Unità Dublino" promossi anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 3, c. 3bis, del "decreto procedure" (di cui subito dopo si dirà), rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non in quella del giudice amministrativo, anche nella disciplina anteriore al c. 3bis dell'art. 3 "decreto procedure", la controversia avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento dell'"Unità Dublino" che dichiara l'incompetenza dello Stato italiano all'esame di una domanda di protezione internazionale e dispone il trasferimento in altro Stato. Ribadisce il principio Cass. civ. [ord.], SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22412, secondo cui la situazione giuridica soggettiva dello straniero che chiede protezione internazionale ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali la cui giurisdizione spetta, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente, all'autorità giurisdizionale ordinaria. In generale, sul tema del riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali, v. A. CARRATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 28 ss., A. LAMORGESE, *Diritti fondamentali e giurisdizione*, in *Giusto processo civ.*, 2011, 545 ss., E. SCODITTI, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, I, 962 ss.

³⁷ Sulle Sezioni specializzate, richiamate pure nella *premessa*, qualcosa si osserverà in sede di *conclusioni*.

³⁸ Ad avviso della già richiamata Cass. civ. n. 18757/2019, in tema di protezione internazionale, la competenza territoriale a decidere sulle impugnazioni dei provvedimenti adottati dall'"Unità Dublino" o, dopo l'istituzione di sue articolazioni territoriali ad opera dell'art. 11 d.l. n. 113 del 2018, da una di tali articolazioni, spetta alla Sezione

Le nuove disposizioni inerenti il ricorso avverso la decisione di trasferimento dell'“Unità Dublino” sono entrate in vigore il 18 agosto 2017, ed esse delineano – stante il richiamo che agli artt. 737 ss. c.p.c. fa il c. 3**bis** del “decreto procedure” – un rito camerale³⁹ di volontaria giurisdizione: il ricorso deve essere presentato, a pena di inammissibilità, entro 30 giorni dalla notifica del provvedimento di trasferimento (c. 3-*ter*) ed i termini decorrono anche durante il periodo di sospensione feriale (c. 3-*novies*). Si tratta di un procedimento principalmente documentale: entro 15 giorni dalla notifica del ricorso, infatti, l'Unità può depositare una nota difensiva, ma deve – entro lo stesso termine – depositare i documenti da cui risultino gli elementi di prova e le circostanze indiziarie posti a fondamento della decisione di trasferimento (c. 3-*quinquies*)⁴⁰; nei successivi 10 giorni il ricorrente può depositare una nota difensiva (c. 3-*sexies*).

Il procedimento è definito, con decreto non reclamabile dinanzi alla Corte d'appello (quindi in un unico grado di merito, parimenti di quanto disposto per le impugnazioni giurisdizionali avverso i dinieghi di riconoscimento della protezione internazionale da parte delle Commissioni Territoriali⁴¹), entro 60 giorni dalla presentazione del ricorso, mentre il termine per proporre ricorso per Cassazione è di 30 giorni, che decorrono dalla comunicazione del decreto; a sua volta la Suprema corte decide sul ricorso entro due mesi dalla sua presentazione (c. 3-*septies*).

Uno dei punti maggiormente delicati della novella è rappresentato dalla sospensione del trasferimento nelle more della presentazione del ricorso: in base al combinato disposto dei cc. 3-*quater* e 3-*octies* la presentazione del ricorso sospende il trasferimento se, con il ricorso introduttivo, è proposta istanza di sospensione cautelare con indicazione del grave e irreparabile pregiudizio che subirebbe il richiedente nell'ipotesi di esecuzione del provvedimento impugnato nelle more della valutazione nel merito del ricorso; l'istanza di sospensione deve essere proposta, a pena di inammissibilità, con il ricorso introduttivo ed il Tribunale si pronuncia entro 5 giorni dalla presentazione ed il relativo decreto è notificato alle parti le quali hanno a disposizione 5 giorni per presentare memorie difensive e ulteriori 5 giorni per memorie di replica⁴². Il decreto con il quale il

specializzata del tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'autorità che ha adottato il provvedimento impugnato, in applicazione del criterio generale di cui all'art. 4, c. 1, d.l. n. 13/17, non essendo invece applicabile il criterio «correttivo di prossimità» di cui al c. 3 dello stesso art. 4 (in base al quale, quando il ricorrente è ospitato in una struttura o in un centro di accoglienza, la competenza si determina «avendo riguardo al luogo in cui la struttura o il centro ha sede»), atteso che, diversamente che per le Commissioni Territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, per l'“Unità Dublino”, sia prima che dopo l'istituzione di sue articolazioni territoriali, i cc. 3 e 3-*bis* dell'art. 3 d.l. n. 13 non prevedono una ripartizione per circoscrizioni che consenta di effettuare un collegamento territoriale effettivo tra la struttura o il centro di accoglienza in cui è ospitato il ricorrente e l'autorità che ha adottato il provvedimento, così da giustificare l'applicazione del suddetto criterio «correttivo di prossimità»; ne consegue che ove il provvedimento impugnato, sia stato emesso dall'“Unità Dublino”, in quanto *ratione temporis* unico organo adibito a tale funzione, la competenza territoriale non può che radicarsi nella circoscrizione territoriale in cui il predetto organo abbia sede.

³⁹ L'udienza per la comparizione delle parti è fissata esclusivamente quando il giudice lo ritenga necessario ai fini della decisione (così il c. 3-*septies*).

⁴⁰ Ma al riguardo Cass. civ. [ord.], sez. I, 30 gennaio 2019, n. 2722, ha avvertito che non costituisce causa di nullità l'omesso deposito da parte del Ministero dell'Interno della documentazione relativa alla procedura amministrativa che ha dato luogo alla decisione impugnata, poiché il c. 3-*quinquies* non prescrive che tale deposito debba essere compiuto a pena di nullità.

⁴¹ Anche a questo proposito si tornerà nelle *conclusioni*.

⁴² Ove le parti si avvalgano di tale facoltà, il Tribunale deve pronunciarsi con un nuovo decreto che confermi, modifichi o revochi il precedente. Secondo la poco sopra richiamata Cass. civ. n. 2722/2019, in caso di provvedimento *inaudita altera parte* di rigetto dell'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione dell'“Unità Dublino”, l'omessa pronuncia, nei cinque giorni dalla scadenza del termine per il deposito di note di replica, di nuovo decreto che confermi, modifichi o revochi la decisione assunta con il decreto emesso in via interinale, non determina la nullità del procedimento e del provvedimento finale, non essendo tale nullità prevista dalla norma (enunciando tale principio, la Suprema corte ha confermato la decisione del Tribunale che, omettendo di pronunciare nuovo decreto confermativo

Tribunale decide sulla richiesta di sospensiva non è impugnabile e, se l'istanza viene rigettata, il termine di 6 mesi per il trasferimento inizia a decorrere dal rigetto, altrimenti decorre dall'eventuale rigetto del ricorso.

In definitiva può senz'altro concordarsi con quanti hanno rilevato come per effetto della modifica normativa del 2017 tutti i giudizi relativi all'allontanamento (espulsione o trasferimento) del cittadino straniero dallo Stato vengano opportunamente attribuiti alla giurisdizione ordinaria, in ragione dei diritti fondamentali della persona che vengono in rilievo in questa tipologia di cause. Tuttavia, in virtù della novella, mentre i giudizi relativi all'impugnazione delle decisioni di trasferimento rese dall'"Unità Dublino" sono stati attribuiti alla competenza delle neoistituite Sezioni specializzate per l'immigrazione, i procedimenti concernenti la convalida dei provvedimenti di espulsione continuano ad essere riservati alla competenza del Giudice di pace. Si determina in tal modo un frazionamento delle competenze (o meglio, si esaspera quello già esistente), inevitabilmente foriero di complicazioni processuali, che si sarebbe potuto agevolmente evitare attribuendo ad un unico organo, ossia al giudice specializzato, tutti i giudizi in materia di impugnazione dei provvedimenti amministrativi di allontanamento del cittadino straniero dal territorio dello Stato⁴³.

6. Conclusioni

Come preannunciato in chiusura della *premessa*, il procedimento volto a determinare lo Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale offre l'occasione – oltre che per accendere "un faro" su di esso – anche per calarlo nel quadro più generale della procedura (quella "principale") di esame della domanda, dal momento che anche la "procedura Dublino" ha in parte risentito delle novità introdotte recentemente dal legislatore, specie quello del 2017, finendo per risultare anch'essa piegata da un lato alla necessità (dichiarata, ma tutt'altro che realizzata) di accelerare la procedura "principale", dall'altro alla volontà (sottaciuta, ma assolutamente percepibile nei risultati) di de-giurisdizionalizzarla quasi completamente.

La necessità (dichiarata) e la volontà (sottaciuta) sono state pervicacemente perseguite dal "decreto Minniti-Orlando" tramite l'eliminazione – come ricordato in precedenza – del grado di appello nei giudizi avverso i dinieghi di protezione internazionale da parte delle Commissioni Territoriali: la scelta di de-giurisdizionalizzare la materia della protezione internazionale, in nome di una dichiarata accelerazione verso la definizione degli *status* (di rifugiato politico, di titolare di protezione sussidiaria) dovrebbe realizzarsi restringendo i tempi del ricorso attraverso un rito speciale che, dunque, può fare a meno dell'udienza di comparizione della parte, limitandosi il Tribunale al mero riesame della videoregistrazione dell'audizione del richiedente innanzi alle stesse Commissioni.

In pratica il "decreto Minniti-Orlando" ha finito col produrre l'effetto della tendenziale esclusione del contatto diretto tra il ricorrente ed il giudice nell'intero arco del giudizio di impugnazione delle decisioni adottate dalle Commissioni: nel primo grado, infatti, la comparizione delle parti è solo eventuale, il secondo grado viene abolito ed il giudizio di legittimità è, di nuovo, tendenzialmente camerale; il tutto con buona pace del principio della pubblicità del giudizio fissato dall'art. 6 CEDU. E lo stesso dicasi per i ricorsi avverso le decisioni di trasferimento dell'"Unità Dublino".

della pronuncia interinale, aveva riconfermato il rigetto dell'istanza solo con la decisione sul ricorso, depositata oltre i termini previsti per il deposito delle repliche).

⁴³ F.G. DEL GROSSO, *Impugnazione dei provvedimenti dell'Unità Dublino e riparto di giurisdizione*, in *Giusto processo civ.*, 2018, 473 ss.

L'art. 12 del "decreto Minniti-Orlando" ha poi autorizzato il Ministero dell'Interno all'assunzione a tempo indeterminato di 250 funzionari amministrativi altamente specializzati da destinare alle Commissioni Territoriali e alla Commissione Nazionale per il diritto di asilo⁴⁴, «al fine di garantire la continuità e l'efficacia dell'attività degli uffici». Come emerge dalla relazione illustrativa del d.lgs. 220/2017 (di cui a brevissimo si dirà), ciò ha costituito l'appiglio per procedere ad una revisione della composizione e delle modalità di funzionamento delle Commissioni stesse, con l'obiettivo di «garantire, oltre che la professionalizzazione dei componenti, anche la continuità della composizione dei collegi che nella pratica si è rivelato un aspetto di notevole criticità per la presenza di componenti non dedicati esclusivamente allo svolgimento di tali funzioni».

Il d.lgs. n. 220/2017, infatti, intervenuto per integrare e correggere il già richiamato d.lgs. 142/2015, ha introdotto importanti novità in materia di composizione della Commissione Territoriale⁴⁵. La modifica organizzativa pare con buoni argomenti rispondere allo scopo, in quanto, sia l'esigenza di specializzazione, sia l'esigenza di continuità nell'azione amministrativa, risultano soddisfatte attraverso l'inserimento dei nuovi funzionari amministrativi che vanno a sostituire alcuni dei precedenti componenti della Commissione, che sino ad allora svolgevano tali funzioni senza una effettiva competenza specialistica e soprattutto in via non esclusiva.

È evidente, però, come per tentare un primo bilancio non ci si possa fermare all'aspetto puramente organizzativo; per andare più in profondità vanno evidenziati aspetti connessi con le garanzie giurisdizionali (già si è detto del "saltum" processuale).

Nel disegno del legislatore del 2017 lo svolgimento del processo nelle forme del rito camerale non partecipato, ove la comparizione delle parti è soltanto residuale, è stato reso possibile valorizzando la fase amministrativa della procedura, quella appunto innanzi alle Commissioni. Infatti nella medesima riforma il legislatore è intervenuto anche nel versante amministrativo, prevedendo all'art. 14 l'obbligo di effettuare la videoregistrazione del colloquio del richiedente asilo dinanzi alla Commissione Territoriale.

Benché tale previsione sia, in sé e per sé, da salutare positivamente, in quanto idonea a superare le criticità insite nella verbalizzazione del colloquio, la videoregistrazione, nel caso di specie, risulta inevitabilmente connessa alla fase giurisdizionale di ricorso, costituendo, al contempo, la base della riforma processuale. Il legislatore infatti non ha soltanto sancito l'obbligatorietà della videoregistrazione, avendone altresì imposto il necessario invio al Tribunale da parte della Commissione Territoriale. Ne consegue che la videoregistrazione, nel disegno legislativo, venga ad essere concepita in funzione sostitutiva alla possibilità del richiedente di presenziare in udienza, così da consentire lo svolgimento del processo nelle forme del rito camerale non partecipato. Detto altrimenti, nella logica del legislatore, la videoregistrazione del colloquio, svolto nel corso della fase amministrativa e il suo necessario invio al Tribunale, vale a colmare l'assenza della comparizione

⁴⁴ Attualmente operano sul territorio nazionale 20 Commissioni Territoriali, affiancate da 30 Sezioni; esse sono insediate presso le Prefetture che assicurano il necessario supporto organizzativo e logistico e sono coordinate dalla Commissione Nazionale Asilo.

⁴⁵ Fin dalla loro istituzione, avvenuta nel 2002 con la "legge Bossi-Fini", le Commissioni erano composte da 4 membri: da un funzionario della carriera prefettizia, con funzioni di presidente, da un funzionario della Polizia di Stato, da un rappresentante di un ente territoriale designato dalla Conferenza Stato-Città e autonomie locali e da un rappresentante designato dall'UNHCR

La nuova composizione delle Commissioni vede invece la sostituzione del funzionario della Polizia di Stato e del rappresentante designato dall'Ente locale con «funzionari amministrativi aventi compiti istruttori» (prevede il d.lgs. correttivo del 2017 che i 250 funzionari amministrativi siano assegnati alle Commissioni in un numero non inferiore a quattro funzionari per ciascuna). Resta ferma, invece, la presenza del funzionario di carriera prefettizia, al quale è confermata l'attribuzione della funzione di presidente. A completare la composizione è prevista la presenza di un *esperto* in materia di protezione internazionale e di tutela dei diritti umani, designato dall'UNHCR e non più dunque un mero *rappresentante designato* dall'UNHCR.

delle parti, nonché del rinnovo dell'audizione, all'interno della nuova procedura giurisdizionale di ricorso, il tutto nell'ottica della semplificazione e velocizzazione della procedura.

Desti poi più di una perplessità l'istituzione – come ricordato in *premessa* sempre ascrivibile al “decreto Minniti-Orlando” – di una Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione delle persone presso ogni Tribunale ove ha sede una Corte d'Appello, non solo – come scritto in chiusura del paragrafo precedente – per aver lasciato inalterata (addirittura complicandola ulteriormente) la complessa “ragnatela competenziale” con altri giudici, ma vieppiù avendo il legislatore del 2017, nell'istituire le nuove Sezioni⁴⁶, perso l'occasione per dar vita a un organo giudicante che fosse effettivamente specializzato, attraverso l'integrazione di soggetti esperti in materia, ai quali affidare l'arduo compito di supportare e aiutare il giudice nella formazione del suo convincimento in una materia che inevitabilmente richiede competenze specialistiche, sulla falsariga di quanto realizzato (*ex art. 102, c. 2, Cost.*) in altri ambiti della giurisdizione (ad esempio nelle Sezioni agrarie o nel Tribunale dei minori, dove i giudici togati sono, per l'appunto, affiancati da soggetti esperti nel settore, il tutto nell'ottica di soddisfare le esigenze di specializzazione richieste dalla materia oggetto del giudizio). Volendo tentare una sintesi: dal giudice “antropologo” all'antropologo “giudice”.

⁴⁶ Attualmente sono composte da magistrati essenzialmente scelti tra quelli già in servizio che presentano una competenza nel settore acquisita *ex ante* (trattazione delle controversie per almeno 2 anni) ed *ex post* (partecipazione a specifici corsi di formazione).

SAULLE PANIZZA

**Una questione di (scarsa) trasparenza nella determinazione del costo medio del rimpatrio.
Brevi osservazioni sulla sanzione amministrativa accessoria a carico dei datori di lavoro che
impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare**

SOMMARIO: 1. La normativa sanzionatoria per i datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. – 2. Le finalità perseguite dalla normativa europea in tale ambito. – 3. La scelta del legislatore interno di commisurare la sanzione ai costi medi di rimpatrio. – 4. Il problema della determinazione del costo medio di rimpatrio. – 5. Brevi osservazioni conclusive.

1. La normativa sanzionatoria per i datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare

Fin dalla adozione, il d.lgs. n. 286/1998 (“Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”), all’interno del Titolo III (“Disciplina del lavoro”), conteneva all’art. 22 una disciplina dedicata al lavoro subordinato a tempo determinato e indeterminato. Ai sensi del relativo comma 10, nella versione originaria, il datore di lavoro che occupava alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto ovvero il cui permesso fosse scaduto, revocato o annullato, era punito con l’arresto da tre mesi a un anno o con l’ammenda da lire due milioni a lire sei milioni.

L’art. 22, d.lgs. n. 286/1998 ha subito numerose e varie modifiche nel corso del tempo, che hanno tra l’altro condotto a prevedere il contenuto della richiamata disposizione sanzionatoria a carico dei datori di lavoro non più nel comma 10, ma nel comma 12, il quale contempla, nel testo vigente, la reclusione da sei mesi a tre anni e la multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato ⁽¹⁾. Già dal 2002, dunque, l’originaria sanzione (arresto da tre mesi a un anno o ammenda da lire due milioni a sei milioni) è stata inasprita con la reclusione da sei mesi a tre anni e una multa commisurata al numero dei lavoratori irregolari impiegati (5000 euro per ciascuno di essi).

All’interno dei cambiamenti intervenuti in questo ambito, occorre rilevare come una particolare incidenza abbia avuto, più recentemente, il d.lgs. n. 109/2012, recante “Attuazione della direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”. Tra le varie previsioni, l’art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 109/2012, in particolare, ha portato all’inserimento di nuovi commi nella disposizione dell’art. 22, d.lgs. n. 286/1998. Ai fini della presente indagine, rilevano soprattutto le previsioni contenute negli attuali commi 12-bis e 12-ter.

Ai sensi del primo (comma 12-bis), «le pene per il fatto previsto dal comma 12 sono aumentate da un terzo alla metà:

- a) se i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre;
- b) se i lavoratori occupati sono minori in età non lavorativa;
- c) se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell’articolo 603-bis del codice penale».

Ai sensi del secondo (comma 12-ter), «con la sentenza di condanna il giudice applica la sanzione amministrativa accessoria del pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente».

¹ La sostituzione dell’art. 22, con lo spostamento del comma segnalato nel testo, fu dovuta in particolare all’art. 18, l. n. 189/2002 (“Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo”).

Con riferimento a tale ultimo aspetto, l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 109/2012 ha previsto quanto segue:

«I criteri per la determinazione e l'aggiornamento del costo medio del rimpatrio cui commisurare la sanzione amministrativa accessoria di cui al comma 12-ter dell'articolo 22 del decreto legislativo n. 286 del 1998, come introdotto dal presente decreto, sono stabiliti con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri della giustizia, dell'economia e delle finanze e del lavoro e delle politiche sociali. I proventi derivanti dall'applicazione della predetta sanzione amministrativa accessoria affluiscono all'entrata del bilancio dello Stato, per essere successivamente riassegnati, nella misura del sessanta per cento al fondo rimpatri di cui all'articolo 14-bis del citato decreto n. 286 del 1998 e per il residuo quaranta per cento al Fondo sociale per occupazione e formazione di cui all'articolo 18, comma 1, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, per la realizzazione di interventi di integrazione sociale di immigrati e minori stranieri non accompagnati».

A seguire, all'attuazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 109/2012 ha provveduto, a non pochi anni di distanza in vero, il Decreto del Ministero dell'interno 22 dicembre 2018, n. 151 (Gazzetta ufficiale n. 39 del 15 febbraio 2019).

L'art. 1 di tale Decreto, in particolare, contiene i criteri per la determinazione e l'aggiornamento del costo medio del rimpatrio. Esso stabilisce che:

«1. Il costo medio del rimpatrio di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 16 luglio 2012, n. 109, avuto riguardo all'anno in cui è pronunciata la sentenza di condanna, è dato dalla media nel triennio che precede l'anno anteriore a quello cui il costo medio si riferisce dei valori risultanti dal rapporto tra il totale degli oneri sostenuti annualmente per il rimpatrio dei cittadini stranieri e il numero complessivo dei rimpatri eseguiti nel medesimo anno. Il costo medio del rimpatrio è aumentato nella misura del 30% in ragione all'incidenza degli oneri economici connessi ai servizi di accompagnamento e scorta, con arrotondamento dell'unità di euro, per eccesso o per difetto, a seconda che le cifre decimali del calcolo siano superiori o inferiori a 50.

2. Al costo medio del rimpatrio, calcolato secondo i criteri di cui al comma 1, si applica la variazione media, relativa all'anno precedente, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati (FOI) al netto dei tabacchi, elaborata dall'Istituto nazionale di statistica».

L'art. 2 del Decreto prevede le modalità di pagamento e riassegnazione dei proventi.

L'art. 3 del Decreto, infine, dedicato precisamente alla determinazione del costo medio del rimpatrio, stabilisce che:

«1. Il costo medio del rimpatrio per ogni lavoratore straniero assunto illegalmente, complessivamente determinato secondo tutti i criteri di cui all'articolo 1, commi 1 e 2, è fissato, per l'anno 2018 in euro 1398,00.

2. Con decreto del Capo della Polizia direttore generale della Pubblica Sicurezza, su proposta del Direttore Centrale dell'Immigrazione e della Polizia delle Frontiere, il costo medio del rimpatrio è determinato in aggiornamento entro il 30 gennaio di ogni anno, sulla base dei medesimi criteri richiamati al comma 1».

Pochi mesi fa, infine, è intervenuto l'ultimo atto, ad oggi, della vicenda normativa qui esaminata, rappresentato dal Decreto del Ministero dell'interno 22 febbraio 2019 (*Gazzetta Ufficiale* n. 74 del 28 marzo 2019), a firma del Capo della Polizia, Direttore generale della pubblica sicurezza, che consta di un solo articolo, rubricato "Determinazione del costo medio del rimpatrio per l'anno 2019", il quale così stabilisce:

«Il costo medio del rimpatrio di cui all'art. 3, comma 1, del decreto del Ministro dell'interno n. 151 del 2018, fissato per l'anno 2018 in euro 1.398,00, a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, è determinato in aggiornamento, per l'anno 2019, in euro 2.052,00».

2. Le finalità perseguite dalla normativa europea in tale ambito

Volendo ricercare i motivi alla base della descritta normativa e le finalità perseguite, si impone, in primo luogo, l'esame della direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio ⁽²⁾, che ha introdotto norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Essa, infatti, come ricordato, è all'origine dell'attuazione disposta, da noi, mediante il d.lgs. n. 109/2012.

La *ratio* della direttiva emerge già nei primi "considerando" del testo, nei quali si fa riferimento alla necessità di rafforzare «la cooperazione fra gli Stati membri nella lotta contro l'immigrazione illegale e che, in particolare, dovrebbero essere intensificate a livello degli Stati membri e a livello dell'Unione europea le misure contro il lavoro illegale». Essendo «un fattore fondamentale di richiamo dell'immigrazione illegale nell'Unione europea ... la possibilità di trovare lavoro pur non avendo lo status giuridico richiesto», è quindi «opportuno che l'azione contro l'immigrazione e il soggiorno illegali comporti misure per contrastare tale fattore di richiamo». Di conseguenza, «il perno di tali misure dovrebbe essere un divieto generale di assunzione dei cittadini di Paesi terzi non autorizzati a soggiornare nell'Unione europea accompagnato da sanzioni nei confronti dei datori di lavoro che lo violano», e poiché «la presente direttiva introduce norme minime, gli Stati membri dovrebbero rimanere liberi di adottare o mantenere sanzioni e provvedimenti più severi e d'imporre obblighi più rigorosi ai datori di lavoro».

Nella parte normativa in senso stretto, la direttiva dispone a carico dei datori di lavoro una serie di divieti, obblighi e, per quanto qui maggiormente interessa, sanzioni, specie finanziarie (art. 5), da accompagnarsi, se del caso, anche ad altre misure (art. 7) ⁽³⁾.

L'art. 5, in particolare, prevede che gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i datori di lavoro che violano il divieto di cui all'articolo 3 (Divieto di assunzione illegale) siano passibili di «sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive» (comma 1), e che le sanzioni inflitte in caso di violazione del divieto di assunzione illegale includano «a) sanzioni finanziarie che aumentano a seconda del numero di cittadini di Paesi terzi assunti illegalmente; e b) pagamento dei costi di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi assunti illegalmente, nei casi in cui siano effettuate procedure di rimpatrio. Gli Stati membri possono invece decidere che le sanzioni finanziarie di cui alla lettera a) riflettano almeno i costi medi di rimpatrio».

La direttiva, entrata in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (avvenuta il 30 giugno 2009), prevedeva che gli Stati membri mettessero in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi entro il 20 luglio 2011, informandone immediatamente la Commissione ⁽⁴⁾. Nel caso dell'Italia, come detto, vi avrebbe provveduto, circa un anno oltre il termine il d.lgs. n. 109/2012 ⁽⁵⁾.

² GUUE L 168 del 30.6.2009, 24.

³ Si tratta dell'esclusione dal beneficio di determinate prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici, dell'esclusione dalla partecipazione ad appalti pubblici, del rimborso di prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici, della chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti in cui ha avuto luogo la violazione, o del ritiro temporaneo o permanente della licenza d'esercizio dell'attività economica in questione, se giustificata dalla gravità della violazione.

⁴ Nel 2014 la Commissione ha inviato al Parlamento europeo e al Consiglio una comunicazione sull'applicazione della direttiva: cfr. COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO E AL CONSIGLIO relativa all'applicazione della direttiva 2009/52/CE, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare /* COM/2014/0286 final */

⁵ Per lo schema del decreto legislativo sottoposto al parere parlamentare, v. Senato della Repubblica, XVI legislatura, atto del Governo n. 466. Dalla "Relazione tecnica" si ricava, tra l'altro, che, al fine di operare una stima degli effetti, basandosi sull'attività ispettiva del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, a fronte di 148.553 ispezioni effettuate

3. La scelta del legislatore interno di commisurare la sanzione ai costi medi di rimpatrio

Sulla base di quanto osservato, risulta centrale per il perseguimento delle finalità della normativa la capacità dei vari strumenti (in astratto previsti a livello di Unione e poi in concreto adottati dagli Stati), non solo quelli di natura sanzionatoria, di contrastare il fenomeno dell'assunzione di immigrati illegali.

Tralasciando altri aspetti e soffermando l'attenzione sull'efficacia delle sanzioni, il "considerando" n. 13 della direttiva stabiliva, in particolare, che «per applicare il divieto generale e per prevenire le violazioni è opportuno che gli Stati membri prevedano sanzioni appropriate. Queste dovrebbero includere sanzioni finanziarie e contributi ai costi del rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, unitamente alla possibilità di sanzioni finanziarie ridotte per i datori di lavoro che sono persone fisiche laddove l'impiego sia a fini privati». I concetti chiave sono dunque rappresentati dalla "appropriatezza" delle sanzioni e dal fatto che esse includano, da un lato, sanzioni finanziarie e, dall'altro, contributi ai costi del rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

Nell'articolato vero e proprio, come ricordato, la traduzione normativa era stata nel senso che le sanzioni inflitte in caso di violazione del divieto di assunzione illegale includessero «a) sanzioni finanziarie che aumentano a seconda del numero di cittadini di Paesi terzi assunti illegalmente; e b) pagamento dei costi di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi assunti illegalmente, nei casi in cui siano effettuate procedure di rimpatrio. Gli Stati membri possono invece decidere che le sanzioni finanziarie di cui alla lettera a) riflettano almeno i costi medi di rimpatrio».

Il legislatore interno, in un quadro normativo che, come detto, già prevedeva da tempo una sanzione penale (dapprima l'arresto da tre mesi a un anno o l'ammenda da due a sei milioni di lire, successivamente la reclusione da sei mesi a tre anni e la multa di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato), ha attuato la direttiva, da un lato, inasprendo le pene (art. 22, comma 12-bis, d.lgs. n. 286/1998) e prevedendo, dall'altro, che «con la sentenza di condanna il giudice applica la sanzione amministrativa accessoria del pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente» (art. 22, comma 12-ter, d.lgs. n. 286/1998) ⁽⁶⁾. A proposito di tale ultimo aspetto, nell'alternativa indicata dalla direttiva – sanzioni finanziarie e pagamento dei costi di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi assunti illegalmente, nei casi in cui siano effettuate procedure di

nell'anno 2011, sono stati trovati irregolari 164.473 lavoratori, di cui 2.095 stranieri in posizione di soggiorno irregolare (pari all'1,27%) e sono state comminate sanzioni che hanno comportato un recupero di contributi e premi evasi pari a 165.479.603 euro e introitati importi pari a 144.644.622. Un'analisi critica dello schema del decreto è ricavabile dalle osservazioni contenute nel documento del Consiglio direttivo della Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione indirizzato alle Commissioni parlamentari il 14 maggio 2012. Per un commento allo schema, v. F. FERRONI, *L'attuazione della direttiva 2009/52/CE: prime osservazioni sullo schema di d.lgs. n. 466*, in *Democrazia e sicurezza*, 2012, n. 2. Sul decreto approvato, v. A. MASARACCHIA, *Attuazione della direttiva 2009/52/Ce che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (commento al d.leg. 16 luglio 2012 n. 109)*, in *Guida al dir.*, 2012, fasc. 37, 38; T. VETTOR, *Lavoro e immigrazione irregolare nel d.leg. n. 109 del 2012*, in *Dir., immigrazione e cittadinanza*, 2012, fasc. 3, 38; L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari - Prima lettura del d.leg. 16 luglio 2012, n. 109 («attuazione della direttiva 2009/52/Ce che introduce norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare»)*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 2012.

⁶ In ordine all'identificazione del soggetto su cui ricadono le sanzioni, v. Corte di cassazione, sez. I penale, sent. 3 aprile 2012, n. 19201 (data deposito 21-05-2012), in *Foro it.*, 2012, II, 603, con nota di G. RICCI, secondo la quale va ribadita l'interpretazione estensiva della norma, in continuità con un recente indirizzo, per cui la sanzione penale riguarda sia chi procede all'assunzione della manodopera che versi, nel nostro Paese, in situazione di illegalità, sia chi si avvalga effettivamente di tale manodopera.

rimpatrio, ovvero sanzioni finanziarie che riflettano almeno i costi medi di rimpatrio ⁽⁷⁾ – il legislatore italiano ha dunque optato, e con esso solo un altro Paese in Europa, per la seconda ⁽⁸⁾.

Non a caso, come conseguenza, l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 109/2012 ha poi previsto che «i criteri per la determinazione e l'aggiornamento del costo medio del rimpatrio cui commisurare la sanzione amministrativa accessoria di cui al comma 12-ter dell'articolo 22 del decreto legislativo n. 286 del 1998, come introdotto dal presente decreto, sono stabiliti con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri della giustizia, dell'economia e delle finanze e del lavoro e delle politiche sociali». E cioè, non essendo una sanzione a carico dei datori di lavoro commisurata alle puntuali procedure di rimpatrio effettuate con riferimento a cittadini di Paesi terzi da essi assunti illegalmente, la normativa primaria delegata ha previsto una fonte secondaria (o comunque un atto ulteriore) con il compito di stabilire i criteri per la determinazione e l'aggiornamento del costo medio di rimpatrio.

4. Il problema della determinazione del costo medio di rimpatrio

A questo punto, occorre volgere l'attenzione proprio al decreto chiamato a stabilire i criteri per la determinazione e l'aggiornamento del costo medio del rimpatrio cui commisurare la sanzione amministrativa accessoria.

Una prima serie di elementi da osservare con riguardo ad esso attiene alla tempistica di adozione.

La fonte primaria è del luglio 2012, il decreto interviene nel dicembre 2018, a oltre sei anni di distanza ⁽⁹⁾.

Da notare, poi, che il decreto richiama, con riferimento all'iter preparatorio, due passaggi rilevanti: la comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri a norma dell'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988, con nota n. 0009776 del 9 agosto 2018, e, soprattutto, il parere n. 01110/2018 del Consiglio di Stato, espresso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del 12 aprile 2018. Quest'ultimo, a sua volta, avente ad oggetto lo “Schema di decreto recante i criteri per la

⁷ Nella COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE, cit., si legge che al momento del recepimento, soltanto 5 Paesi non avevano ancora introdotto sanzioni finanziarie nella legislazione nazionale, mentre gli altri diciannove Stati membri vincolati dalla direttiva (tra cui l'Italia) le prevedevano già; tuttavia, da allora sette Stati membri (tra cui il nostro) hanno modificato le loro normative per cambiare il metodo di calcolo e/o aumentare l'importo della sanzione. Ma ciò che appare particolarmente significativo, ai nostri fini, è che, ad eccezione di Svezia e Italia, che includono nella sanzione finanziaria i costi medi di rimpatrio, gli altri Stati membri impongono al datore di lavoro di pagare, oltre alla sanzione finanziaria, i costi di rimpatrio.

⁸ Effetti ben diversi possono derivare, come è evidente, dall'uso dell'uno o dell'altro criterio. Il primo è strettamente collegato ai cittadini di Paesi terzi assunti illegalmente e ai costi per il loro rimpatrio; il secondo, invece, si basa sui costi medi che il Paese affronta per il rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. A differenza dei costi in concreto sopportati per il rimpatrio dei cittadini illegalmente assunti, i costi medi per i rimpatri, infatti, sono correlati anche con dinamiche altre (la “politica” dei rimpatri dipendendo da molteplici fattori e contingenze) e solo in (minima) parte connesse con le violazioni e gli illeciti compiuti dai datori di lavoro che assumono illegalmente alle proprie dipendenze cittadini di Paesi terzi. Il fatto di ricorrere al primo o al secondo criterio, (pur) entrambi consentiti dalla direttiva, risponde dunque a scelte di politica legislativa ben differenti. Si può, ad es., osservare, al riguardo, che il c.d. decreto sicurezza (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, nella l. n. 132/2018), prevede varie disposizioni riguardanti il rimpatrio (a partire dall'art. 2, che prolunga la durata massima del trattenimento dello straniero nei centri di permanenza per il rimpatrio, o dall'art. 6, che stanziava nuove risorse per il 2018, il 2019 e il 2020 al fine di “potenziare le misure di rimpatrio”), con evidenti ricadute anche sul tema dei costi.

⁹ Ciò consentirebbe di effettuare ulteriori valutazioni di ordine sia tecnico-normativo (in particolare sulla tempestività del seguito dato agli adempimenti previsti dal legislatore primario) sia politico (i due atti intervenendo in differenti legislature, addirittura nemmeno contigue, e in presenza di maggioranze politiche e di governo ben diverse), che non possono tuttavia essere approfondite in questa sede.

determinazione e l'aggiornamento del costo medio del rimpatrio cui commisurare la sanzione amministrativa accessoria di cui al comma 12-ter dell'art. 22 del d.lgs. n. 286 del 1998, in attuazione dell'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 109 del 2012, recante attuazione della direttiva 2009/52/CE", origina espressamente a seguito della "nota del 22 marzo 2018, prot. n. 3308, di trasmissione della relazione di pari data, con la quale il Ministero dell'interno ha chiesto il parere sullo schema di decreto in oggetto" (10).

Il parere del Consiglio di Stato affronta una pluralità di temi, a partire dalla natura di atto regolamentare o meno da attribuirsi al decreto, sui quali qui non si soffermerà, però, l'attenzione. Rileva maggiormente osservare, con riferimento all'iter di adozione, che il parere evidenzia due aspetti: il fatto che dalla documentazione depositata presso la segreteria della Sezione non emerga l'esistenza di veri e propri concerti espressi dal Ministro della giustizia, dal Ministro dell'economia e delle finanze e dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, viceversa richiesti dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 109/2012, profilo, però, poi superato (11), e il fatto che il Ministero proponente dichiara di aver acquisito anche un «qualificato parere dell'istituto nazionale di statistica (Istat)».

A tale ultimo riguardo, in verità, il parere del Consiglio di Stato è costretto a rilevare che «il parere dell'Istat, richiamato dall'Amministrazione in sede di AIR e ATN, non risulta depositato agli atti del fascicolo» (12). E «tuttavia», si osserva, «tale parere non è espressamente previsto dalla normativa primaria di riferimento di cui al già citato art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 109 del 2012, con la conseguenza che il suo mancato deposito non assume un rilievo determinante ai fini dell'espressione del parere di competenza della Sezione».

La circostanza non sembra, però, in realtà, di così scarso rilievo, se non altro ai fini della verifica della correttezza e della trasparenza delle scelte effettuate nel Decreto del Ministero dell'interno. Tanto è vero che il parere del Consiglio di Stato, quando osserva più oltre nel testo che lo schema di Decreto individua in euro 1397,66 il costo medio del rimpatrio relativo all'anno 2018 e che l'Amministrazione ha indicato nell'Air le modalità di calcolo con cui detto importo è stato determinato, non risulta in grado di effettuare alcuna valutazione. Esso conclude, infatti, sul punto che «alla Sezione, pertanto, non resta che prenderne atto, essendo i dati su cui è stato determinato il suddetto importo in possesso della sola Amministrazione».

Il testo definitivo avrebbe arrotondato la cifra in euro 1398,00 per l'anno 2018, mentre il Decreto del 22 febbraio 2019, sopra ricordato, lo avrebbe portato a euro 2052,00 per il 2019 (13).

5. Brevi osservazioni conclusive

Volendo riassumere, nell'ambito esaminato si registra una sequenza normativa con queste

¹⁰ Si può osservare, incidentalmente, che il 22 marzo 2018 (giorno della richiesta del parere) era l'ultimo della XVII legislatura e che a quella data risultava in carica il Governo Gentiloni, Ministro dell'interno Minniti.

¹¹ Segue l'osservazione che «al fine di evitare che la suddetta omissione si rifletta sulla regolarità formale del provvedimento normativo *de quo*, la Sezione ritiene necessario che l'Amministrazione proponente acquisisca in termini corretti i concerti richiesti dalla normativa primaria di riferimento prima di procedere all'approvazione definitiva del decreto in esame». L'esistenza del concerto è affermata in maniera espressa nel testo successivamente pubblicato sulla Gazzetta ufficiale.

¹² Sui profili della tecnica normativa, in generale e anche con riferimento all'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e all'analisi tecnico-normativa (ATN), v. E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, seconda ed., Napoli, 2019, nonché, volendo, S. PANIZZA (a cura di), *La qualità degli atti normativi e amministrativi*, Pisa, 2016.

¹³ Con un aumento che sfiora il 50% rispetto all'anno precedente. Da notare, incidentalmente, come l'art. 3 del Decreto 22 dicembre 2018, n. 151 preveda che il decreto del Capo della Polizia intervenga in aggiornamento entro il 30 gennaio di ogni anno, mentre alla prima applicazione esso porta la data del 22 febbraio, con pubblicazione in Gazzetta ufficiale il 28 marzo successivo.

caratteristiche di fondo.

Una direttiva europea del 2009, di contrasto all'immigrazione e all'assunzione di lavoratori illegali, che impone agli Stati di conformarsi entro il luglio 2011.

Da noi, in ritardo di circa un anno, un decreto legislativo di attuazione, il quale, nell'alternativa indicata dalla direttiva tra sanzioni finanziarie che aumentano a seconda del numero di cittadini di Paesi terzi assunti illegalmente e pagamento dei costi di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi assunti illegalmente, nei casi in cui siano effettuate procedure di rimpatrio, da un lato, ovvero sanzioni finanziarie che riflettano almeno i costi medi di rimpatrio, dall'altro, opta per inasprire le sanzioni economiche già previste (paramtrate al numero di lavoratori impiegati) e per aggiungervi una ulteriore sanzione amministrativa accessoria consistente nel pagamento (non dei costi di rimpatrio, ma) del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente, rinviando, per la determinazione, a un decreto del Ministro dell'interno. Il decreto del Ministro dell'interno che interviene a fine 2018 (oltre sei anni dopo, dunque) e che, nello stabilire il costo medio del rimpatrio per ogni lavoratore straniero assunto illegalmente, complessivamente determinato secondo tutti i criteri, lo fissa, per l'anno 2018, in euro 1398,00, (anche) in forza di un qualificato parere dell'istituto nazionale di statistica (Istat), che però non risulta depositato agli atti del fascicolo inviato al Consiglio di Stato in sede consultiva.

Infine, un decreto del febbraio 2019 che, in aggiornamento, fissa l'importo del costo medio del rimpatrio per l'anno 2019 in aumento di quasi il 50% ⁽¹⁴⁾.

Alla luce di tali elementi, l'opzione contenuta nel decreto legislativo di attuazione si colloca nel perimetro di quelle consentite dalla direttiva europea, ma risulta in vero singolare (e non è stata seguita dalla maggioranza degli altri Paesi). Quanto all'entità del costo medio del rimpatrio, poi, si può naturalmente presumere che i criteri fissati per la determinazione e l'aggiornamento siano la puntuale traduzione dei parametri legislativamente indicati e degli oneri effettivamente sostenuti allo scopo, ma sarebbe stata auspicabile una maggiore trasparenza delle scelte effettuate e degli elementi a supporto di esse.

Il tema dell'immigrazione, com'è noto, presenta una serie di problematiche già di tipo conoscitivo non indifferenti, sia sul piano generale sia su quello più specifico dell'impiego di manodopera irregolare ⁽¹⁵⁾. Per non parlare del tema, politicamente assai sensibile, del numero delle persone irregolari presenti e di quello dei rimpatri effettuati o da effettuare, che aumentano o diminuiscono anche esponenzialmente a seconda delle fonti, dei contesti e, forse, delle convenienze.

Si aggiunga che l'entità delle sanzioni economiche è un dato solo apparentemente marginale per la valutazione della appropriatezza delle politiche perseguite, come sembra emergere dalla stessa Comunicazione della Commissione, sopra citata, che mostra come l'importo delle sanzioni varia notevolmente tra gli Stati membri, un fattore che «potrebbe sollevare preoccupazioni sul fatto che le sanzioni finanziarie non sempre siano tali da vanificare i vantaggi derivanti dall'impiego di migranti irregolari» ⁽¹⁶⁾. Ciò che, oltre ad essere un fenomeno potenzialmente distorsivo all'interno

¹⁴ Vista, si dice semplicemente, la proposta del direttore centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere pro tempore formulata con nota n. 400/A/2019/10.2.146, prot. 0014611 del 25 gennaio 2019.

¹⁵ Un quadro con alcune indicazioni è ricavabile, ad es., esaminando i Rapporti annuali dell'attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro (<http://www.ispettorato.gov.it/>), dai quali si deduce che il numero di lavoratori extracomunitari privi di permesso di soggiorno è in media, a seguito delle ispezioni effettuate ogni anno, pari a poco più di mille unità (dal 2012 al 2018: 1601, 1091, 1018, 1716, 1357, 1227, 1332), mentre i lavoratori totalmente in nero accertati sono nell'ordine di decine di migliaia ogni anno (nello stesso periodo: 100193, 86125, 77387, 64775, 62106, 48073, 42306), e quelli irregolari nell'ordine di una o due centinaia di migliaia ogni anno (sempre nello stesso periodo: 295246, 239020, 181629, 182523, 186027, 252659, 162932).

¹⁶ Osserva, ad esempio, la Commissione che in alcuni Paesi la sanzione massima per ogni migrante irregolare assunto è di 1,3 volte superiore al salario minimo mensile, mentre in altri è di 24 volte superiore al salario minimo, e in altri ancora l'importo complessivo della sanzione è pari a 584 volte il salario minimo mensile per persona fisica.

dell'Unione, si presta ad usi marcatamente politici o simbolici della sanzione, anche di quella di tipo penale.

Tutte ragioni, in definitiva, che avrebbero forse consigliato una pubblicità e una chiarezza maggiori nella determinazione delle scelte legislative.

Consulta Online

DANIELE FERRARI

**La nozione di minoranza musulmana davanti alla Corte di Strasburgo:
il caso *Molla Sali c. Grecia***

SOMMARIO: 1. Il caso *Molla Sali*: profili introduttivi. – 2. Alle origini del concetto di minoranza religiosa. – 3. Appartenenza religiosa, sharia e discriminazione per associazione: le sinergie tra istituzioni internazionali ed europee. – 4. L'applicazione del modello internazionale ed europeo alla CEDU: i nuovi concetti di discriminazione per associazione e libera identificazione religiosa. – 5. Conclusioni.

1. *Il caso Molla Sali: profili introduttivi*

La sentenza *Molla Sali c. Grecia*¹, resa il 19 dicembre 2018 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, offre dei profili di analisi di estremo interesse nel più generale contesto della tutela della libertà religiosa e dei suoi riflessi rispetto alla garanzia di altri diritti protetti dalla Convenzione e dai protocolli addizionali. In questa prospettiva, per mettere a fuoco le singole tematiche che saranno approfondite nel presente contributo, sembra opportuno rievocare le vicende che hanno rappresentato la causa del ricorso della Signora Molla Sali alla Corte di Strasburgo. Esaurita la ricostruzione, seppure in termini sintetici, di tali vicende, si evidenzieranno i profili oggetto di approfondimento e le ragioni per le quali questi temi appaiono significativi.

In primo luogo (ricostruzione della vicenda), la sentenza riguarda il caso di una vedova residente in Grecia che, alla morte del marito, appartenente alla comunità musulmana della Tracia, rivendicava l'applicazione del codice civile alla successione del coniuge, rifiutando la diversa disciplina prevista dalla sharia e riservata alla minoranza religiosa musulmana dal Trattato di Atene (1913)², dal Trattato di Sèvres (1920)³ e dal Trattato di Losanna (1923)⁴. In particolare, il marito della donna aveva disposto dei propri beni nelle forme previste dal codice civile greco attraverso un testamento redatto per atto pubblico, costituendo la moglie quale unica erede di tutto il suo patrimonio. La donna aveva poi accettato l'eredità nell'aprile del 2010. Rispetto alla mancata applicazione della legge islamica, le due sorelle dell'uomo avevano, tuttavia, promosso un ricorso davanti al Tribunale di prima istanza di Rodi, rivendicando i tre quarti dei beni caduti in successione: l'appartenenza dell'uomo alla minoranza musulmana avrebbe imposto, infatti, l'applicazione della sharia e la corrispondente competenza del mufti, stante il regime personale che i trattati del primo dopoguerra riconoscono ai musulmani della Tracia⁵. In questi termini, nelle doglianze le ricorrenti lamentavano la nullità del testamento, istituto non previsto dal diritto islamico, che definisce, quale unico modello successorio, quello *ab intestato*. Quest'ultimo modello, a parere dei legali delle due donne, doveva necessariamente prevalere sul diritto comune, rappresentando le disposizioni dei trattati del primo dopoguerra delle fonti internazionali gerarchicamente sovraordinate al diritto interno in virtù dell'art. 28, co. 1, della Costituzione ellenica.

¹ Corte EDU, Grande Camera, dec. *Molla Sali c. Grèce*, 19 décembre 2018, req. n° 20452/14.

² Il Trattato di Atene del 14 novembre 1913 si inserisce nel quadro dei Trattati di Londra, Bucarest e Costantinopoli e regola le cessioni territoriali tra Grecia e Impero Ottomano al termine delle due guerre balcaniche.

³ Il Trattato di Sèvres del 10 agosto 1920 è stato firmato tra le potenze alleate e l'Impero ottomano, al termine della Prima Guerra Mondiale.

⁴ Il Trattato di Losanna del 24 luglio 1923 era stato concluso tra l'Impero britannico, la Francia, l'Italia, il Giappone, la Grecia, la Romania, lo Stato serbo-croato-sloveno e la Turchia.

⁵ V. *infra* par. 2.

Muovendo dalle descritte doglianze, la domanda delle ricorrenti aveva avuto esiti contrastanti nei diversi gradi di giudizio: se, infatti, il Tribunale di prima istanza e la Corte di Appello di Rodi avevano rigettato il ricorso, ritenendo che l'applicazione della legge islamica integrasse una discriminazione religiosa, dal momento che impediva ai musulmani di disporre liberamente dei propri beni nelle forme previste per tutti i cittadini greci, la Corte di Cassazione si era pronunciata in senso contrario⁶. In particolare, i giudici di Atene, affermando la sovraordinazione delle fonti internazionali alle fonti di diritto interno, dichiaravano invalido il testamento, in quanto istituto non previsto dal diritto islamico, e cassavano con rinvio la sentenza nati la Corte di Appello di Rodi in diversa composizione. La Corte di Appello di Rodi accoglieva gli argomenti della Cassazione e dichiarava il testamento inefficace. A questo punto, la vedova faceva ricorso in Cassazione sulla base di tre principali motivi tutti riguardanti la circostanza che la Corte di appello non avesse in alcuna misura valutato se il *de cuius* fosse o meno un musulmano praticante. A parere della ricorrente, infatti, l'applicazione del diritto musulmano al singolo non avrebbe potuto prescindere da un giudizio di accertamento riguardante il legame tra l'individuo e la minoranza religiosa. In questa luce, la sharia si dovrebbe applicare solo ai musulmani praticanti membri della minoranza e non invece a coloro che, pur essendo parte della comunità religiosa, hanno scelto di non praticare l'islam. Questi motivi venivano, tuttavia, respinti dalla Corte di Cassazione, che non riteneva il grado di religiosità un criterio giuridico applicabile⁷.

All'esito del contenzioso civile, la ricorrente vedeva, quindi, ridursi il proprio asse ereditario dei 2/3⁸ e per questo motivo, avendo esaurito i gradi di ricorso interno, decideva di rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando una violazione dell'articolo 6, par. 1, della Convenzione (diritto ad un equo processo)⁹ sia considerato singolarmente sia in combinato disposto con gli articoli 14 (principio di non discriminazione) della CEDU e 1 (diritto di proprietà) del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione¹⁰.

In secondo luogo (profili di interesse), alla luce del parametro invocato dalla ricorrente, la sentenza in commento appare innovativa nell'ambito della giurisprudenza della Corte in materia di libertà religiosa. L'interpretazione innovativa delle categorie linguistiche di minoranza musulmana¹¹ e minoranza religiosa¹² rappresenta una inedita dinamica di riflessione sui legami tra libertà religiosa

⁶ V. Corte EDU, Grande Camera, dec. *Molla Sali c. Grèce*, cit., En fait, par. I, II. a), b), c), d), e).

⁷ In un'ulteriore prospettiva, come si evince dal testo della sentenza, la validità del testamento era stata oggetto anche di un ulteriore ricorso davanti al Tribunale di prima istanza di Istanbul; v. Corte EDU, Grande Camera, dec., *Molla Sali c. Grèce*, cit., § 31.

⁸ Sulla disciplina delle successioni ab intestato ai sensi della sharia, si rinvia al testo della sentenza, cfr. Corte EDU, Grande Camera, dec. *Molla Sali c. Grèce*, cit. (D. *Le droit successoral musulman*).

⁹ La Grande Camera, sulla base del principio *jura novit curia*, decide di esaminare il ricorso solo con riferimento al parametro risultante dal combinato disposto degli articoli 14 CEDU e 1 del Protocollo addizionale, non ritenendo rilevante, ai fini della decisione, l'articolo 6, par. 1, CEDU; v. Corte EDU, Grande Camera, arrêt, *Molla Sali c. Grèce*, cit., §§ 84 – 85 – 86.

¹⁰ In particolare, tale previsione tutela il diritto di proprietà attraverso le seguenti disposizioni: "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni Precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".

¹¹ Con il riferimento all'uso innovativo dei concetti di minoranza musulmana e di minoranza non si vuole sostenere che la Corte usi per la prima volta in questa decisione tali categorie linguistiche, già comparse nella sua giurisprudenza (Corte EDU, dec., *Serif c. Grèce*, Requête n° 38178/97, 14 marzo 2000), bensì evidenziare l'originalità dell'interpretazione di tali nozioni, che offrono alla Grande Camera l'inedita occasione di esplicitare a quali condizioni l'applicazione di specifici statuti giuridici ai membri di minoranze rispetta i diritti protetti dal sistema CEDU.

¹² Sul concetto di minoranza religiosa nel diritto internazionale, v., tra gli altri, F. CAPOTORTI, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques* (E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1), New York, 1979;

e appartenenza ad un gruppo¹³. Tale riflessione, da considerazioni di carattere generale, si specifica poi in un esame puntuale delle intersezioni tra appartenenza religiosa, non discriminazione su base religiosa e diritto di proprietà. In questa luce, i concetti di minoranza musulmana e minoranza religiosa, categorie giuridiche non previste nel testo della Convenzione e dei protocolli addizionali¹⁴, divengono un cannocchiale per esaminare, in prospettiva sincronica e diacronica, sia le interazioni tra dimensione individuale e dimensione collettiva della libertà religiosa, sia le intersezioni tra genere, diritti confessionali e non discriminazione su base religiosa. Muovendo da tali osservazioni, i profili tradizionali e di innovatività oggetto di trattazione riguarderanno: il modello storico di definizione del concetto di minoranza musulmana; gli standard internazionali ed europei richiamati dalla Corte con riguardo alla nozione di appartenenza religiosa e discriminazione per associazione; l'applicazione degli standard internazionali ed europei alle disposizioni convenzionali.

2. Alle origini del concetto di minoranza religiosa

La sentenza in questione rappresenta la prima decisione nella quale la Corte di Strasburgo interpreta le categorie linguistiche di minoranza musulmana e minoranza religiosa, in rapporto al rispetto degli articoli 14 della CEDU e 1 del protocollo addizionale. La Grande Camera, per decidere se l'obbligo di regolamentare una successione sulla base della sharia integri una lesione del diritto di proprietà, anche con riflessi sul principio di non discriminazione, si riferisce alla genealogia delle formule linguistiche utilizzate nel diritto internazionale per qualificare lo status dei musulmani in Grecia. Tale ricostruzione prende le mosse dal concetto di "comunità", contenuto all'art. 11 del Trattato di Atene del 1913, per poi evocare il lemma di "minoranza musulmana", presente nel testo dei trattati conclusi sotto l'egida della Società delle Nazioni¹⁵. Tali nozioni vengono prima approfondite in relazione alla condizione giuridica dei musulmani in Grecia e poi confrontate con gli standard attuali di tutela della libertà religiosa nel diritto internazionale ed europeo. In questo senso, il riferimento alla nozione di comunità e minoranza musulmana è innovativo, in quanto inedita occasione di esame e comparazione tra un modello storico di tutela della libertà religiosa e gli attuali criteri di interpretazione e garanzia messi a tema dalle istituzioni internazionali ed europee. Prendendo le mosse da tali osservazioni, prima di esaminare i materiali e i concetti giuridici

N. GHANEA – A. XANTHAKI (eds.), *Minorities, Peoples and Self-Determination: Essays in honour of Patrick Thornberry*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005. Con specifico riguardo all'impatto della CEDU sullo status delle minoranze religiose, cfr., ad esempio, E. FOKAS, *The legal status of religious minorities: Exploring the impact of the European Court of Human Rights*, in *Social Compass*, v. 65, 2018, 25-42.

¹³ Sul piano epistemologico, all'interno degli studi dedicati alla libertà di coscienza e di religione, non sono mancate riflessioni sui legami tra queste libertà e la dinamica dell'appartenenza confessionale o filosofica. In particolare, limitandoci ad un richiamo alla letteratura in lingua francese, la dottrina d'oltralpe ha recentemente approfondito la relazione tra individuo e gruppo confessionale, contrapponendo il concetto di appartenenza religiosa a quello di affiliazione: il primo è considerato una vestigia del passato, corrispondente ad una dinamica di imposizione della religione; il secondo è qualificato come una manifestazione di una libera scelta della persona, che decide in modo indipendente se e a quale confessione religiosa aderire; v. cfr. F. MESSNER, *Introduction. L'affiliation religieuse en Europe*, in F. MESSNER (sous la direction de), *L'affiliation religieuse en Europe*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2017, 5 ss.. Sul concetto di appartenenza religiosa nello specifico ambito della giurisprudenza CEDU, mi sia permesso rinviare al mio D. FERRARI, *La tutela della libertà di coscienza e di religione tra autonomia e appartenenza: le strategie argomentative della Corte di Strasburgo*, in *Politica del diritto*, n. 3, 409-429, 2018.

¹⁴ Sul concetto di minoranza nelle fonti del diritto del Consiglio d'Europa, mi sia permesso rinviare a D. FERRARI, *Il concetto di minoranza religiosa dal diritto internazionale al diritto europeo. Genesi, sviluppo e circolazione*, Il Mulino, Bologna, 2019, 213 ss.

¹⁵ Su questi profili, v., tra gli altri, C. KATSIANA, *La condizione giuridica della minoranza musulmana in Grecia*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, n. 6, 148-158, 2009.

utilizzati dalla Corte per giudicare il regime giuridico riservato alla minoranza musulmana in Grecia, appare necessario ricostruire i concetti di “comunità” e “minoranza musulmana” nella loro genesi storica. Tale ricostruzione permetterà di chiarire lo specifico contesto storico e istituzionale nel quale nascono queste categorie, i contenuti dei diritti riconosciuti ai musulmani e anche le problematiche legate alla successione nel tempo dei trattati riguardanti lo statuto dei musulmani in Tracia.

Dal primo punto di vista (contesto storico e istituzionale), la nozione di “gruppo” compare nel diritto internazionale nel 1913 e poi si sviluppa nel concetto di minoranza musulmana alla fine della Prima Guerra Mondiale all’interno del diritto della Società delle Nazioni. Il Trattato di Atene pone fine alle ostilità tra Grecia e Turchia e riconosce il diritto dei musulmani di rivolgersi al mufti per tutte le questioni relative al loro statuto personale. Con riguardo al primo dopoguerra, invece, la nozione di minoranza musulmana si inserisce nel più ampio processo di elaborazione del nuovo concetto di minoranza religiosa¹⁶. La categoria giuridica di minoranza religiosa, proposta già nel memorandum del Comitato delle delegazioni ebraiche alla Conferenza di Pace di Parigi nel 1919¹⁷, nasce nelle fonti di diritto internazionale elaborate dalla Società delle Nazioni¹⁸. I trattati sulle minoranze, infatti, definendo, in molti casi, cessioni territoriali, stabilite nel quadro degli accordi di pace successivi alla Prima Guerra Mondiale, da un lato tentarono di costruire stati nazionalmente omogenei, dall’altro, stabilendo il trasferimento di frazioni di popolazione di diversa nazionalità da uno Stato all’altro, riconobbero specifiche garanzie a vantaggio delle minoranze. In questo contesto, le istituzioni internazionali qualificano lo *status* delle minoranze (religiose, etniche e linguistiche) rispetto alle maggioranze, ridefinendo il principio di nazionalità. Tale principio, tradizionalmente, aveva rappresentato le comunità nazionali come gruppi identificabili sulla base della stessa appartenenza razziale, religiosa e linguistica¹⁹. Nei trattati internazionali del primo dopoguerra, la religione da fattore dell’identità nazionale, insieme alla lingua e all’etnia, diventa

¹⁶ Il descritto processo emerge nelle fonti e nella dinamica istituzionale della Società delle Nazioni. Alla Conferenza di pace del 1919, vennero presentati, anche su impulso di delegazioni private, diversi progetti per l’istituzione di un sistema internazionale di tutela dei diritti delle minoranze religiose, etniche e linguistiche (C. A. MACARTNEY, *National States and National Minorities*, Oxford University Press, New York, 1934, 281). Il Presidente degli Stati Uniti Woodrow Wilson a più riprese tentò di far inserire nel patto della nascente Società delle Nazioni clausole esplicite riguardanti le minoranze “*de race et de nationalité*” e la libertà di culto e di religione. Nella visione del Presidente americano la tutela delle minoranze avrebbe dovuto garantire la pace mondiale: come affermò, infatti, il 31 maggio 1919, davanti alla assemblea plenaria della Conferenza di Pace, “*Rien, ... n’est plus susceptible de troubler la paix du monde que le traitement dont les minorités pourraient, dans certaines circonstances, faire l’objet*” (D. HUNTER MILLER, *The Drafting of the Covenant*, vol. II, G.P. Putnam's Sons, New York, 1928, 91).

¹⁷ Il testo del memorandum è pubblicato in appendice a N. FEINBERG, *La question des minorités a la conférence de la paix 1919-1920 et l’action juive en faveur de la protection internationale des minorités*, Rousseau&C., Paris, 1929. Su questi profili, in particolare sul diverso ruolo svolto dai sionisti da una parte e dal Comitato delle delegazioni ebraiche dall’altra alla Conferenza di pace, v. H. ARENDT, *Copie d’un lettre à Erich Cohn-Bendit, Gennaio 1940*, in *Écrits juifs*, Fayard, Paris, 2011, 257-258.

¹⁸ v. C. ZANGHI, *Le minoranze. Storia semantica di un’idea*, in *Rivista Internazionale dei diritti dell’uomo*, 1992, 47.

¹⁹ V., *ex multis*, P. AZCARATE, *League of Nations and National Minorities: An experiment*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1945; J. L. BRUN, *Le problème des minorités devant le droit international*, SPES, Paris, 1931; R. BRUNET, *De la protection des minorités par la Société des Nations*, Desfontaines, Paris, 1925; E. COLBAN, *La Società delle Nazioni e il problema delle minoranze*, in *Nuova antologia di lettere, scienze ed arti*, Serie 6, vol. 242, 1925, 171-181; A. DE BALOGH, *La protection internationale des minorités*, Les Éditions internationales, Paris, 1930; J. FOUQUES DUPARC, *La protection des minorités de race, de langue et de religion: Étude de droit des gens*, Librairie Dalloz, Paris, 1922; B. PIRRO, *La protezione delle minoranze per opera della Società delle Nazioni*, Garroni, Roma, 1924; A. C. RUDESCO, *Étude sur la question des minorités: de race, de langue et de religion*, Payot e c., Lausanne, 1929; A. P. SERENI, *Il diritto internazionale delle minoranze*, Athenaeum, Roma, 1930.

elemento di distinzione tra minoranze e maggioranze religiose all'interno di una stessa nazione²⁰. In questo senso, la firma di trattati specifici a tutela dei gruppi minoritari fu richiesta, tra il 1919 ed il 1920, dalla comunità internazionale a Polonia²¹, Cecoslovacchia, Croazia, Serbia, Slovenia²², Romania²³ e Grecia²⁴. Nell'ambito di queste pattuizioni, la Società delle Nazioni chiese alla Grecia uno specifico obbligo in ordine al rispetto dei diritti della minoranza musulmana, in quanto la Nazione ellenica aveva ottenuto il trasferimento di nuove comunità musulmane con la cessione della Tracia e della città di Smirne da parte dell'Impero Ottomano.

Dal secondo punto di vista (diritti riconosciuti alla minoranza musulmana in Grecia), l'art. 11 del Trattato di Atene assegnava ai musulmani lo status giuridico di "comunità" e riconosceva la giurisdizione del mufti in materia di matrimonio, divorzio, rapporti patrimoniali tra coniugi, tutela e amministrazione fiduciaria, capacità giuridica dei minori, successione ab intestato e legato islamico.

Passando al diritto della Società delle Nazioni, le disposizioni riguardanti la minoranza islamica sono contenute in due diversi trattati internazionali e in particolare il Trattato di Sèvres del 10 agosto 1920 e la Pace di Losanna del 24 luglio 1923.

Il Trattato di Sèvres, all'articolo 14, paragrafo 1, prevedeva la facoltà per la Grecia di assumere tutte le decisioni necessarie a disciplinare il diritto di famiglia e delle persone delle comunità musulmane nel rispetto delle tradizioni islamiche. Tale previsione sarebbe stata richiamata e arricchita con nuove garanzie nel Trattato di Losanna, che all'art. 45 estende alle minoranze musulmane presenti in Grecia i diritti riconosciuti alle minoranze non musulmane stanziati in Turchia. Sul piano dei diritti individuali, in particolare, il trattato protegge "la libertà di circolazione e di emigrazione" (art. 38), riconosce "gli stessi diritti civili e politici" a musulmani (art. 39) e non musulmani (art. 45) e garantisce nei due paesi, ai membri di minoranze non musulmane e musulmane, che non saranno costretti a compiere atti contrari alla loro fede o alle loro pratiche religiose (artt. 43-45). Gli articoli 40 e 42, invece, proteggono specifici diritti collettivi che si sostanziano: nella libertà per i gruppi minoritari di creare, dirigere e controllare, a proprie spese, istituti di carità, religiosi o sociali; nell'impegno da parte del governo turco e greco di non ostacolare né le istituzioni religiose delle minoranze già esistenti né l'istituzione di nuovi enti religiosi o di carità. Le minoranze musulmane e non musulmane hanno, inoltre, il diritto di istituire scuole nelle quali esercitare liberamente la propria religione e di accedere a forme di finanziamento pubblico per attività religiose o di beneficenza, in quei territori sui quali tali gruppi assumano una "proporzione considerevole".

Gli articoli 42 e 45 impegnano il governo turco e il governo greco ad assumere tutti i provvedimenti necessari, affinché le questioni riguardanti lo statuto personale o familiare dei membri di minoranze musulmane e non musulmane siano decise secondo gli usi interni al gruppo minoritario.

²⁰ Sulla nozione tradizionale del concetto di nazionalità, si rinvia a P. STANISLAO MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Giappichelli, Torino, 2000.

²¹ Questo trattato tra le potenze alleate e associate e la Polonia venne firmato a Versailles il 28 giugno 1919 conformemente all'art. 93 del Trattato di Pace con la Germania. Il Trattato entrò in vigore il 10 giugno 1920.

²² In particolare, gli obblighi specifici assunti da Cecoslovacchia, Serbia, Croazia e Slovenia sono contenuti all'interno dei trattati che furono firmati il 10 settembre 1919 nella città francese di Saint-Germain en Laye, entrati poi in vigore il 16 luglio 1920.

²³ La Romania firmò il Trattato con le principali potenze alleate e associate a Parigi il 9 dicembre 1919. Il trattato entrò in vigore il 4 settembre 1920.

²⁴ La Grecia firmò il Trattato a Sèvres il 10 agosto 1920. Il trattato, tuttavia, non venne ratificato fino al 10 agosto 1920, quale effetto di una clausola che posticipava l'entrata in vigore alla data di stipula del Trattato di pace con la Turchia.

Dal terzo punto di vista (successione nel tempo dei trattati), come messo in evidenza anche dalla Corte di Strasburgo²⁵, le più alte giurisdizioni greche sono ancora oggi in contrasto sulla questione se il Trattato di Atene sia ancora in vigore. A parere del Consiglio di Stato²⁶, vi sarebbe un'antinomia evidente con le disposizioni contenute nel Trattato di Losanna: se, infatti, il Trattato di Atene riserva le questioni riguardanti lo statuto personale dei musulmani alla sharia, il Trattato di Losanna è costruito sull'opposto principio dell'eguaglianza di trattamento tra membri di minoranze e altri cittadini in ordine al godimento dei diritti civili e politici. In questi termini, quindi, l'art. 11 non sarebbe più applicabile. In senso contrario, invece, la Corte di Cassazione ha consolidato una giurisprudenza secondo la quale il Trattato di Atene rappresenta il presupposto dello status riconosciuto alla minoranza musulmana in Grecia e l'obbligo internazionale di applicare la sharia a questa minoranza deriva da questa fonte²⁷. In questo contesto, anche se la Cassazione ha temperato il proprio orientamento, subordinando l'applicazione della legge islamica alla sua compatibilità con la Costituzione e con le regole del diritto internazionale²⁸, il regime applicabile alla minoranza musulmana in Grecia è rimasta materia controversa. Inoltre, nonostante nel 1953 il Consiglio di Stato avesse affermato che la legge esecutiva del Trattato di Atene fosse stata abrogata dalla legge esecutiva del Trattato di Losanna e che il codice civile del 1946 si applicasse a tutti i cittadini greci²⁹, i giudici di merito non solo hanno espresso una giurisprudenza eterogenea sulla competenza del mufti, ma nella maggior parte dei casi non hanno esercitato alcun controllo di costituzionalità in sede di esecuzione delle decisioni rese dalle autorità religiose³⁰.

3. Appartenenza religiosa, sharia e discriminazione per associazione: le sinergie tra istituzioni internazionali ed europee

La Corte di Strasburgo, al fine di valutare la compatibilità tra l'obbligo di applicare la sharia alla Sig.ra Sali e i diritti garantiti dalla Convenzione, richiama una serie di fonti³¹ e atti delle istituzioni internazionali ed europee. Limitando l'analisi agli atti delle istituzioni internazionali ed europee, i materiali richiamati dalla Corte dimostrano come il concetto di minoranza musulmana, prevista nell'ordinamento greco, abbia espresso un ambito rilevante di relazione tra sistemi giuridici, a livello internazionale ed europeo. L'utilizzo di questi materiali evidenzia alcuni profili di interesse, rispetto

²⁵ V. Corte EDU, Grande Camera, dec. *Molla Sali c. Grèce*, cit., § 55. In particolare, la Corte, offrendo una ricostruzione degli orientamenti espressi dalla Cassazione in materia di applicabilità della sharia alle successioni, osserva che: «(...) *La jurisprudence constante de la formation civile de la Cour de cassation depuis 1960 tend à appliquer la charia dans les successions ab intestat portant sur des biens "possédés en pleine propriété" (arrêts no 321/1960, 1041/2000, 1097/2007, 2113/2009, 1497/2013, 1370/2014). Dans un arrêt no 1097/2007 du 16 mai 2007, la Cour de cassation a dit que la succession des grecs musulmans concernant les biens exempts de dettes était strictement régie par la "loi sacrée musulmane" et non par le code civil. Par ailleurs, le 7 février 2017, elle a réaffirmé que la charia était la seule loi applicable aux musulmans grecs en matière de succession ab intestato*».

²⁶ Consiglio di Stato, decc. nn. 1333/2001 e 466/2003.

²⁷ V., *ex multis*, Corte di Cassazione, sent. n. 2113/2009.

²⁸ In particolare, nel 2013 la Cassazione ha chiarito che: «(...) *Il ressort que les rapports familiaux des musulmans sont soumis aux règles de leur tradition religieuse (dans la mesure où elles ne s'opposent pas aux règles de droit de rang supérieur, tirées notamment de la Constitution et du droit international moderne)*»; v. Corte di Cassazione, sent. n. 2138/2013.

²⁹ V. Consiglio di Stato, parere, 3 novembre 1953.

³⁰ Sui contrasti giurisprudenziali emersi in questa materia e sul corrispondente dibattito in dottrina, si rinvia a M. C. LOCCHI, *La minoranza musulmana di Tracia tra protezione dell'identità religiosa, divieto di discriminazioni e diritto all'auto-determinazione*, in *DPCE on-line* (<http://www.dpceonline.it/>), 1, 2019, 909-919, in particolare 912.

³¹ Corte EDU, Grande Camera, dec. *Molla Sali c. Grèce*, cit., III. *Droit et pratique internationaux*, A. *Les traités* – IV. *Droit de l'Union Européenne*.

alle tecniche di garanzia della libertà religiosa messe in campo dalla corte e, in particolare, l'uso delle sinergie esistenti tra le istituzioni internazionali ed europee in relazione alla qualificazione dello status della minoranza musulmana della Tracia alla luce dei diritti garantiti dal sistema CEDU.

In questa sede, il concetto di sinergia prende le mosse dalle riflessioni di Kristine Hennard al fine di evidenziare una dinamica di circolazione di concetti, tecniche giuridiche, metodologie e prassi istituzionali³². Seguendo questa teoria, la sinergia può declinarsi in tre possibili forme: “*express cross-referencing*” (riferimenti espliciti); “*substantive convergences*” (riferimenti impliciti); “*emergence of similar working methods*” (metodi di lavoro analoghi)³³. In particolare, la categoria di minoranza musulmana sarà approfondita in relazione alle prime due forme di sinergia, il cui carattere implicito o esplicito è da intendersi in funzione di due criteri complementari: esistenza di riflessioni equivalenti tra istituzioni, il cui legame si deduce in termini impliciti dalla comparazione tra i contenuti di singoli documenti e prescinde dall'uso del concetto di minoranza musulmana; riferimento operato da un'istituzione alle fonti di un altro organismo internazionale con riguardo al concetto di minoranza musulmana.

Sul piano delle tematiche interessate dalle descritte sinergie, come emerge dal testo della sentenza, Nazioni Unite, Consiglio d'Europa e Unione Europea hanno mostrato convergenze: in termini impliciti, nelle riflessioni parallele che, pur non mobilitando il concetto di minoranza musulmana e prescindendo da richiami diretti ad atti di altre istituzioni, hanno riguardato il rapporto tra autonomia individuale, appartenenza ad una minoranza e il nuovo concetto di discriminazione per associazione (sinergia implicita); in termini espliciti, in alcuni atti istituzionali che, anche attraverso l'uso di materiali elaborati da altre istituzioni internazionali ed europee, hanno avuto ad oggetto la compatibilità tra la sharia e i diritti delle donne appartenenti alla minoranza musulmana della Tracia (sinergia esplicita). Queste due linee di circolazione di concetti, tecniche giuridiche, metodologie e prassi istituzionali, rappresentano il metodo di definizione utilizzato dalla Corte per qualificare gli standard internazionali ed europei, in materia di condizioni di applicabilità di regimi giuridici *ad hoc* a soggetti affiliati ad una minoranza religiosa.

Con riguardo alla sinergia implicita, la Corte richiama: la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti delle minoranze nazionali³⁴; due arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia e un'osservazione generale del Comitato ONU per i diritti delle persone portatrici di handicap, in relazione alla categoria di discriminazione per associazione.

La Convenzione quadro, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa l'otto novembre 1994³⁵, riconosce alle minoranze nazionali specifici diritti qualificati come diritti individuali facenti parte dei diritti umani (art. 1) e codificati, in misura prevalente, attraverso principi generali a carattere programmatico, la cui attuazione è rimessa agli Stati. In questa fonte, la religione è messa in relazione con lo status delle minoranze nazionali in cinque diverse prospettive di tutela e promozione riguardanti: l'identità del gruppo; le discriminazioni; la libertà di coscienza e di religione; dinamiche culturali e educative; i rapporti tra le minoranze nazionali. In questi termini, il rispetto e la promozione dell'identità religiosa dei membri di una minoranza nazionale connota, ai sensi del Preambolo, una “società (...) pluralista e genuinamente democratica” e gli Stati devono impegnarsi a preservare la religione, in quanto elemento essenziale dell'identità minoritaria (art. 5, par. 1). In questo contesto normativo, la Corte di Strasburgo evidenzia come la Convenzione

³² V. K. HENRARD, *Ever-increasing synergy towards a stronger level of minority protection between minority-specific instruments*, in *European Yearbook of Minority Issues*, n. 4, 2003, 15-41.

³³ Cfr. K. HENRARD – R. DUNBAR, *Introduction*, in K. HENRARD, R. DUNBAR (eds.), *Synergies in Minority Protection. European and International Law Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, 8 ss..

³⁴ Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali del 1° febbraio 1998.

³⁵ Cfr. A. EIDE, *The Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities*, in K. HENRARD – R. DUNBAR (ed.), *Synergies in Minority Protection*, cit., 119 ss.

stabilisca un principio di libertà per il singolo, in ordine alla decisione se beneficiare o meno dei diritti riconosciutigli in quanto membro della minoranza (art. 3, par. 1). Secondo questo principio, ribadito nella relazione esplicativa alla Convenzione quadro³⁶, quindi, nessuno può subire l'applicazione di un regime giuridico *ad hoc* contro la propria volontà.

I legami tra appartenenza ad un gruppo e diritti del singolo sono riemersi nelle riflessioni riguardanti il concetto di discriminazione per associazione. Tale nozione è stata messa a tema prima dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e poi dal Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità. La Corte di Giustizia, pur non utilizzando in modo esplicito la formula linguistica di "discriminazione per associazione", ha sviluppato il concetto in esame all'interno della nozione di discriminazione fondata sull'origine etnica con riferimento all'interpretazione della direttiva 2000/43³⁷. In particolare, come puntualizza la Grande Camera, il Giudice di Lussemburgo, a partire da una giurisprudenza del 2008 che, nel quadro dell'applicazione della direttiva 2000/78, aveva già riconosciuto quali vittime di discriminazioni anche i genitori di persone affette da handicap³⁸, ha introdotto nel 2015 l'innovativo concetto di discriminazione per associazione su base etnica. In questa decisione, infatti, la Corte ha individuato tra i destinatari di trattamenti discriminatori per ragioni etniche non solo coloro che effettivamente possiedono determinate caratteristiche etniche o razziali, ma anche chi, pur non appartenendo al gruppo etnico discriminato, subisce analoghi trattamenti pregiudizievole³⁹. Tre anni più tardi, il Comitato ONU, nell'Osservazione generale n. 6 del 26 aprile 2018, ha esplicitato le innovative interpretazioni elaborate dalla Corte di Giustizia, coniando il lemma di discriminazione per associazione in rapporto alla disabilità. In particolare, come chiarisce il Comitato, : «*La discrimination "fondée sur le handicap" peut viser des personnes qui ont un handicap, qui ont eu un handicap, qui sont prédisposées à avoir un handicap plus tard dans leur existence, dont on suppose qu'elles ont un handicap, ainsi que les personnes qui sont associées à une personne handicapée. Cette dernière forme de discrimination est dite "discrimination par association"*»⁴⁰.

Con riguardo alla sinergia esplicita, molte istituzioni internazionali ed europee hanno affrontato la questione della compatibilità tra i diritti delle donne appartenenti alla minoranza musulmana della Tracia e l'applicazione della sharia. Tali riflessioni, come si approfondirà tra breve, hanno dimostrato una piena convergenza, tra le diverse istituzioni, nell'affermare, in termini generali, una tendenziale incompatibilità tra tutela dei diritti umani e legge islamica e in termini specifici il rischio che la sharia produca discriminazioni nei confronti delle donne. In questi termini, il Comitato ONU per i diritti umani nel 2005 si è dichiarato "*préoccupé par les obstacles auxquels peuvvnt se heurter les femmes musulmanes du fait que le droit général grec ne s'applique pas à la minorité musulmane*

³⁶ V. *Explanatory Report to the Framework Convention for the Protection of National Minorities Strasbourg*, 1 february 1995.

³⁷ V. Corte di giustizia, Grande Camera, dec. 16 luglio 2015, *Chez Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14.

³⁸ Corte di giustizia, Grande Camera, dec. 17 luglio 2008, *S. Coleman c. Attridge Law et Steve Law*, C-303/06.

³⁹ In particolare, la Corte ha chiarito che: "A tale proposito si deve sottolineare che la giurisprudenza della Corte, già rammentata al punto 42 della presente sentenza, in forza della quale la sfera di applicazione della direttiva 2000/43 non può, considerato il suo oggetto e la natura dei diritti che si propone di tutelare, essere definita in modo restrittivo, è atta nella fattispecie a giustificare l'interpretazione secondo la quale il principio della parità di trattamento al quale si riferisce detta direttiva si applica non in relazione a una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo articolo 1, cosicché esso può giovare anche a coloro che, seppure non appartenenti essi stessi alla razza o all'etnia interessata, subiscono tuttavia un trattamento meno favorevole o un particolare svantaggio per uno di tali motivi (v., per analogia, sentenza *Coleman*, C-303/06, EU:C:2008:415, punti 38 e 50)", v. Corte di giustizia, Grande Camera, dec. *Chez Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, cit., § 56.

⁴⁰ V. COMITE DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPEES, *Observation générale no 6 (CRPD/C/Grande Camera/6)*, 26 avril 2018, § 20.

en matière de mariage et d'héritage"⁴¹. In termini simili, il Comitato ONU per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti della donna, esprimendo perplessità per "*la situation des femmes en ce qui concerne le mariage et les successions*" in Grecia, ha evidenziato la necessità di "*harmoniser pleinement l'application de la charia et du droit commun de l'État partie avec les dispositions relatives à la non-discrimination figurant dans la Convention, en particulier en ce qui concerne le mariage et les successions (...)*"⁴². Rispetto alle preoccupazioni espresse dalle istituzioni dell'ONU, la Grecia ha risposto, sostenendo che i membri della minoranza musulmana della Tracia sono liberi di scegliere in materia di famiglia e di successione se rivolgersi alla giurisdizione ordinaria oppure ai mufti⁴³.

In piena sinergia con le problematiche evidenziate dalle istituzioni ONU, anche il Consiglio d'Europa ha approfondito il rischio di violazioni dei diritti umani a causa dell'applicazione della legge islamica alla minoranza musulmana della Tracia. Questo tema è emerso nel rapporto redatto dal Commissario per i diritti umani Thomas Hammarberg al termine della sua missione in Grecia nel 2008⁴⁴, in un rapporto della Commissione per le questioni giuridiche e i diritti dell'uomo dell'Assemblea parlamentare nel 2009⁴⁵ e in una proposta di risoluzione inviata alla stessa Commissione nel 2016⁴⁶. Da una lettura del rapporto del 2008 emerge come la missione condotta in Grecia dal Commissario per i diritti umani abbia rivelato, anche grazie a numerosi incontri della delegazione con esponenti di ONG e membri dei gruppi minoritari, una situazione di violazione dei diritti delle donne soprattutto in ambito successorio e un desiderio diffuso tra molti membri della minoranza musulmana di abolire la facoltà di ricorrere alla sharia⁴⁷. Come ricorda, infatti, il Commissario, richiamando le preoccupazioni già espresse nel 2007 dal Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna, la non applicazione del codice civile in materia di famiglia e successioni alle donne musulmane spesso è fonte di discriminazioni. La circostanza che l'applicazione della sharia determini discriminazioni contro le donne è stata evidenziata anche dalla Commissione per le questioni giuridiche nel rapporto del 2009. A parere dell'istituzione, infatti, «*l'application de la charia peut se révéler problématique, et le rapporteur est particulièrement préoccupé par ce qui a été rapporté par un des experts auprès de la commission, selon lequel "99 % des décisions des muftis sont avalisées par les tribunaux grecs, même lorsqu'elles enfreignent les droits des femmes et des enfants tels qu'ils ressortent de la Constitution ou de la Convention européenne des droits de l'homme"*»⁴⁸.

Le descritte sinergie, quindi, evidenziano un orientamento problematico delle istituzioni internazionali ed europee circa la compatibilità tra tutela generale dei diritti umani da una parte e specifici regimi giuridici riservati ai membri di una minoranza dall'altra. In primo luogo, il legame tra

⁴¹ V. COMITE DES DROITS DE L'HOMME, *Examen des rapports présentés par les Etats parties en vertu de l'article 40 du Pacte*, 25 avril 2005, § 8.

⁴² Cfr. COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION A L'EGARD DES FEMMES, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : Grèce* (CEDAW/C/GRC/CO/6), 2 février 2007, § 36-37.

⁴³ Comité des droits de l'homme, 23 gennaio 2014.

⁴⁴ Report by THOMAS HAMMARBERG, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe. Following his visit to Greece on 8-10 December 2008, Issue reviewed: Human rights of minorities

⁴⁵ COMMISSION DES QUESTIONS JURIDIQUES ET DES DROITS DE L'HOMME DE L'ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE, *Rapport, La liberté de religion et autres droits de l'homme des minorités non musulmanes en Turquie et de la minorité musulmane en Thrace (Grèce orientale)*, 21 avril 2009.

⁴⁶ ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE, *Proposition de résolution déposée par M. Pieter Omtzigt et d'autres membres de l'Assemblée, Compatibilité de la charia avec la Convention européenne des droits de l'homme : des États être signataires de la Déclaration du Caire*, doc. n. 13965, 27 gennaio 2016.

⁴⁷ Report by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, cit., § 33, 34, 35, 36.

⁴⁸ COMMISSION DES QUESTIONS JURIDIQUES ET DES DROITS DE L'HOMME DE L'ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE, *Rapport, La liberté de religion et autres droits de l'homme des minorités non musulmanes en Turquie et de la minorité musulmane en Thrace (Grèce orientale)*, cit., § 55.

il singolo e il gruppo minoritario non può mai essere imposto, ma deve esprimere una libera scelta della persona. In secondo luogo, l'applicazione della sharia alla minoranza della Tracia non deve integrare una violazione dei diritti umani e, in particolare, una discriminazione fondata sul genere dei singoli affiliati.

4. *L'applicazione del modello internazionale ed europeo alla CEDU: i nuovi concetti di discriminazione per associazione e libera identificazione religiosa*

Muovendo dai descritti orientamenti sul piano internazionale ed europeo, la Grande Camera della Corte di Strasburgo opera una scelta dei principi da applicare al caso Molla Sali, non pronunciandosi, come già avvenuto in altri arresti giurisprudenziali⁴⁹, sulla generale compatibilità tra legge islamica e sistema CEDU, ma preferendo focalizzarsi sulle specifiche doglianze della ricorrente⁵⁰. In questi termini, la Corte sembra accogliere alcuni argomenti sviluppati dal governo greco nelle difese. Secondo le autorità statali, infatti, la Corte non era stata chiamata a statuire in astratto sulla conciliabilità tra un ordinamento giuridico plurale, che riconosce la sharia, e il rispetto dei diritti umani, bensì in concreto sullo specifico profilo della invalidità del testamento e, quindi, dell'impossibilità per la ricorrente di vantare un diritto di proprietà sui beni caduti in successione⁵¹. Rispetto a questo secondo profilo, la Grande Camera sviluppa un'interessante e innovativa riflessione sui contenuti di tutela derivanti dal combinato disposto tra gli articoli 14 della CEDU e 1 del Protocollo addizionale n. 1. Al fine di chiarire gli intrecci tra principio di non discriminazione, libertà religiosa e diritto di proprietà, i giudici di Strasburgo muovono da una preliminare esegesi del significato della parola bene ai sensi dell'art. 1, per poi decidere se il regime speciale imposto alla ricorrente in materia di successione integri o meno una discriminazione religiosa.

Dal primo punto di vista, contrariamente a quanto argomentato dal governo greco, la Corte ritiene che il concetto di bene alla luce dell'art. 1 non debba riferirsi solo a cose materiali di proprietà del soggetto, bensì anche ad altri diritti o interessi patrimoniali⁵². In questo senso, quindi, la circostanza che la Grecia rifiuti di riconoscere l'interesse della vedova sui beni relitti dal marito nella forma del diritto di proprietà non esclude l'applicabilità dell'art. 1, in quanto un tale interesse

⁴⁹ In particolare, le decisioni *Refah Partisi c. Turchia* avevano riguardato la messa al bando di un partito, i cui membri avevano dichiarato che, una volta al potere, avrebbero imposto la Sharia. Il partito è stato sciolto e i suoi membri si sono rivolti alla corte, per violazione dell'articolo 11 della Convenzione. La Corte ha tuttavia giudicato, in entrambe le pronunce, legittimo lo scioglimento, in quanto le convinzioni di cui il partito si faceva promotore erano contrarie ai valori democratici propri della Convenzione, essendo quest'ultima assolutamente incompatibile con la Sharia. Cfr., Corte EDU, dec., *Refah Partisi c. Turchia*, 31.07.2001 e, in senso confermativo, Corte EDU, Grande Camera, dec., *Refah Partisi*, 13 febbraio 2003.

⁵⁰ Come ha avuto modo di osservare la dottrina, la scelta della Corte di non pronunciarsi, in termini generali, sulla compatibilità tra sharia e CEDU, ha suscitato reazioni polemiche, da parte di coloro che hanno accusato i giudici di Strasburgo di aver legittimato l'uso della legge islamica. In particolare: «*C'est ce dont témoigne l'arrêt Molla Sali c. Grèce rendu par la Grande Chambre le 19 décembre 2018, dont le moins que l'on puisse dire est qu'il a fait couler beaucoup d'encre sur les sites d'information et blogs en droits et libertés. L'arrêt a notamment alimenté une campagne de dénigrement de la Cour accusée d'ouvrir la voie à l'application de la Charia, d'être complice de la menace islamiste... alors que le juge européen dit exactement le contraire selon les mots du Président Guido Raimondi! Loin d'être circonstancielles, ces réactions révèlent une hostilité de plus en plus importante à l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi que l'a écrit le professeur Burgorgue-Larsen, "les droits de l'homme et les juges [...] qui ont en charge de les garantir, deviennent l'ennemi commun, la cause de tous les maux des sociétés démocratiques"*», v. M. AFROUKH, *L'application de la Charia en Grèce : la fermeté incomprise de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 120, 2019, 925-940, qui 926-927.

⁵¹ V. CEDU, Grande Camera, dec. *Molla Sali c. Grèce*, cit., § 111.

⁵² *Ivi*, §§ 124, 125, 126, 127.

patrimoniale rappresenta un bene ai sensi del protocollo addizionale⁵³. Di conseguenza, l'applicabilità dell'art. 1 al caso di specie rende applicabile anche l'art. 14 che, come ricorda la Grande Camera, per giurisprudenza costante⁵⁴, completa le altre disposizioni convenzionali e non può essere applicato in modo indipendente.

Dal secondo punto di vista, il ragionamento per accertare l'esistenza di una discriminazione religiosa si articola, secondo uno schema argomentativo consolidato nella giurisprudenza CEDU, muovendo dall'identificazione di situazioni analoghe o comparabili a quella della vedova e, di conseguenza, della caratteristica personale sulla quale si fonda il diverso trattamento⁵⁵, per poi valutare se la differenza di trattamento sia giustificata o meno da ragioni oggettive e ragionevoli⁵⁶.

In primo luogo (situazioni comparabili e caratteristica personale), la Grande Camera ritiene che la ricorrente, destinataria di un testamento redatto conformemente alla disciplina prevista dal codice civile, si trovi in una situazione analoga a quella di una donna costituita erede sulla base di un identico atto, ma da parte di un *de cuius* non di religione musulmana. In questo contesto, quindi, la religione del testatore identifica la caratteristica personale alla base del diverso trattamento riservato alla Signora Molla Sali.

In secondo luogo, la Corte valuta se la differenza di trattamento fondata sulla religione professata dal marito della ricorrente sia giustificata da ragioni oggettive e ragionevoli. Per valutare questo, la Grande Camera verifica se l'applicazione della sharia imposta alla successione del marito rappresenti uno strumento proporzionale al perseguimento dell'obiettivo legittimo, cui erano preposti i trattati internazionali all'inizio del XX secolo, di proteggere i diritti degli appartenenti alla minoranza musulmana. La Corte di Cassazione greca, si osserva nella sentenza ha, infatti, fondato l'obbligo di applicare la sharia sull'esigenza di rispettare gli obblighi assunti dalla Grecia a livello internazionale. Tale motivazione è, tuttavia, contestata dalla Grande Camera. Infatti, non solo lo stesso governo greco ha ammesso in corso di causa che le previsioni del Trattato di Atene e del Trattato di Sèvres riguardanti la minoranza musulmana non sono più in vigore, ma sia il Trattato di Sèvres sia il Trattato di Losanna non riconoscono in modo esplicito alcuna competenza al mufti. Tali censure, peraltro, sono aggravate dai conflitti giurisprudenziali esistenti in Grecia sull'applicazione della sharia, conflitti che, secondo la Grande Camera, producono "*une insécurité juridique qui est incompatible avec les exigences de l'état de droit*"⁵⁷.

I problemi legati agli effetti dell'applicazione della legge islamica in Grecia sono, inoltre, stati evidenziati dalle istituzioni internazionali ed europee. Sul punto, la Grande Camera aderisce agli orientamenti espressi dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa e dalle altre istituzioni e sostiene che l'applicazione della sharia in Grecia, in materia di famiglia e successioni, si sia dimostrata in conflitto con gli obblighi internazionali che la Grecia si è assunta a partire dal 1948. Per superare queste antinomie, l'applicazione del modello storico di disciplina del regime giuridico della minoranza musulmana deve essere armonizzata con gli standard internazionali ed europei riguardanti i diritti umani. Del resto, continua la Corte, la tutela della libertà religiosa ai sensi dell'art. 9 della CEDU non impone agli Stati né di prevedere discipline giuridiche *ad hoc* per le confessioni religiose né di svolgere un ruolo di garanzia rispetto al preservarsi dell'identità religiosa della

⁵³ In senso conforme, v., *ex multis*, Corte EDU, Grande Camera, dec. *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015, § 211.

⁵⁴ In questo senso si veda, per tutte, Corte EDU, Grande Camera, dec., *Caso linguistico belga*, 23 luglio 1968. In questa decisione, la Corte chiarisce che il principio di non discriminazione ha un campo di applicazione non autonomo, ma sempre connesso alla tutela di un diritto.

⁵⁵ Cfr., *ex multis*, Corte EDU, Grande Camera, decc. *Fabris c. France*, 7 febbraio 2013, § 51 e *Khamtokhu et Aksenchik c. Russia*, 24 gennaio 2017, § 64.

⁵⁶ V., ad esempio, Corte EDU, dec., *Thlimmenos c. Grecia*, 06 aprile 2000, § 44. Sul punto cfr. F. SUDRE, *Rapport introductif*, in F. SUDRE, H. SURREL (a cura di), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2008, 21

⁵⁷ Corte EDU, Grande Camera, dec. *Molla Sali c. Grèce*, cit., § 153.

minoranza. Alla luce di tali precisazioni, quindi, applicare al membro di una minoranza un regime giuridico particolare contro la sua volontà integra una discriminazione religiosa e viola “*un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités, à savoir le droit de libre identification*”⁵⁸. Attribuire alla ricorrente la fede professata dal marito non solo produce una discriminazione per associazione, ma rappresenta un vulnus all’aspetto negativo del diritto di libera identificazione religiosa, vale a dire il diritto di non appartenere ad una minoranza e quindi di non essere assoggettati alle regole riservate al gruppo. Questo diritto è assoluto e, a differenza delle garanzie espressione del legame di appartenenza della persona ad una confessione religiosa, non conosce limiti⁵⁹. La libera identificazione religiosa, chiarisce la Grande Camera, non è prevista in termini espliciti nella Convenzione quadro sui diritti delle minoranze nazionali, ma è da ritenersi come la “*pierre angulaire*” del diritto internazionale delle minoranze. Da una lettura complessiva e coordinata delle fonti internazionali ed europee si deduce, infatti, l’inesistenza di una qualunque previsione, che permetta, ad una minoranza religiosa o ad un’autorità statale, di imporre al singolo un regime giuridico speciale riservato ai membri di un gruppo minoritario⁶⁰.

In definitiva, la discriminazione che la ricorrente ha subito non si è prodotta per la religione professata dalla donna, ma per la fede del marito, e una tale discriminazione per associazione ha cagionato una violazione generale del diritto alla libera identificazione religiosa della Sig.ra Molla Sali e un *vulnus* al suo diritto di proprietà, riducendo la sua quota ereditaria a un quarto del patrimonio. La Grecia, conclude la Corte, ha, quindi, violato gli articoli 1 del Protocollo addizionale e 14 della CEDU.

6. Conclusioni

In conclusione, la sentenza in esame esplicita le tensioni esistenti tra appartenenza e libertà religiosa, nel particolare contesto del possibile conflitto tra diritti specifici riconosciuti ai membri di una minoranza confessionale e tutela generale della libertà religiosa. Gli strumenti generali di garanzia della libertà religiosa sembrano trovare nell’ambito del legame tra singolo e gruppo minoritario un rilevante quadro di ridefinizione, che si esplicita nella definizione di nuovi concetti da parte delle istituzioni internazionali ed europee. Infatti, se, come evidenzia la Corte di Strasburgo nel 2019, all’interno della guida sull’art. 9 della CEDU, “*l’article 9 § 1 de la Convention contient deux volets, relatifs, respectivement, au droit d’avoir une conviction et au droit de la manifester*”⁶¹, la libertà di avere o non avere una religione o un credo trova specifici profili di declinazione nell’ambivalenza del concetto di minoranza religiosa: i diritti garantiti alle minoranze, se applicati in conflitto con la scelta del singolo di appartenere al gruppo minoritario, possono trasformarsi, infatti,

⁵⁸ *Ivi*, § 157.

⁵⁹ In senso conforme a tale orientamento della corte, La dottrina ha, infatti, osservato, in senso conforme, che: “La libertà di pensiero, coscienza e religione viene riconosciuta in termini assoluti al co. 1, mentre per le sole manifestazioni di credo e religione vengono contemplati limiti al co. 2 (...)”; così, S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, Cedam, 2012, 372. Nello stesso senso v., tra gli altri, J. A. FROWEIN, *Article 9 § 1*, in *La Convention européenne des droits de l’homme, Commentaire article par article*, Dalloz, Paris, 1995, 353; F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa*, Milano, Giuffrè, 1967, 27 ss.; F. SUDRE, *Droit européen et International des droits de l’homme*, VIII ed., PUF, Paris, 2008, 477; L. M. HAMMER, *The International human right to freedom of conscience*, Routledge, London, 2001, 74

⁶⁰ Alla luce di tali argomenti, la Corte constata come, rispetto all’esistenza di una situazione molto problematica in Grecia, dove la sharia veniva applicata contro la volontà dei cittadini, con la riforma intervenuta nel gennaio 2018 il ricorso alla legge islamica sia ormai previsto solo in presenza di un accordo tra tutti i soggetti interessati.

⁶¹ V. Corte EDU, *Guide sur l’article 9 de la Convention européenne des droits de l’homme. Liberté de pensée, de conscience et de religion*, 2019, 11.

in violazioni degli articoli 9 e 14 della CEDU. Rispetto a tali potenziali profili di violazione, aspetti innovativi emergono nel caso in esame su tre diversi piani riguardanti da una parte i contenuti di tutela della libertà religiosa e il principio di non discriminazione e dall'altra la protezione dei gruppi vulnerabili all'interno delle minoranze religiose.

In primo luogo, se, come chiarisce la Corte, la libertà negativa di religione qualifica ai sensi dell'articolo 9 CEDU *"le droit d'avoir n'importe quelle conviction (religieuse ou non) dans son for intérieur et de changer de religion ou de conviction"*⁶², nello specifico perimetro dei rapporti interni ed esterni ad una minoranza religiosa, il diritto del singolo alla qualificazione della propria fede rappresenta un diritto assoluto, al quale non sono applicabili i limiti previsti dall'art. 9, par. 2. In questi termini, la fede professata dal marito non può essere imposta alla moglie superstite, in quanto associare la religione di un individuo a quella professata da un altro soggetto produce una discriminazione religiosa. La libertà di identificazione religiosa, quindi, esprime non solo un innovativo contenuto di tutela del più generale diritto di avere o non avere una religione, ma ha un effetto di specificazione anche sul principio di non discriminazione. Infatti, come chiarisce il giudice Mărțiș Mits, nell'opinione concorrente, : *"C'est la première fois que la Grande Chambre examine la question et conclut à l'existence d'une discrimination par association. Autrement dit, la violation de l'article 14 en combinaison avec l'article 1 du Protocole no 1 est établie à raison non pas de la religion de la requérante mais de celle de son époux, de confession musulmane. C'est d'ailleurs un élément essentiel de l'affaire mais ce n'est pas le seul qui la constitue"*⁶³. In questa luce, la discriminazione religiosa non si fonda, come avviene nel modello generale di protezione della libertà religiosa, sul credo professato dalla persona, ma su scelte morali attribuite al soggetto, ma a lui estranee⁶⁴.

In secondo luogo, l'attenzione delle istituzioni internazionali ed europee alla condizione di specifiche categorie di soggetti all'interno delle minoranze religiose si è sviluppata con riguardo alle donne e alle persone LGBT. In questi termini, la circostanza, che la Corte esamini l'impatto della discriminazione anche alla luce dell'intersezione tra genere e fede, conferma il consolidarsi di un approccio intersezionale ai diritti minoritari. Rispetto a tale dinamica, le istituzioni dell'ONU hanno esaminato il rischio di subire discriminazioni multiple di tipo additivo o intersezionale⁶⁵ da parte di

⁶² *Ibidem.*

⁶³ Corte EDU, Grande Camera, dec. *Molla Sali c. Grèce*, cit., *Opinion concordante du juge Mits*, § 7.

⁶⁴ In termini simili, anche nel contesto dell'interpretazione dello status di rifugiato religioso, il diritto internazionale, europeo e nazionale tutela da persecuzioni anche coloro che, a prescindere dalle effettive opzioni morali personali, sono percepiti dal persecutore come aderente ad una dottrina oggetto di vessazioni (credenti percepiti). In particolare, con riguardo all'interpretazione della Convenzione di Ginevra, l'Alto Commissariato ONU per i rifugiati ha chiarito che *« Il n'est pas nécessairement pertinent d'établir la sincérité de la croyance, de l'identité et/ou d'une certaine manière de vivre dans chaque cas. Il peut ne pas s'avérer nécessaire, par exemple, qu'une personne (ou un groupe) déclare qu'elle appartient à telle religion, qu'elle respecte telle foi religieuse ou qu'elle observe telles pratiques religieuses dès lors que le persécuté impute ou attribue cette religion, cette foi ou ces pratiques à cette personne ou à ce groupe. »*, cfr. UNHCR, *"Principes directeurs sur la protection internationale : Demandes d'asile fondées sur la religion au sens de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 Convention et/ou Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés"*, II, par. a), *Définition du terme « religion »*, n. 9, 28 avril 2004, 4. In senso conforme, l'art. 10, par. 2, della direttiva 2011/95/UE, all'interno dell'enumerazione dei motivi di persecuzione, chiarisce che *"nell'esaminare se un richiedente abbia un timore fondato di essere perseguitato è irrilevante che il richiedente possieda effettivamente le caratteristiche razziali, religiose, nazionali, sociali o politiche che provocano gli atti di persecuzione, purché una siffatta caratteristica gli venga attribuita dall'autore delle persecuzioni"*. Su questi concetti, mi sia permesso rinviare al mio D. FERRARI, *Lo status di rifugiato religioso nelle fonti del diritto internazionale: le nuove frontiere delle libertà dello spirito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it/>) n. 39, 2017, 1-32.

⁶⁵ Sulla definizione di tali concetti, la dottrina ha chiarito che: *"Two types of multiple discrimination that have been suggested are additive discrimination and intersectional discrimination. The first consists of a situation where the person complaining of discrimination belongs to two separate groups (...) The second type consists of intersectional discrimination where the multiple discrimination cannot usefully or effectively be broken down into its component parts"*,

persone che appartengano a gruppi identificabili sulla base del genere o dell'orientamento sessuale e a minoranze. L'Alto Commissario per i diritti umani ha, infatti, chiarito, che: *"The Minorities Declaration identifies only national or ethnic, religious and linguistic minorities as falling within its scope. However, the Independent Expert can consider issues with regard to people belonging to other marginalized groups, such as those with disabilities, or issues relating to sexual orientation where they intersect with the issues and rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities"*⁶⁶. In termini simili, lo stesso approccio è emerso nel 2017 in uno studio riguardante il diritto UE applicabile alle minoranze⁶⁷. All'interno del documento, il concetto di discriminazione intersezionale applicato alle minoranze non persegue solo l'obiettivo di *"capture cases where special public policy measures covering group or theme-specific protection may indirectly lead to discrimination for other vulnerable minorities"*⁶⁸.

Le descritte tendenze, che valorizzano un'applicazione non autoritaria del concetto di minoranza religiosa, sembrano essere state recepite dalla Grecia che, con la legge n. 4511 del 2018⁶⁹, ha subordinato l'applicazione della legge musulmana in materia successoria alla volontà delle parti.

v. M. SARGEANT, *Discrimination and the law*, Routledge, Abingdon, 2013, 84. Sul punto, v. anche S. FREDMAN, *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, European Commission ed., Strasbourg, 2016.

⁶⁶ V. SECRETARY GENERAL, *Guidance note of the Secretary General on racial discrimination and protection of minorities*, March 2013, pr. 9.

⁶⁷ Lo studio è stato commissionato dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo ad un gruppo di esperti. V. S. CARRERA and others, *Towards a comprehensive EU protection system for minorities* (<https://www.ceps.eu/system/files/ProtectionSystemForMinorities.pdf>).

⁶⁸ S. CARRERA AND OTHERS, *Towards a comprehensive EU protection system for minorities*, cit., 23.

⁶⁹ V. Loi no 4511/2018 modifiant l'article 5 de la loi no 1920/199 portant ratification de l'acte à caractère législatif du 24 décembre 1990 relatif aux ministres du culte musulman.

VINCENZO TONDI DELLA MURA

**«Esclusivamente per fini di solidarietà». La centralità della persona
nella riforma del volontariato e la paradossale dinamica della solidarietà**

La riforma della nozione di volontariato introdotta dal Codice del Terzo settore (art. 17, comma 2, del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) presenta una novità rispetto a quella pionieristica sancita dalla prima legge sul tema (art. 2, l. 11 agosto 1991, n. 266). Una novità apparentemente solo lessicale, quasi a meglio esplicitare quanto presente nella precedente definizione; e tuttavia, tale da approfondire le ragioni del fenomeno, sino a conferire una valenza semantica assai più marcata alla riproposizione legislativa dei passati tratti fondanti. Il tutto, secondo una dinamica che dimostra il livello di consapevolezza maturato nel trascorso trentennio e che apre la via a un'ulteriore e coerente caratterizzazione.

Detta novità consiste nel diverso obiettivo mostrato dal legislatore per definire il volontariato, il cui riferimento è transitato dall'oggetto al soggetto del fenomeno, vale a dire dall'"attività di volontariato" alla "persona" del "volontario". La precedente disciplina, in particolare, si limitava a fornire una definizione per caratteri della sola azione volontaria, indicando i profili della relativa organizzazione soltanto *per relationem*¹: l'attività di volontariato, per tale via, era intesa come quella "prestata in modo personale, spontaneo e gratuito (...) ed esclusivamente per fini di solidarietà" (art. 2)²; nel mentre, l'organizzazione di volontariato era rinvenibile in "ogni organismo liberamente costituito al fine di svolgere l'attività" richiamata (art. 3)³, purché in possesso dei requisiti rigidamente fissati per godere dei vantaggi predisposti. La nuova disciplina, per contro, incentra l'attenzione sul soggetto agente, al punto da rimettere alla "libera scelta" dello stesso l'esercizio dell'attività volontaria, caratterizzata dai medesimi tratti costitutivi di quella precedente, anche se finalmente svincolata dall'esclusivo riferimento all'organizzazione di riferimento (potendo essere svolta "anche [e non soltanto] per il tramite di un ente del Terzo settore")⁴.

Si tratta di una novità essenziale. Essa copre la distanza prima rinvenibile fra il dato metagiuridico e quello positivo della disciplina sul volontariato, evidenziando la linea di continuità che collega l'origine dell'azione volontaria con il relativo scopo, la natura del soggetto agente con il fine perseguito. Il dato era stato prontamente anticipato dalla Consulta con la storica sentenza decisa pochi mesi dopo la promulgazione della legge.

Piuttosto che insistere sull'attività, la Corte fu subito accorta nel ricondurre il fenomeno del volontariato al presupposto personalista originante l'iniziativa del singolo, chiarendo che il

¹ P. BOZZAO - A. CELOTTO, voce *Volontariato (lavoro nelle organizzazioni di)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sez. comm.*, Utet, Torino, 1999, 468; M. OLIVETTI, voce *Volontariato*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, 1994, 1; V. PANUCCIO, voce *Volontariato*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1993, 1083 V. TONDI DELLA MURA, voce *Volontariato*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, diretta da E. Sgreccia e A. Tarantino, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, XII, 2017, 893 ss.

² L. 11 agosto 1991, n. 266, *Legge-quadro sul volontariato*, art. 2, comma 1 (*Attività di volontariato*): "Ai fini della presente legge per attività di volontariato deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà".

³ Art. 3, comma 1 (*Organizzazioni di volontariato*): "È considerato organizzazione di volontariato ogni organismo liberamente costituito al fine di svolgere l'attività di cui all'articolo 2, che si avvalga in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite dei propri aderenti".

⁴ D. lgs. 3 luglio 2017 n. 117, *Codice del Terzo settore*, art. 17, comma 2 (*Volontario e attività di volontariato*): "Il volontario è una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà".

volontariato costituisce “un modo di essere della persona nell’ambito dei rapporti sociali o, detto altrimenti, un paradigma dell’azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni di più individui”⁵. La sottolineatura fu determinante, rendendo poi sistematica l’insistenza sulla “originaria” e “profonda socialità” che connota la persona umana⁶.

All’origine dell’azione volontaria, dunque, vi è la natura relazionale della persona umana (art. 2 Cost.), che completa sé stessa non in sé, bensì in relazione all’altro, al *diverso da sé*, al punto che – come ripeteva Hannah Arendt – la *banalità* del male consiste “semplicemente [n]ella mancata volontà di immaginarsi davvero nei panni degli altri, avendo cioè idea di cosa capita loro”⁷. È in tale relazionalità che il principio personalista dimostra di non essere separabile “né concettualmente né praticamente” da quello solidarista, trattandosi della “medesima cosa”, nel senso che “il principio solidarista è quello personalista in azione, in alcune delle sue più genuine (forse, proprio la più genuina delle) espressioni che ne consentono il pieno appagamento”⁸. E così, se è vero che *l’io* si scopre nell’azione e si svolge nella relazione, l’azione volontaria offre al singolo l’occasione speciale e irripetibile per sperimentare la coincidenza fra la propria azione e la propria consistenza umana, che è apertura al bisogno dell’altro; sicché, quanto più egli affronta questa esigenza e questo dovere, tanto più vive l’esperienza di completare sé stesso⁹. Ecco perché l’azione volontaria, aprendo *l’io* all’altro, diventa “un paradigma dell’azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni di più individui”.

Il rilievo, per inciso, conferma quella necessaria discontinuità fra “militanza” e “testimonianza”, variamente rimarcata dalle tante letture fenomenologiche del volontariato.

L’attività di volontariato, infatti, in quanto paradigmatica dell’azione del singolo, costituisce “un modello fondamentale dell’azione positiva e responsabile dell’individuo, che effettua spontaneamente e gratuitamente prestazioni personali a favore d’altri [...]”¹⁰. Essa è espressiva di un coinvolgimento personale irriducibile a ogni schema, o ruolo previsti dall’organizzazione di riferimento, sicché non può essere considerata alla stregua di una qualsivoglia appartenenza burocratica o civile, da dismettere una volta terminato il turno.

Attenendo al profilo più esclusivo e profondo della libertà umana, essa segna la personalità del soggetto agente in modo indelebile, restando tendenzialmente inesauribile e inestinguibile. E così, parafrasando quanto rilevato dalla Consulta con riguardo al dovere che grava sul magistrato in ordine alla propria imparzialità e indipendenza, vien da dire per analogia che pure il ruolo del volontario coinvolge “anche il suo operare da semplice cittadino, in ogni momento della sua vita professionale” e personale¹¹.

⁵ Corte cost., n. 75/1992, § 2 in diritto.

⁶ Corte cost., n. 228/2004, § 3 in diritto, e n. 131/2020, § 4 in diritto.

⁷ H. HARENDT – J. FEST, *Eichmann war von empörender Dummheit. Gespräche und Briefe* (2011), tr. it. di U. Ludz e T. Wild, *Eichmann o la banalità del male. Intervista, lettere, documenti*, Giuntina, Firenze, 2013, 41; Id., *Eichmann in Jerusalem* (1963, 1964), tr. it. di P. Bernardini, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, 2004.

⁸ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 17/2013, 12.

⁹ L. GIUSSANI, *Il senso della caritativa*, (1961), ora anche in *Luigi Giussani Scritti* (<https://www.scritti.luigigiussani.org/>): “Innanzitutto la natura nostra ci dà l’esigenza di interessarci degli altri. Quando c’è qualcosa di bello in noi, noi ci sentiamo spinti a comunicarlo agli altri. Quando si vedono altri che stanno peggio di noi, ci sentiamo spinti ad aiutarli in qualcosa di nostro. Tale esigenza è talmente originale, talmente naturale, che è in noi prima ancora che ne siamo coscienti e noi la chiamiamo giustamente legge dell’esistenza. [...] Quanto più noi viviamo questa esigenza e questo dovere, tanto più realizziamo noi stessi; comunicare agli altri ci dà proprio l’esperienza di completare noi stessi. Tanto è vero che, se non riusciamo a dare, ci sentiamo diminuiti. Interessarci degli altri, comunicarci agli altri, ci fa compiere il supremo, anzi unico, dovere della vita, che è realizzare noi stessi, compiere noi stessi”.

¹⁰ Corte cost., n. 75/1992, cit., § 2 in diritto.

¹¹ Corte cost., n. 224/2009, § 2 in diritto.

La centralità disciplinare riconosciuta al profilo personale del volontariato rende ragione non solo dell'origine dell'azione volontaria, ma anche del relativo scopo, l'una e l'altro concernendo il medesimo soggetto agente, primo effettivo beneficiario della propria azione.

Di conseguenza, essa conferisce una valenza ancora più marcata alla riproposizione legislativa del precedente vincolo, riguardante l'esclusivo fine di solidarietà da perseguire con l'azione volontaria. Tale vincolo vale anzitutto a distinguere giuridicamente l'attività di volontariato da tutte le altre, escludendo dal relativo ambito quelle non compiute "esclusivamente per fini di solidarietà"¹². Al contempo, tuttavia, esso vale anche a caratterizzare lo scopo perseguito dal soggetto agente, confermando che "il principio solidarista è quello personalista in azione".

Sottesa al tutto, ovviamente, è la domanda su cosa induca una persona a compiere un'azione assolutamente gratuita, a prestare il proprio tempo e impegno in assenza di corrispettivo, a fornire una prestazione "non fondat[a] semplicemente su un rapporto sinallagmatico"¹³. Il richiamo al fattore temporale, per inciso, non deve apparire scontato. Basterebbe riflettere sull'esperienza personale (che è sempre all'origine di ogni fenomeno giuridico¹⁴), per rilevare l'incidenza del tempo sulla capacità relazionale e, dunque, sulla possibilità di sviluppo della personalità del singolo. La dimensione qualitativa del tempo è essenziale al fine di consentire il naturale modo di trasmissione della soggettività. Se "le forme-di-vita si riproducono attraverso l'agire comunicativo dei loro membri" e se "l'individualizzazione si realizza attraverso il medium socializzante di un denso reticolo linguistico", ne deriva che "l'integrità dei singoli individui viene anzitutto a dipendere dalla modalità rispettosa con cui essi si mettono reciprocamente in rapporto"¹⁵. Qualsiasi modello sociale, per tale via, assume una valenza correlata pure al modo con cui concorre alla realizzazione di tale integrità e favorisce lo svolgimento della personalità umana. Una tale trasmissione, tuttavia, avviene non già in modo neutrale o tecnico-scientifico, bensì secondo la densa trama umana insita nella varietà di culture, consuetudini e tradizioni proprie del contesto storico-sociale di riferimento e, quindi, per il tramite del fattore temporale.

Tornando alla domanda sulle ragioni originanti l'azione volontaria, essa è certamente metagiuridica; nel mentre, la risposta formulata dal legislatore resta aperta – com'è giusto che sia – a ogni sollecitazione culturale, etica, antropologica e religiosa. Sicché rimane attuale la raccomandazione espressa nel corso dei lavori preparatori della legge sul volontariato da Leopoldo Elia, all'epoca senatore e relatore del relativo progetto di legge unificato, in ordine alla necessità di disciplinare il fenomeno, salvaguardandone al contempo l'autonomia. Al fine di non imbrigliare con una previsione puntuale un fenomeno caratterizzato dalla spontaneità e dall'innovatività, egli richiamò la nota similitudine di Arturo Carlo Jemolo sulla famiglia, paragonata a un'"isola che il mare del diritto dovrebbe lambire, ma lambire soltanto"¹⁶; sicché invitò il Senato a limitarsi anche nella specie a "lambire" il volontariato, tratteggiando solamente quei "lineamenti normativi di carattere per così dire preliminare"¹⁷.

¹² L. GORI, *La disciplina del volontariato individuale, ovvero dell'applicazione diretta dell'art. 118, ultimo comma, cost.*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1/2018.

¹³ Corte cost., n. 131/2020, cit., § 4 in diritto.

¹⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1975, I, 3 ss.

¹⁵ J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* (2001), tr. it. a cura di L. Ceppa, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002, 56; nonché sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Il «tempo» della sussidiarietà. Un'introduzione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 4/2013.

¹⁶ A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Giuffrè, Milano, 1957, 241.

¹⁷ L. ELIA, Senato della Repubblica, seduta del 28 febbraio 1991; su cui, si v. fra gli altri V. TONDI DELLA MURA, *Rapporti tra volontariato ed enti pubblici nell'evoluzione della forma di stato sociale*, in E. Rossi - L. Brusciuglia (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Giuffrè, Milano, 2002, 117 ss.

Quanto poi alle ragioni sottese all'offerta di una prestazione senza corrispettivo, certamente esse esulano dal catalogo delle situazioni giuridiche passive eventualmente gravanti sul singolo volontario. Il rilievo, del resto, è speculare alla più generale riconsiderazione assiologica dell'intera categoria delle situazioni giuridiche, occorsa al sistema ordinamentale a seguito della progressiva affermazione di un concetto di persona umana inserito nella concretezza del divenire costituzionale e non determinato in modo astrattamente aprioristico¹⁸. Il catalogo delle situazioni giuridiche, per tale via, ha cessato di essere inteso in una prospettiva solamente difensiva e garantistica, a tutela del volere individuale e della capacità negoziale e reddituale del singolo; piuttosto, è stato assunto nella diversa prospettiva di sostegno e d'intervento del potere pubblico, da realizzare in senso promozionale mediante una diversa organizzazione ordinamentale. Non più un'attenzione solo formale ai bisogni del singolo, colti in una desolante nudità sociale e privi di una rete solidale di riferimento; non più una sordida indifferenza verso tutte quelle necessità non misurabili economicamente e, nondimeno, essenziali per un'esistenza dignitosa; non più, insomma, una riduzione *negoziale* delle esigenze personali, tale da rendere giuridicamente irrilevanti quelle aspettative non sempre suscettibili di misurazione. Per contro, una ricercata considerazione verso le esigenze dell'intera persona, colte nella totalità delle dimensioni coinvolte e collocate nella trama relazionale di riferimento; di rimando, una nuova sensibilità verso quella concretezza esistenziale nella quale si manifesta la dignità umana; in definitiva, una tutela di ciò che prima sfuggiva all'attenzione dell'ordinamento, rimanendo inaccessibile alle (pur legittime) aspettative dell'eventuale interessato. A titolo esemplificativo, valga per tutti il caso della legge n. 6 del 2004 in tema di interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno; questa ha operato una netta cesura col passato, consentendo il transito dall'esclusione della disabilità all'inclusione della solidarietà, dalla generalizzata sottrazione della capacità negoziale del portatore di *deficit*, alla considerazione integrale dei bisogni di quest'ultimo, finalmente considerati e affidati a una rete di sostegno nel caso d'impossibile perseguimento da parte del medesimo interessato¹⁹.

Le ragioni sottese all'offerta di una prestazione senza corrispettivo, dunque, rimandano a un'accezione più dinamica e flessibile della solidarietà, quale quella che si è sviluppata negli ultimi decenni: un'accezione non solamente tesa a sovvenire alle precarietà delle vicende umane secondo la misura del minimo necessario e garantito e, quindi, sulla scorta dell'adempimento degli eventuali doveri posti a relativa protezione; più ancora, un'accezione proiettata a provvedere alle complessive necessità dell'interessato, andando *oltre* la misura giuridicamente prefissata e, finanche, *al di là* di quella eticamente dovuta. Non che i doveri giuridici e i vincoli etici non rientrino in una dinamica solidale²⁰. Essi, tuttavia, non la esauriscono.

Residua un ampio margine di bisogno, eccedente quello coperto dalla soglia di garanzia assicurata dall'intervento del potere pubblico, ovvero dall'adempimento dei doveri privati, che solitamente resta relegato in una sfera ritenuta giuridicamente irrilevante; una sfera dove operano quei comportamenti individuali o associati, spontanei e liberali, non pressati dalla minaccia di una

¹⁸ G. ARENA, voce *Trasparenza amministrativa*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, 5949; A. BALDASSARRE, voce *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giuridica*, Treccani, Roma, 1990, ora anche *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, spec. 342; A. BARBERA, *Il fondamento dei diritti fondamentali, tra crisi e frontiere della democrazia*, in L. Antonini (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2007, 123; L. D'ANDREA, voce *Effettività*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario*, cit., 2122; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005, 108; L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007, 521;

¹⁹ Sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Dall'interdizione-inabilitazione all'amministrazione di sostegno: un'introduzione*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 3/2014.

²⁰ A. RUGGERI, *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della Costituzione (note minime a margine di un convegno)*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., spec. 556 ss.

sanzione giuridica o etica e, nondimeno, essenziali per la piena e infungibile soddisfazione del bisogno medesimo.

Ed è rispetto a tale sfera, per l'appunto, che trova la propria ragion d'essere un'accezione della solidarietà più consona e adeguata alla centralità della persona umana.

Essa non si traduce solamente in una mera estensione della sfera dei comportamenti giuridicamente doverosi e rilevanti, tale da includere al proprio interno quelli prima esclusi e riconducibili alla semplice libertà di fatto (ipotesi – sia detto per inciso – di per sé equivoca e pericolosa, poiché astrattamente suscettibile di rendere coercibili condotte prima non vincolate). Più ancora, favorisce l'autonoma e spontanea iniziativa privata, svincolandola dall'area dei doveri giuridicamente sanzionati e coniugandola con quella dei diritti positivamente garantiti²¹. L'offerta della prestazione volontaria, per tale via, risulta collegabile (non più al *dovere*, bensì) al *diritto* di esercitare la solidarietà²², la quale ha come presupposto la libertà, al fine di concorrere all'effettiva integrazione sociale (artt. 3, comma 2, e 4, comma 2, Cost.).

Si tratta di un'evoluzione assiologica fondamentale, che nelle sue implicazioni rende ragione della previsione costituzionale del principio di sussidiarietà, altrimenti privo di motivazioni sostanziali e rispondente soltanto ad una diversa scelta di ingegneria sociale e di organizzazione del *Welfare state*. Essa ha consentito di identificare e stabilizzare un apposito “ambito di organizzazione delle «libertà sociali» (sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003) non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle «forme di solidarietà» che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (sentenza n. 309 del 2013)”²³. La stessa Consulta, del resto, ha sottolineato come una “moderna visione della dimensione della solidarietà” superi “l'ancoraggio ai doveri ed agli obblighi normativamente imposti”²⁴, conducendo “il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, *al di là* di vincoli derivanti dai doveri pubblici o da comandi dell'autorità”²⁵. Di qui, lo sforzo del recente Codice di costruire modelli di raccordo fra soggetti pubblici ed enti del Terzo settore intesi “a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca *al di là* del mero scambio utilitaristico”²⁶. Le virtualità del principio di solidarietà, infatti, “trascendono l'area degli «obblighi normativamente imposti», chiamando la persona ad agire non solo per imposizione di una autorità, ma anche per *libera e spontanea* espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa”²⁷. Una solidarietà, dunque, “*libera*, in quanto non *imposta* e perciò *dovuta*”, poiché è solo in quanto esercizio di libertà che l'azione a vantaggio di altri assume il valore pieno della solidarietà.

Una volta affermata la centralità della persona umana (relazionalmente considerata), l'attenzione dell'ordinamento è tale da apprezzare non più solo l'area del *dover essere*, giuridicamente sanzionata, ma anche quella dell'*essere*, prima solo meritoriamente incoraggiata. Il

²¹ Sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, voce *Volontariato*, cit., 895.

²² E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, 2354; E. ROSSI e A. BONOMI, *La fraternità fra “obbligo” e “libertà”. Alcune riflessioni sul principio di solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, in A. Marzanati, A. Mattioni (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Città Nuova Editrice, Roma, 2007, 86 ss.; E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), n. 2/2019.

²³ Corte cost., n. 131/2020, cit., § 4 in diritto, su cui E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2020, in corso di pubblicazione.

²⁴ Corte cost., n. 55/1993, § 5 in diritto.

²⁵ Corte cost., n. 75/1992, cit., § 2 in diritto.

²⁶ Corte cost., n. 131/2020, cit., § 4 in diritto.

²⁷ Corte cost., n. 228/2004, cit., § 3 in diritto.

tutto, non in senso alternativo ed esclusivo, ma inclusivo, in modo da coniugare l'area della sanzione con quella della promozione, il dovuto con il meritorio, ovvero, la deontologia con l'ontologia, l'etica con l'estetica e, in definitiva, la dedizione con l'attrazione, l'ideale con l'affezione e con la bellezza²⁸. In senso analogo, scriveva Luigi Giussani che "l'entusiasmo della dedizione è imparagonabile all'entusiasmo della bellezza".

Ecco perché la centralità disciplinare riconosciuta al volontariato dal Codice del Terzo settore chiarisce la dinamica della solidarietà. Non può esserci discontinuità fra il soggetto in azione e lo scopo perseguito. Se l'origine dell'azione volontaria è connessa alla natura relazionale dell'*io*, che è tale da mobilitare le relative energie per l'insita esigenza di contribuire al bene della comunità, sino ad andare *oltre* la sfera giuridicamente doverosa o utilitaristica, l'esito di tale azione non può restare estraneo al soggetto, non può prescindere da un siffatto orizzonte esistenziale. Se l'origine dell'azione risponde all'esigenza di compimento della personalità, il relativo esito non può sfuggire a dette premesse, dovendo piuttosto concorrere allo stesso.

Lo scopo dell'azione volontaria, in altri termini, è duplice: per un verso, è certamente volto a favorire la situazione del beneficiato, il quale diviene destinatario di un *di più* non dovuto e talora neanche immaginato, o addirittura immaginabile; per altro verso, tuttavia, è tale da favorire altresì l'esperienza esistenziale del beneficiante, il quale in tal modo riesce *più facilmente* a comprendere e realizzare la propria consistenza umana.

È questo il paradosso della solidarietà insito nell'azione volontaria: per beneficiare gli altri, il soggetto agente finisce anche per esserne beneficiato. Quasi senza accorgersene.

²⁸ Sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2011, 657 ss.

ROSSANA CARIDÀ

**L'interazione tra pubblico e privato ed il ruolo del Terzo settore
tra attuazione del principio di sussidiarietà e strumenti della finanza sociale**

1. In un'intervista pubblicata su *Diritti Regionali* (www.dirittiregionali.it), del 12 maggio 2011, *Il regionalismo visto da Pasquale Costanzo*, alla domanda «*Che consigli darebbe, quanto ai temi da approfondire e al metodo da adottare, a chi, oggi, volesse avvicinarsi allo studio del regionalismo in Italia, della sua teoria e delle sue applicazioni?*», il Professore ha così risposto: «*qui il giurista, più che in ogni altro campo, se vuole davvero farsi un'idea del fenomeno che ha davanti, non può immaginare di limitarsi a coltivare il proprio orticello, ma deve chiedere aiuto, non solo, come è stato opportunamente rilevato, alle indagini storiche e comparate, ma anche ai cultori di altre scienze, specie demografiche ed economiche. Non si trascuri, poi, quella che, con un fortunato neologismo, è chiamata la "glocalizzazione", per cui sarebbe impensabile oggi non considerare il globale e il locale come le due facce della stessa medaglia, al punto che, come talvolta avviene (specie qui da noi), le forze locali si sforzano di controbilanciare gli effetti dei processi globali. Dopo un simile chiarimento, infatti, potrà risultare più proficuo studiare i vari istituti che compongono il regionalismo, dato che essi sono suscettibili di prendere torsioni differenti e di fornire rendimenti diseguali proprio a seconda della prospettiva adottata.*».

Questa impostazione è stata applicata in occasione della elaborazione, per la parte normativa e pubblicistica, di un progetto di ricerca sulla finanza di impatto sociale, in corso di espletamento¹. Gli strumenti di finanza sociale ancora non sono stati normati nel nostro ordinamento; ed è in questa direzione che lo studio di alcuni strumenti, anche quelli di natura economico-finanziaria, potrebbe costituire un punto ottimale di riferimento per la realizzazione del principio di sussidiarietà, anche attraverso le novità legislative inserite nel Codice del Terzo settore.

In un regime di risorse pubbliche limitate, il modello innovativo di *welfare* e di politiche pubbliche non può prescindere dalla collaborazione sistemica ed organizzata con il mondo dell'impresa sociale innovativa e della *finanza che include*. Puntare su investimenti ad impatto sociale costituisce il viatico migliore anche nella direzione di ammodernamento dei meccanismi di *welfare*, a qualsiasi livello.

Gli investimenti ad impatto sociale originano una reazione positiva misurabile sulle comunità nelle quali si inseriscono; al contempo creano un utile, un rendimento del capitale impiegato.

Tale scelta di investimento, indagata specialmente nel campo delle scienze economiche e sociali, contempera una pluralità di obiettivi ma, soprattutto, consente di rielaborare in forma innovativa il rapporto pubblico/privato². Quest'ultimo diviene il soggetto che investe nel settore pubblico, crea utile per l'azienda stessa che investe e valore per la società che subisce gli effetti positivi dell'investimento. I meccanismi e i relativi strumenti della finanza sociale contemperano una pluralità di obiettivi: la condivisione di interessi economici, l'espletamento di attività di impresa generativa di valore aggiunto in favore della società (o della comunità territoriale) di riferimento ed,

¹ Progetto *social impact finance* sif16_00055 – cup f63c17000040001 (Decreto Direttoriale MIUR di ammissione al finanziamento n. 2463 del 25.09.2017).

² Alcuni studiosi riconoscono espressamente la doppia capacità degli enti pubblici, di diritto pubblico e di diritto privato. Come sostenuto, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Milano, 2010, 299, «La prima è la potestà sovrana o potestà di imperio che l'ente pubblico può esercitare sulle cose e nei confronti delle persone, il suo potere di emanare atti autoritativi (gli atti amministrativi), vincolanti per il loro destinatario anche contro la loro volontà. La seconda è, invece, l'attitudine riconosciuta all'ente pubblico di essere titolare di diritti e di doveri (capacità giuridica) e di compiere atti giuridici (capacità di agire) allo stesso modo dei privati».

a beneficio degli utenti, la cooperazione sinergica tra più soggetti volta a migliorare i risultati attesi da un progetto elaborato in comune.

Questi meccanismi pongono il rapporto pubblico/privato in termini di necessaria uguaglianza, poiché il privato non è soltanto destinatario di decisioni unilaterali ed autoritative ma concorre, attraverso una pluralità di meccanismi (di co-programmazione, di co-progettazione, di collaborazione), con un ruolo ben definito e paritario per realizzare il contenuto delle varie fasi della progettazione ed esecuzione dello strumento sociale (quest'ultimo, portante le seguenti caratteristiche: atipico ed espressione dell'autonomia negoziale, che realizza interessi pubblici, che è conveniente sotto il profilo dell'investimento e del rendimento).

2. Le forme di collaborazione pubblico/privato rappresentano una delle espressioni del principio di sussidiarietà orizzontale. L'art. 118 della Costituzione riconosce il ruolo dell'iniziativa autonoma dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale: Stato, regioni, province, città metropolitane, comuni sono tutti coinvolti per favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.

Tale principio, poiché «investe il confine esterno delle istituzioni e coinvolge il rapporto fra queste, i cittadini, e la società, implicando non più soltanto la prossimità nell'esercizio delle funzioni rispetto al cittadino, ma l'immedesimazione dei cittadini e della società organizzata nell'esercizio delle funzioni medesime»³, può essere modulato in relazione alla tipologia dell'intervento. I soggetti pubblici devono favorire le autonome iniziative private finalizzate al perseguimento di obiettivi generali; gli stessi privati si pongono al livello delle istituzioni pubbliche, quando si attivano in maniera spontanea ed autonoma per contribuire alla crescita e alla promozione del benessere della comunità e del territorio nel quale essi operano.

La dottrina ha posto in luce le implicazioni del principio di sussidiarietà sia sotto il profilo organizzativo della forma di Stato sociale, sia su quello contenutistico delle pretese sociali dei singoli fruitori. In particolare, poiché sono presupposte le «esigenze di partecipazione, gestione, collaborazione e controllo nell'erogazione delle prestazioni sociali, che presuppongono adeguati moduli organizzativi; moduli collaborativi e relazionali, finalizzati a una più compiuta interpretazione dei bisogni sociali e a una pari regolazione dei relativi interventi soddisfattivi», quello degli enti territoriali diviene «un ruolo regolatore e sussidiario in tutti i settori in cui è costituzionalmente garantita la concreta realizzazione dei diritti sociali, quale che sia la natura pubblica o privata dell'ente erogatore; ruolo che implica quella funzione di direzione e vigilanza del potere pubblico, già rinvenibile nelle prime letture del principio, attente a sottolineare la necessità di un compito di promozione, coordinamento e controllo da riservare al potere pubblico»⁴.

Attraverso le forme di partenariato pubblico-privato è possibile valorizzare peculiarità e potenzialità dei diversi attori coinvolti: il settore pubblico potrebbe vedere ridotte le risorse da destinare alle politiche di *welfare*; il settore privato potrebbe ampliare le tipologie di investimenti innovando le proprie politiche a favore di modelli innovativi orientati all'impatto sociale; il terzo settore potrebbe vedere riconosciute, oltre al ruolo principale di operatore sul territorio, le proprie

³ G. PASTORI, *La sussidiarietà "orizzontale" alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999, 174.

⁴ V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà (occasionalmente) ritrovata: dalle Linee guida dell'ANAC al Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, n. 1/2018, 7; ID., *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni, Vita e pensiero*, Milano, 2011, 666 ss.; ID., *Rapporti tra volontariato ed enti pubblici nell'evoluzione della forma di stato sociale, in Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, a cura di E. Rossi - L. Brusciuglia, Milano, 2002, 117 ss.

competenze professionali; le comunità di riferimento potrebbero essere coinvolte nella individuazione delle politiche più urgenti da realizzare e le modalità di intervento più adeguate al tessuto politico-territoriale-economico-sociale e quindi potenzialmente più mirate, efficienti ed efficaci. Questo implica il riconoscimento del ruolo dei privati non soltanto nella fase della erogazione e della gestione del servizio, ma anche nella definizione iniziale (di elaborazione delle politiche e dei relativi atti di programmazione), ed in quella di verifica e di controllo sia dell'operato dell'ente pubblico che dei privati erogatori⁵.

3. L'art. 55 del Codice del Terzo settore⁶, a proposito del coinvolgimento di tali enti, prevede espressamente che in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche (art. 1, comma 2, d. lgs. n. 165/2001), nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale, degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'art. 5⁷, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento.

La co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi necessari a tal fine, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili; la co-progettazione è finalizzata alla definizione ed alla potenziale realizzazione di specifici progetti di servizio di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione.

L'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso, nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner.

⁵ F. DAL CANTO, *La conferenza permanente delle autonomie sociali*, in *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Toscana*, a cura di P. Carrozza, R. Romboli, E. Rossi, Torino, 2015, 164.

⁶ E. FREDIANI, *I rapporti con la Pubblica Amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo Settore*, in *Non profit*, n. 3-4/2017, 157-172.

⁷ Che sinteticamente si indicano, tra gli altri, in: interventi e servizi sociali (ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, della l. n. 328/2000, s.m.i.); interventi e prestazioni sanitarie; educazione, istruzione e formazione professionale ed attività culturali di interesse sociale con finalità educativa; interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente; interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio; formazione universitaria e post-universitaria; ricerca scientifica di particolare interesse sociale; organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale; radiodiffusione sonora a carattere comunitario; organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso; formazione extrascolastica (finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica, alla prevenzione del bullismo e al contrasto della povertà educativa); attività commerciali, produttive, di educazione e informazione, di promozione, di rappresentanza, di concessione in licenza di marchi di certificazione, svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale; alloggio sociale, nonché ogni altra attività di carattere residenziale temporaneo diretta a soddisfare bisogni sociali, sanitari, culturali, formativi o lavorativi; accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti; agricoltura sociale (l. n. 141/2015 s.m.i.); organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche; beneficenza, sostegno a distanza, cessione gratuita di alimenti o prodotti (l. n. 166/2016 s.m.i.); promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della non violenza e della difesa non armata; promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici, promozione delle pari opportunità e delle iniziative di aiuto reciproco (incluse le banche dei tempi, art. 27 l. n. 53/2000, ed i gruppi di acquisto solidale, art. 1, comma 266, l. n. 244/2007); cura di procedure di adozione internazionale (l. n. 184/1983); protezione civile (l. n. 225/1992, s.m.i.); riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata.

Quindi, il primo punto di definizione riguarda la possibilità, che tutti i soggetti del Terzo settore hanno, di collaborare con le amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di attività di interesse generale; il coinvolgimento però, rispetto al modello delineato dalla l. n. 328/2000, non è al livello territoriale locale di attuazione del piano di zona, ma al livello della programmazione.

Un altro elemento di studio, a corredo di questo innovativo sistema, riguarda *l'impatto sociale*, per il quale non esiste una univoca definizione, essendone utilizzate diverse a seconda della metodologia impiegata per la misurazione; tuttavia, proprio dal confronto di queste diverse definizioni è stata elaborata come «l'insieme di risorse, *input* e processi adoperati nelle attività di determinati soggetti, interni od esterni all'organizzazione, che, nel perseguire specifici obiettivi d'impresa e/o sociali, modificano le condizioni di vita/lavoro/relazione delle persone coinvolte direttamente o indirettamente da quelle attività; il cambiamento nelle persone, o più in generale in un territorio, generato da un'impresa o un'organizzazione, direttamente attraverso le sue attività e indirettamente attraverso gli investimenti erogati nel breve o nel lungo periodo; la differenza che un intervento porta sulla vita di una persona e su un territorio, tenendo conto di cosa sarebbe successo senza quella determinata attività»⁸.

Da ultimo, l'art. 7, comma 3, della l. n. 106/2016, recante la delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale, precisa la valutazione dell'impatto sociale in termini di «valutazione qualitativa e quantitativa, sul breve, medio e lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato».

4. Questa impostazione si collega al sistema dell'economia collaborativa, che proprio guarda alla collaborazione come elemento di cambiamento dell'economia e dell'accesso al mercato (del lavoro e dei consumatori). La stessa Commissione europea ha posto l'attenzione sulla collaborazione, come elemento necessario per l'economia del futuro⁹.

In una prospettiva più generale, la diffusione della cultura della collaborazione, a qualsiasi livello, a cominciare dal settore pubblico, potrebbe rivelarsi conveniente non solo in riferimento all'incidenza sulla spesa pubblica, ma anche per convincere il mercato a "convertirsi" al rispetto di buone abitudini (la verifica dei tempi e dei costi di erogazione della prestazione, la tutela dell'ambiente e l'efficientamento energetico, la tutela delle piccole e medie imprese, le attività solidali). Il che non solo giustificherebbe, ma anzi renderebbe perfino necessario, un intervento di regolazione, di modo che le amministrazioni si convincano ad adottare schemi dialogici e collaborativi.

Ed anche se non costituisce una questione specifica da affrontare in questa sede, l'emergenza della pandemia mondiale di questo tempo, posto che era dal dopoguerra che il nostro Paese non attraversava una crisi così grave, sta mettendo in rilievo una realtà di persone che soffrono non soltanto per le malattie ma anche per la solitudine e la povertà. E per questo non si può chiedere l'intervento di ospedali e sanitari, che già altrove stanno facendo eroici miracoli. Per rispondere a

⁸ V. *Le linee guida per la misurazione dell'impatto sociale. Una guida pratica per le organizzazioni* (http://www.improntaetica.org/wp-content/uploads/2016/08/Linee-Guida-Impatto_def.pdf), 12; R. MAIOLINI, F. RULLANI, P. VERSARI, *Rendere sociali le imprese. Impatto sociale, confini dell'impresa e rete di stakeholder*, in *Impresa Sociale* (<http://www.rivistaimpresasociale.it/>), 2013, 3-20; F. PERRINI, C. VURRO, *La valutazione degli impatti sociali. Approcci e strumenti applicativi*, Milano, 2013; ed il *Rapporto Italiano della Social Impact Investment Task Force istituita in ambito G8* (<http://www.socialimpactagenda.it/wp-content/uploads/2016/04/La-finanza-che-include.pdf>).

⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, SWD (2016) 184 final, Bruxelles, 2.6.2016 COM (2016) 356 final (<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-356-IT-F1-1.PDF>).

queste umane esigenze sarà fondamentale attivare il Terzo settore, che già ora si sta dando da fare, utilizzando le potenzialità delle tecnologie, l'esperienza delle associazioni, la conoscenza del territorio, la professionalità dei volontari. Solo così si potrebbe superare la crisi economica i cui effetti sono già devastanti sin da questi primi tempi, e la cui sola certezza è che ha colto l'intera impreparazione del globo, specialmente sotto il profilo della sanità e dell'istruzione a qualsiasi livello. Quando l'emergenza finirà, posto che a nessuno è dato il dono di prevedere il futuro, occorrerà ripensare ad una scelta più oculata delle nostre classi dirigenti ed alla possibilità di dirottare le scelte di vita ed anche del mercato. Scegliere cosa mangiare, cosa indossare, quali locali frequentare, come decidere le nostre abitudini, quelle delle modalità di lavoro, significa orientare le scelte di vita, che per definizione non possono che tramutarsi in scelte economiche e quindi politiche.

Sostenere, pertanto, l'umanità, la forza e l'operatività di soggetti, *profit* e *non-profit*, da sempre attenti ai bisogni sociali delle comunità di riferimento (cooperative, istituzioni mutualistiche, associazioni, imprese sociali), significa anche investire il capitale privato in operazioni di impatto sociale, la cui misurazione può tenere conto della sostenibilità economica, della promozione dell'imprenditorialità, della democrazia e inclusività della *governance*, della partecipazione dei lavoratori, della resilienza occupazionale, delle relazioni con la comunità e il territorio, delle conseguenze sulle politiche pubbliche¹⁰.

Il modello dell'innovazione sociale è stato già in parte delineato nella Strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva. Con la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Investire nel settore sociale a favore della crescita e della coesione, in particolare attuando il Fondo sociale europeo nel periodo 2014-2020*, è stata individuata la strategia dello sviluppo delle forme di investimento sociale, attraverso le imprese sociali e gli interventi in favore di attività imprenditoriali in ambito sociale.

Da qui, l'invito agli Stati a favorire l'accesso delle imprese sociali al finanziamento (tramite i Fondi per l'imprenditoria sociale europea); a studiare le possibilità di ricorrere a nuovi strumenti finanziari; ad elaborare forme di obbligazioni ad impatto sociale idonee a favorire «la partecipazione di capitali privati al finanziamento di programmi sociali in cambio di vantaggi finanziari ottenuti presso il settore pubblico» ove il programma ottenga risultati sociali positivi¹¹.

Gli strumenti della finanza a impatto sociale, quindi, potrebbero costituire la risposta più adeguata alla progressiva diminuzione del finanziamento pubblico al Terzo settore, alla crescente esigenza di innovazione sociale, alle possibilità di implementazione dei settori *profit* e *no profit* attraverso l'impiego di capitali privati nell'imprenditoria sociale al fine di bilanciare, e senza escludere, impatti sociali positivi e rendimenti economici, comportamenti degli *stakeholder* tradizionali dell'impresa sociale (lavoratori e donatori, di lavoro volontario e di apporto economico-finanziario) e comportamenti di finanziatori disposti ad investire capitale di rischio).

Nell'ambito della *finanza ad impatto sociale* (o *Impact Investing*) è compreso un insieme di strumenti e di strategie di investimento aventi l'obiettivo di allocare risorse economiche e finanziarie in progetti, imprese e fondi volti a perseguire scopi sociali compatibili con il rendimento economico da assicurare agli investitori, così generando una duplice finalità: creare elementi positivi nella vita dei beneficiari destinatari dell'intervento e di generare rendimenti positivi per gli investitori.

¹⁰ S. ZAMAGNI, P. VENTURI, S. RAGO, *Valutare l'impatto sociale. La questione della misurazione nelle imprese sociali*, in *Impresa Sociale* (<http://www.rivistaimpresasociale.it/>), n. 6/2015, 13-15.

¹¹ Comunicazione 20.2.2013 COM(2013) 83 final, 21.

La *finanza ad impatto sociale* è quella che «sostiene investimenti legati ad obiettivi sociali misurabili in grado, allo stesso tempo, di generare un ritorno economico per gli investitori»; essa «si genera dall'intenzionalità di collocare attivamente risorse finanziarie in progetti, imprese e fondi di investimento che generano benefici sociali compatibili con il rendimento economico da assicurare all'investitore».

Nel nascente mercato dell'*impact investing* si sta tentando di elaborare una definizione comune di finanza ad impatto sociale, declinata bilanciando le tre componenti dello stesso, del livello di rendimento e del livello di rischio in capo all'investitore.

Sintetizzando, l'*impact investing* «è un'attività di investimento in imprese, organizzazioni e fondi che operano con l'obiettivo di generare un impatto sociale misurabile e compatibile con un rendimento economico». Questa attività si distingue per l'intenzionalità dell'investitore di generare un impatto sociale; l'aspettativa di un rendimento economico che motiva l'investitore; la flessibilità del tasso di rendimento atteso che può posizionarsi al di sotto del livello medio di mercato o allinearsi ai rendimenti di mercato; la varietà degli strumenti finanziari utilizzati e delle forme di intervento che spaziano dal debito all'*equity* puro; la misurabilità dell'impatto, fondamentale per assicurare trasparenza e *accountability*¹².

Le nuove tipologie di finanza sociale potrebbero costituire uno strumento privilegiato a supporto delle tecnologie informatiche in correlazione ai bisogni sociali del territorio di riferimento, in tal modo potenziando le innovazioni sociali e lo sviluppo tecnologico, ma adeguandoli alle concrete esigenze della comunità di destinazione.

Ancora, le nuove forme di imprenditorialità sociale possono costituire una soluzione efficiente ed efficace per la conservazione e la gestione di alcuni beni della collettività, comunque garantendo sia l'accesso universale che il carattere economico-imprenditoriale delle relative prestazioni. Ovviamente, occorrerà distinguere le imprese sociali propriamente intese (per le quali si pone il bilanciamento tra la loro indipendenza ed autonomia caratterizzanti il loro profilo identitario, comunque orientato allo scopo ideale, e la stessa possibilità di ricorrere agli strumenti della finanza di impatto), da tutti quegli operatori che potrebbero avvalersi degli innovativi strumenti di finanziamento del Terzo Settore (credito tradizionale e mutualistico, *crowdfunding*, *equity crowdfunding*, *crowdlending*, *social lending*, *titoli di solidarietà*, *green bond*, *social bond*, *social impact bond*, *mini bond*).

5. Per quel che concerne il quadro normativo di riferimento, non esiste una disciplina che regolamenti la finanza ad impatto sociale; un primo riferimento normativo cui poterla accostare è quello con la finanza etica e socialmente responsabile. L'art. 117-ter del Testo Unico della Finanza¹³ (*disposizioni in materia di finanza etica*) stabilisce che la CONSOB, previa consultazione di tutti i soggetti interessati e sentite le Autorità di vigilanza competenti, determina con proprio regolamento gli specifici obblighi di informazione e di rendicontazione cui sono tenuti i soggetti abilitati che promuovono prodotti e servizi qualificati come etici o socialmente responsabili.

Non è prevista una codificazione di prodotto finanziario etico o socialmente responsabile, che pure potrebbe valere sia nell'ipotesi di prodotti bancari che assicurativi, limitandosi, l'articolo, alla previsione di specifici obblighi di informazione e di rendicontazione, e quindi di trasparenza informativa e di responsabilità.

¹² *La finanza che include: gli investimenti ad impatto sociale per una nuova economia. Rapporto Italiano della Social Impact Investment Task Force - ambito G8, 24-25.*

¹³ D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* (TUF).

Oltre alla normativa in materia di contrattualistica pubblica, altre normative utilizzabili, seppure in un contesto di adattamento, sono il d.lgs. n. 112/2017 (*disciplina in materia di impresa sociale*) e il d.lgs. n. 117/2017 (*Codice del Terzo settore*), entrambi attuativi della legge delega n. 106/2016.

Sintetizzando all'essenziale, possono essere menzionati:

l'art. 20 del d.lgs. n. 50/2016 che prevede, relativamente all'opera pubblica realizzata a spese del privato, che il Codice non si applichi nel caso in cui un'amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici (fermo restando il rispetto dell'articolo 80). L'amministrazione, prima della stipula della convenzione, valuta che il progetto di fattibilità delle opere da eseguire (con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate e lo schema dei relativi contratti di appalto presentati dalla controparte) sia rispondente alla realizzazione delle opere pubbliche. La convenzione dovrebbe disciplinare anche le conseguenze, in caso di inadempimento, comprese anche eventuali penali;

l'art. 143, prevede la possibilità di affidamento riservato alle organizzazioni del Terzo settore. Le stazioni appaltanti possono riservare a talune organizzazioni, aventi determinati requisiti, il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali; ma tali affidamenti devono soddisfare tutte le seguenti condizioni:

a) l'organizzazione deve avere come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi oggetto dell'affidamento;

b) i profitti dell'organizzazione devono essere reinvestiti, al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione;

c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati;

d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non deve aver aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione negli ultimi tre anni.

Il contratto può avere una durata massima di tre anni.

Oltre alle procedure disciplinate dal Codice, si potrebbe fare riferimento alle ulteriori e seguenti modalità:

- autorizzazione/accreditamento (deliberazione ANAC n. 966/2016);

- co-progettazione (deliberazione ANAC n. 32/2016, legge n. 328/2000; D.P.C.M. 30 marzo 2001), quale forma funzionale alla risoluzione di "specifiche problematiche sociali" tramite interventi "innovativi e sperimentali");

- convenzioni dirette con associazioni.

Tra gli strumenti finanziari, possono infine annoverarsi i titoli di solidarietà e le attività di *social lending* (rispettivamente, articoli 77 e 78 del Codice del Terzo settore). I titoli di solidarietà sono obbligazioni, altri titoli di debito, certificati di deposito, che gli istituti di credito possono emettere allo scopo di raccogliere denaro, ma con l'obbligo di impiegare il capitale raccolto per finanziare le attività istituzionali degli enti del Terzo settore iscritti presso il relativo registro unico nazionale.

Il *social lending* (prestito sociale) è una forma di prestito finanziario tra privati¹⁴ attraverso il quale una pluralità di soggetti può richiedere ad una pluralità di potenziali finanziatori l'erogazione di fondi rimborsabili, tramite piattaforme *on-line*, da investire in un progetto.

Gli strumenti di finanza sociale, quindi, rappresentano modalità innovative di finanziamento e potrebbero generare interventi volti ad un potenziamento dei sistemi di *welfare* territoriale,

¹⁴ BANCA D'ITALIA, *Provvedimento dell'8 novembre 2016*.

attraverso logiche di relazione tra una pluralità di attori, programmi di intervento mirati ed adeguati ai contesti locali di riferimento.

Sullo sfondo di questo sistema, che ovviamente attende di essere implementato, rimane di fondamentale rilievo il ruolo dei controlli; esso dovrebbe declinarsi sia sotto il profilo della vigilanza che gli enti devono svolgere al fine di garantire gli *standard* di qualità necessari dei servizi offerti ai fruitori, sia sotto il profilo della verifica della gestione dell'intero meccanismo di collaborazione pubblico/privato realizzato. E, inoltre, sempre gli enti pubblici devono poter prevedere le sanzioni e i meccanismi sostitutivi nei casi di inadempimento, nonché adeguati strumenti di prevenzione delle forme corruttive che potrebbero insinuarsi nei sistemi di collaborazione e di partenariato pubblico/privato.

Da qualche tempo le pratiche di collaborazione finalizzate alla produzione di beni e servizi al livello territoriale sono oggetto di rinnovato interesse e sotto diversi ambiti materiali (sia in relazione a quelli di disciplina coinvolti, sia per la molteplicità delle forme di partenariato pubblico-privato, fino ad arrivare ai nuovi istituti finanziari). La crescente attenzione verso queste tipologie di strumenti, importati da altri modelli, ed in assenza di normative specifiche di regolamentazione, comporterà che, nella combinazione tra innovazioni nel settore delle politiche pubbliche, amministrazione collaborativa e condivisa, strumenti di finanza, impatto sociale, si potrà ragionare su un rinnovato ruolo delle amministrazioni territoriali, che potranno rispondere ai bisogni e di servizi sociali attraverso politiche e strumenti adeguati alle peculiarità economiche e strutturali proprie del tessuto territoriale e sociale di riferimento.

Questo sistema, sebbene sinteticamente descritto, ma con l'impegno che possa essere ulteriormente sviluppato, potrebbe essere normato con sistematicità, in quanto potenzialmente idoneo a far fronte alla crescente domanda di prestazioni sociali, attraverso il coordinamento tra enti e la sempre più necessaria sinergia pubblico-privata¹⁵. Utilizzare le mappature dei bisogni unitamente alle risorse attivabili sul territorio, elaborare progettualità e risposte volte a valorizzare le capacità e le risorse territoriali, implementare il ruolo del Terzo settore al servizio della persona, implicano una scelta culturale e di sistema, esercitabile entro i limiti costituzionali e sotto la indefettibile attività di controllo del potere centrale.

¹⁵ L. GORI, *Dall'impresa sociale alle "imprese sociali". La problematica pluralità di modelli normativi di impresa sociale nella riforma del Terzo settore*; A. BERNARDONI-G. MAROCCHI, *Social Impact Bond, payment by results e imprese sociali: un'analisi critica*; M. BAGGIO-V. CECCHINI MANARA-L. SACCONI, *L'impatto della finanza a impatto sociale: uno studio sulla relazione tra strumenti finanziari, forma di governance e motivazioni*, tutti in *IRIS Network*, XII Colloquio Scientifico sull'impresa sociale, 25-25 maggio 2018, Dipartimento di Sociologia e Ricerca Sociale, Università degli Studi di Trento; V. CHIODO - F. GERLI, *Domanda e offerta di capitale per l'impatto sociale: una lettura eco sistemica del mercato italiano*, in *Impresa Sociale* (<http://www.rivistaimpresasociale.it/>), 10/2017; G. CISTERNINO, *Gli strumenti finanziari e la finanza sociale alla luce della riforma del terzo settore*, in *Impresa Sociale* (<http://www.rivistaimpresasociale.it/>), 10/2017; R. CARÈ-R. CARIDÀ-G. FERRARO-A. RIZZELLO-A. TROTTA, *The use of Payment by Results in Healthcare: a Review and a Proposal*, in La Torre M., Calderini M. (Eds), *Social Impact Investing beyond the SIB. Evidence from the Market*, 'Palgrave Studies In Impact Finance', 1st Ed. 2018. Palgrave MacMillan 2018; B. AGOSTINELLI, *L'«autonoma iniziativa» dei privati nell'economia solidale. Nuove prospettive della sussidiarietà*, Napoli, 2018; A. MAZZULLO, *Diritto dell'imprenditoria sociale. Dall'impresa sociale all'impact investing*, Torino, 2019.

ELENA BINDI

**La delimitazione dei confini del *ne bis in idem*:
dall'automatismo alla discrezionalità del giudice**

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I più recenti orientamenti della Corte di Lussemburgo e della Corte di Strasburgo. 3. L'introduzione in via legislativa di un meccanismo di compensazione sanzionatoria per i reati di *market abuse* nell'ordinamento italiano (d. lgs. n. 107 del 2018). 4. I più recenti interventi dei giudici nazionali. 5. (*segue*) Le ricadute interpretative del meccanismo di compensazione sanzionatoria. 6. La sentenza *Nodet* della Corte EDU: la *close connection* nei procedimenti sanzionatori in tema di *market abuse*. 7. La sentenza n. 222 del 2019 della Corte costituzionale: ancora sul doppio binario sanzionatorio. 8. Il realismo delle Corti: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice.

1. Premessa

La previsione di sanzioni amministrative di indubbia valenza afflittiva è divenuta ormai una scelta costante dei legislatori di numerosi Stati europei. Tali sanzioni molto spesso continuano a "coabitare" con sanzioni penali, applicabili agli stessi soggetti per i medesimi fatti, con proliferazione di sistemi di doppio binario sanzionatorio.

L'ambito dei confini applicativi del *ne bis in idem* è stato pertanto oggetto, negli ultimi anni, di un ampio dibattito dottrinale che ha fatto seguito a rilevanti interventi giurisprudenziali, sia a livello interno che sovranazionale e internazionale¹. Le ormai famose sentenze della Corte EDU e della Corte di giustizia UE in materia, che si sono succedute nel tempo, sono ampiamente conosciute e commentate, per cui mi limiterò solamente a richiamarle per affrontare approfonditamente le evoluzioni giurisprudenziali più recenti.

A livello normativo europeo, sia internazionale che sovranazionale, il divieto di *bis in idem* è disciplinato, come è noto, sia nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU), sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi CDFUE).

In particolare, l'art. 4 del protocollo 7, alla CEDU, «Diritto di non essere giudicato o punito due volte» prevede, nei primi due commi, che «1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta».

L'art. 50 della CDFUE, «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato», più stringatamente, prevede che: «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

In base alla clausola di equivalenza, prevista nell'art. 52, par. 3, CDFUE, laddove i diritti garantiti dalla Carta europea corrispondano a quelli tutelati nella CEDU, come appunto il divieto di *bis in idem*

¹ Per un approfondito *excursus* sull'evoluzione normativa, giurisprudenziale e dottrinale del principio del *ne bis in idem* a livello nazionale e europeo cfr. P. COSTANZO - L. TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2015/III, 860 ss.

«il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione», salvo che «il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

Sorge quindi il quesito se il principio del *ne bis in idem* come interpretato dalla Corte di Strasburgo si applichi direttamente negli Stati membri dell'Unione europea.

2. I più recenti orientamenti della Corte di Lussemburgo e della Corte di Strasburgo

Per rispondere a questo quesito bisogna ricordare che il problema si è posto soprattutto dopo la sentenza *Grande Stevens*², nella quale la Corte EDU ha censurato il doppio binario sanzionatorio.

In particolare, la Corte europea ha preliminarmente riconosciuto il carattere penale delle sanzioni pecuniarie della Consob sulla base di tre criteri (i c.d. criteri *Engel*³), peraltro alternativi e non cumulativi (è quindi sufficiente che ve ne sia uno dei tre perché la sanzione possa essere qualificata come penale)⁴. Questi criteri sono 1) la qualificazione giuridica della misura secondo il diritto nazionale, 2) la natura stessa di quest'ultima e 3) il grado di severità della sanzione.

Dopo aver riconosciuto il carattere penale delle sanzioni Consob, nonostante la loro qualificazione giuridica come sanzioni amministrative⁵, la Corte ha censurato non solo il cumulo tra sanzioni penali e amministrative punitive (*ne bis in idem* sostanziale), ma anche il doppio binario sanzionatorio, evidenziando come la carenza di un meccanismo di interruzione del secondo

²Cfr. Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, ricc. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e a. c. Italia*. Sulla sentenza *Grande Stevens*, v. ex multis, M. MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di "market-abuse"*, in *Giur. cost.*, 2014, 2942 ss.; A. LANZAFAME, *Il ne bis in idem vale anche per le sanzioni amministrative di natura afflittiva: la Corte di Strasburgo conferma l'approccio sostanzialistico e traccia la strada per il superamento del "doppio binario"*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 20 giugno 2014, 2/2014; G. M. FLICK - V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? («Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. soc.*, 2014, 953 ss.; G. ABBADESSA, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio "ne bis in idem"*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 546 ss.; M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale di diritto amministrativo* 2014, 1053 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La natura delle sanzioni CONSOB, le esigenze dell'equo processo e il ne bis in idem nella Convenzione europea dei diritti umani*, in E. DESANA, P. MONTALENTI, M. SALVADORI (a cura di), *Ne bis in idem e procedimento sanzionatorio CONSOB al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, 2016, 15 ss. B. BARMANN, *Dopo il caso Grande Stevens: la via italiana al giusto procedimento*, in *Giornale di diritto amministrativo* 2017, 306 ss.

³Cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, ricc. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, il par. 82. Sui criteri *Engel* v. P. COSTANZO-L. TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, cit., 864 ss.

⁴Cfr. Corte EDU, *Lutz c. Germania*, 25 agosto 1987, serie A n. 123), anche se ciò non ha impedito alla Corte di adottare un approccio cumulativo laddove un'analisi separata dei criteri stessi non consentisse di concludere per la sussistenza di un'"accusa in materia penale" (Corte EDU, *Grande camera, Jussila c. Svezia*, ric. n. 73053/01, 23 novembre 2006). Sono stati ritenuti "sostanzialmente" penali illeciti amministrativi (si v. ad esempio Corte EDU, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79, *Öztürk c. Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1985, 894 ss., con nota di C. E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" e una svolta radicale), illeciti tributari (recentemente, Corte EDU, IV Sez., 20 maggio 2014, ric. n. 11828/11, *Nykänen c. Finlandia*) e illeciti disciplinari (Corte EDU, 28 giugno 1984, ric. nn. 7819/77, 7878/77, *Campbell e Fell c. Regno Unito*). Sul punto v. C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione)*, Padova, CEDAM, 2001, 125 ss.; J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the UE*, in *Utrecht Law Review* (<https://www.utrechtlawreview.org/>), 2013, 9, 211 ss.

⁵Nella sentenza *Grande Stevens*, con riferimento all'illecito amministrativo di "manipolazione del mercato", la Corte EDU al fine di accertare la natura sostanzialmente penale, ha tenuto conto sia della natura dell'illecito, sia della gravità e della natura delle sanzioni (parr. 94-101).

procedimento instaurato, dopo che il primo si sia concluso con pronuncia definitiva, a fronte dell'identità dei fatti (*ne bis in idem* processuale), determini la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7.⁶

Anche la Corte di giustizia, appena un anno prima nel famoso caso *Fransson*,⁷ si era pronunciata sul medesimo tema del divieto di *bis in idem* e sull'ambito di applicabilità dell'art. 50 della CDFUE⁸. In questa occasione, aveva affermato che il *ne bis in idem* ex art. 50 non impedisce ad uno Stato membro di cumulare sanzione fiscale e penale, sempre che la sanzione fiscale non celi una natura penale da accertare in concreto mediante l'applicazione dei criteri *Engel*. In altre parole, la Corte di giustizia non esclude in via generale la combinazione di sanzioni fiscali e penali, ma richiede ai giudici di verificare in concreto la natura della sanzione fiscale, alla luce dei criteri fissati dalla giurisprudenza della Corte EDU, per impedire l'applicazione di una doppia sanzione penale irrogata per i medesimi fatti, in violazione del principio del *ne bis in idem*.

Se è vero pertanto che entrambe le Corti applicano i criteri *Engel* per verificare la natura penale della sanzione amministrativa, non accontentandosi della qualificazione della sanzione come amministrativa, la Corte EDU, una volta ravvisato che in uno stato membro un soggetto è sottoposto al doppio binario sanzionatorio, ordinava la cessazione del secondo procedimento.

La Corte di giustizia invece sembrava prevedere, oltre ai tre criteri *Engel*, un ulteriore criterio di verifica della natura penale della sanzione amministrativa, che finiva per immettere un nuovo elemento di valutazione della sussistenza del doppio binario sanzionatorio: il giudice non potrà proseguire nel secondo procedimento solo se già la prima sanzione irrogata sia effettiva, proporzionata e dissuasiva, in modo da non compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta di

⁶ Con specifico riguardo all'"identità del fatto", cioè all'"*idem*", la Corte richiede che tale valutazione sia effettuata in concreto e non in relazione agli elementi costitutivi dei due illeciti (*l'idem factum* e non *l'idem legale*), ravvisando l'identità del fatto allorquando, da un insieme di circostanze fattuali, i due giudizi riguardino lo stesso accusato in relazione a situazioni inestricabilmente collegate nel tempo e nello spazio. Come affermato a partire dal caso *Zolotoukhine c. Russia*, (Corte EDU, Grande Chambre, 10 febbraio 2009, ric. n. 14939/03, *Serguei Zolotoukhine c. Russie*), la nozione di *idem* è intesa dalla Corte EDU come *idem factum*: «*l'article 4 du Protocole no 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde «infraction» pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes*» (par. 82). Il divieto di *bis in idem* trova dunque operatività ogni qualvolta due procedimenti "sostanzialmente" penali abbiano ad oggetto «*faits qui constituent un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace, l'existence de ces circonstances devant être démontrée pour qu'une condamnation puisse être prononcée ou que des poursuites pénales puissent être engagées*» (par. 84). Con riferimento al divieto di un secondo giudizio (il c.d. "*bis*"), come specificato la Corte EDU, «l'articolo 4 del Protocollo n. 7 enuncia una garanzia contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni», e non si limita a sancire «il divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione». Il divieto scatta dunque nel momento d'inizio del nuovo procedimento, quando vi è già un precedente passato in giudicato, non importa se di assoluzione o di condanna (v., ad es., Corte EDU, 3 ottobre 2002, ric. n. 48154/99, *Zigarella c. Italia*; Id., 30 aprile 2015, *Kapetanios e a c. Grecia*, ric. nn. 3453/12, 42941/12 et 9028/13). Con riferimento al reato di manipolazione del mercato v. C. E. PALIERO, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Atti del Convegno a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, Giuffrè, 2010, 65 ss.; F. MUCCIARELLI, *Art. 185*, in M. FRATINI, G. GASPARRI (a cura di), *Il testo unico della finanza*, III, Torino, Utet, 2012, 2396 ss.; Id., *Tutela dei mercati finanziari e cumulo sanzionatorio*, in M. DONINI, L. FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 275 ss.

⁷ CGUE, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

⁸ Il caso era originato da una questione pregiudiziale rinviata dall'autorità giudiziaria svedese e sorta durante un procedimento penale per frode fiscale aggravata a carico del signor Fransson, già condannato definitivamente al pagamento di una sovrattassa di natura fiscale per il medesimo fatto di inadempimento degli obblighi dichiarativi in materia di IVA. Il giudice svedese dubitava della legittimità del doppio binario sanzionatorio alla luce sia degli artt. 4 Prot. n. 7 CEDU, il parametro applicato dalla Corte EDU nel caso *Grande Stevens*, sia dell'art. 50 CDFUE, sopra richiamato. Sul concorso tra le Carte nazionali e europee in tema di *ne bis in idem*, cfr. F. CASSIBBA, *I limiti oggettivi del ne bis in idem tra fonti nazionali ed europee (2018)*, in *Revista Brasileira d(e) Dereito Processual Penal* (<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/index>), 2018, vol. 4, n. 3, 953 ss.

diritti UE, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Altrimenti, il cumulo tra sanzioni, penale e amministrativa (ancorché avente natura penale), potrà pur esserci, ma la misura sanzionatoria residuale dovrà essere contenuta nel limite necessario ad assicurare l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività della sanzione prevista dal diritto UE⁹.

In sintesi, alla Corte di Strasburgo interessava, al fine di assicurare il rispetto della Convenzione, che gli Stati membri non prevedessero, al loro interno, il doppio binario sanzionatorio. Alla Corte di Lussemburgo, invece, interessava assicurare l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività della sanzione prevista dal diritto UE e all'interno di questa direttrice ricostruivano il divieto di *bis in idem* previsto nell'art. 50 CDFUE.

È da questa diversità di approccio iniziale fra le due Corti al medesimo tema, indubbiamente frutto del diverso ordinamento di riferimento, che bisogna pertanto ripartire per rispondere al quesito se il principio del *ne bis in idem*, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, si applica direttamente negli Stati membri dell'Unione europea, in forza della clausola di equivalenza, prevista nell'art. 52, par. 3, CDFUE.

Domanda, del resto, che gli stessi giudici italiani (Cassazione e Tribunale di Bergamo) hanno posto alla Corte di giustizia¹⁰, prima che la Corte EDU ritornasse sui suoi passi con la sentenza *A e B c. Norvegia*¹¹.

Secondo questa decisione non si avrebbe violazione del *ne bis in idem* convenzionale quando tra i due procedimenti sanzionatori, penale ed amministrativo, esista una «*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*» (c.d. *close connection*). Tale connessione si verifica se i giudizi perseguono scopi differenti e se valutano aspetti diversi della medesima condotta illecita (nel caso di specie, il procedimento penale esaminava anche l'elemento delle frode, non rilevante in quello amministrativo)¹²; se sussiste la concreta prevedibilità di una doppia procedura sanzionatoria quale

⁹ Cfr. il par. 36 della sent. *Fransson*, cit.; sul punto v. D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), fasc. 3/2013, 297 ss. Del resto, la direttiva 2003/6/CE, *Market Abuse Directive: MAD*, prescriveva l'adozione di sanzioni amministrative e la possibilità di irrogare anche sanzioni penali, al fine di assicurare l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività della sanzione prevista dal diritto UE. Sulle ricadute dalla produzione giuridica dell'Unione europea nell'ordinamento penale italiano v. C.E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2013, 1 ss.; A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, ESI, 2015, 1 ss.

¹⁰ Cfr. Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, *Menci* (C-524/15), in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), con osservazioni di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, 28 settembre 2015; Cass., Sez. trib. civ., ord. 20 settembre 2016, n. 20675, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 17 ottobre 2016, con osservazioni di F. VIGANÒ, *A never ending story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*; Cass. civ., Sez. II, ord. 15 novembre 2016, n. 23232, *Di Puma c. Consob*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 28 novembre 2016, con osservazioni di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*; Cass. civ., Sez. II, ord. 23 novembre 2016, *Consob c. Zecca*

¹¹ Corte EDU, Grande Camera, sent. 15 novembre 2016, ric. nn. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*, sulla quale cfr. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 18 novembre 2016; A. LONGO, F.M. DI STEFANO, *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 28 giugno 2017; G. CALAFIORE, *La sentenza A e B c. Norvegia della Corte di Strasburgo ridimensiona la portata del ne bis in idem*, in *European papers, a journal on law and integration* (<http://www.europeanpapers.eu/en/content/european-papers>), 18 aprile 2017, 2/2017, 243ss.; A. PERRONE, *Il criterio della "sufficiently close connection" ed il suo rapporto con il principio del ne bis in idem sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2018, n. 3, 1127 ss.; G. ANGIOLINI, *Una questione irrisolta: il ne bis in idem "europeo" e l'Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2109 ss.; L. TRUCCO, *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, 2017, I, 173 ss.

¹² Cfr. i parr. 132 e 144 della sent. *A e B c. Norvegia*. Nel par. 144 si sottolinea che nel sistema norvegese le sanzioni amministrative tributarie hanno finalità sia di *deterrenza*, sia di *compensazione* degli sforzi, umani e finanziari, che

conseguenza del comportamento vietato; se non sussiste duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove, in particolare attraverso una «adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento»; se è previsto un meccanismo di compensazione atto ad assicurare che le sanzioni complessivamente irrogate siano *proporzionate*, in modo da evitare che il soggetto sanzionato sopporti un onere eccessivo¹³.

Sotto il profilo temporale, invece, il requisito della «*sufficiently close connection*» può dirsi soddisfatto quando tra i due procedimenti vi sia anche un nesso di natura cronologica, senza però che debbano per forza procedere parallelamente dall'inizio alla fine. Il loro svolgimento, peraltro, deve, dal punto di vista temporale, essere «*sufficientemente vicino*», altrimenti il soggetto sanzionato verrebbe a subire un pregiudizio sproporzionato in quanto esposto a uno stato di perenne incertezza, ritardi e eccessiva durata nel tempo dei procedimenti¹⁴.

Dalla sentenza *A e B* deriverebbe quindi che gli Stati membri possono prevedere un doppio binario sanzionatorio, purché conforme ai criteri in cui si articola la *close connection*, tra i quali la proporzionalità.

Peraltro, questa sentenza riguardava il cumulo tra una sanzione amministrativa tributaria e una sanzione penale; diverso, ben si sa, è il caso di cumulo tra sanzione Consob per *market abuse* e sanzione penale.

Forte del *revirement* della Corte EDU, la Corte di Giustizia ha dunque risposto al quesito su quanto sia vincolante l'interpretazione data dalla Corte EDU (o, più precisamente, se in forza della clausola di equivalenza il principio del *ne bis in idem* come interpretato dalla Corte di Strasburgo si applichi direttamente negli Stati membri dell'Unione europea), con tre sentenze pronunciate nello stesso giorno. Si tratta di tre sentenze che riguardano questioni diverse: una concerneva la legittimità del cumulo di sanzioni penali ed amministrative in materia fiscale -evasione di IVA- (sentenza *Menci*); le altre due riguardavano la legittimità del cumulo della sanzioni penale ed amministrativa per abuso di informazioni privilegiate e per manipolazione del mercato -in questi ultimi casi la sanzione amministrativa era stata inflitta dalla Consob- (sentenze *Garlsson* e *Di Puma e Zecca*)¹⁵. E la conclusione cui è giunta la Corte di Giustizia è che nonostante i diritti fondamentali

l'amministrazione fiscale deve affrontare, nell'interesse dell'intera collettività, per scoprire e sanzionare le evasioni fiscali, viceversa quelle penali hanno finalità *esclusivamente punitiva* della condotta antisociale.

¹³ Cfr. il par. 132 della sent. *A e B c. Norvegia*, cit.

¹⁴ Cfr. il par. 134 della sent. *A e B c. Norvegia*, cit., dove la Corte specifica che «più flebile è la connessione temporale, maggiore è l'onere per lo Stato di chiarire e giustificare il ritardo riconducibile alle modalità di svolgimento dei procedimenti». La Corte Edu, dunque, seguendo il suggerimento della Corte suprema norvegese e riallacciandosi ad alcuni precedenti in materia di ritiro della patente, ha superato quanto affermato nella sentenza *Grande Stevens*. Anzi sembra addirittura andata oltre il suggerimento della Corte suprema norvegese, quando ha ritenuto la connessione sussistere anche qualora il secondo procedimento inizi dopo la conclusione del primo, purché il soggetto non subisca un pregiudizio sproporzionato derivante da un perdurante stato di incertezza processuale. Così F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, (www.penalecontemporaneo.it), 18 novembre 2016; E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 23 dicembre 2016, 8.

¹⁵ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*. Al riguardo, cfr. M. MERSINI, *Applicazione ed evoluzione del principio del ne bis in idem: il revirement della Corte EDU e il decum della Corte di Giustizia nelle cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate e a. (C-537/16) e Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, fasc. 1/2018; E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018, 207 ss. E. DESANA, *Ne bis in idem: l'infinito dialogo fra Corti e legislatore*, in *Giur. it.*, febbraio 2019, 348 ss. In particolare, sulla sentenza *Garlsson*, v. E. BINDI, A. PISANESCHI, *La Corte di Giustizia: il doppio binario nei reati di market abuse è illegittimo e l'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), fasc. 2/2018, 14 luglio 2018, 1 ss.

riconosciuti dalla CEDU facciano parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, e sebbene la clausola di equivalenza disponga che i diritti in essa contemplati hanno lo stesso significato e la stessa portata di quelli conferiti dalla Convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione Europea non vi abbia aderito, un atto formale dell'Unione Europea.

Inoltre, l'art. 52, par. 3, della Carta (CDFUE) intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU «*senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*». E ciò è sufficiente alla Corte per affermare che «*di conseguenza l'esame della questione sollevata deve essere condotto alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta e in particolare del suo articolo 50*» (par. 26 sentenza *Garlsson*).

La Corte di Giustizia ha invece incentrato la motivazione sulla garanzia della proporzione complessiva delle pene cumulativamente irrogate per lo stesso fatto: affinché il principio di proporzionalità sia rispettato occorre che gli oneri risultanti dal cumulo sanzionatorio siano limitati allo stretto necessario per garantire l'obiettivo di interesse generale. E dunque occorrono norme che assicurino un coordinamento tra i due procedimenti, nonché «*l'obbligo per le autorità competenti, in caso di irrogazione di una seconda sanzione, di assicurarsi che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte non ecceda la gravità del reato accertato.*» (par. 56 sent. *Garlsson*)¹⁶.

Strumenti di coordinamento tra i due giudizi, sia *ex ante* che *ex post* sono difatti necessari per evitare il *bis in idem* e questa affermazione costituisce una novità rispetto alla precedente, più generale, sentenza *Fransson*.

La sentenza *Garlsson* ha quindi censurato il sistema del doppio binario in materia di abusi di mercato, che, nel testo previgente dell'art. 187-terdecies¹⁷, disciplinava la compensazione sanzionatoria soltanto tra sanzioni di tipo pecuniario¹⁸, non incidendo in alcun modo sul cumulo tra pene eterogenee, -sanzione amministrativa pecuniaria e pena detentiva- che avrebbe potuto determinare un trattamento punitivo sproporzionato e quindi una violazione del divieto di *bis in idem*. Non vi era, infatti, nessuna norma di coordinamento tra la pena della reclusione e la sanzione amministrativa "punitiva"¹⁹ tendente a garantire che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte fosse «*limitato a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione*» (par. 60 sentenza *Garlsson*)²⁰. E pertanto, il coordinamento *ex post* non era assicurato dall'ordinamento e quindi non vi era garanzia sulla proporzionalità della sanzione.

Infine, per una analisi approfondita della sentenza *Menci v. P. I. D'ANDREA, Ne bis in idem e repressione delle omissioni dei versamenti IVA: le indicazioni della Corte di Giustizia UE per i Giudici nazionali. Nota a CGUE, 20 marzo 2018, C-524/15*, Luca Menci, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), fasc. 2/2018, 20 maggio 2018; N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di ne bis in idem*, in *Eurojus.it* (<http://eurojus.it/>), 2018; F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice europolitano*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 949 ss.

¹⁶ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, cit.

¹⁷ Prima quindi della riforma avvenuta con il d. lgs n. 107 del 2018, sulla quale v. *infra* il paragrafo 3.

¹⁸ Prevedeva cioè un coordinamento solo tra pene pecuniarie, e pertanto, nel caso di applicazione di una sanzione penale pecuniaria e di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, l'esazione della prima era limitata alla parte eccedente l'importo della seconda.

¹⁹ Cioè formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale, e quindi afflittiva, o "punitiva" come preferisce definirla la Corte costituzionale: cfr. Corte cost., sent. n. 63 del 2019. Sulla quale cfr. M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 2 aprile 2019); G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Corte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze n. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 22 maggio 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta opportuna della Corte costituzionale*, *ivi*; E. BINDI - A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni Consob*, in *Giur. comm.*, 2019, fasc. 2.

²⁰ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, cit., dove si legge che «con riferimento al cumulo di sanzioni autorizzato dalla normativa discussa nel procedimento principale, che quest'ultima sembra limitarsi a prevedere, all'articolo 187-terdecies del TUF, che quando per lo stesso fatto sono state

3. L'introduzione in via legislativa di un meccanismo di compensazione sanzionatoria per i reati di market abuse nell'ordinamento italiano (d. lgs. n. 107 del 2018)

Il *revirement* della Corte EDU nella sentenza *A e B c. Norvegia*, con l'introduzione di una clausola di flessibilità qual è la *close connection*, e ancor più l'interpretazione che ne ha dato la Corte di Giustizia, hanno reso senz'altro più difficile il verificarsi in concreto di violazioni al principio del *ne bis in idem*, e questo ha in parte "tranquillizzato" gli Stati membri che si vedevano minacciati dagli automatismi applicativi del *ne bis in idem* per le ricadute sistemiche sugli ordinamenti nazionali. Tale *revirement* non aveva, tuttavia, fatto venir meno in Italia l'esigenza di un intervento legislativo.

Un intervento legislativo era ancor più necessario in attuazione della normativa dell'Unione europea sulla prevenzione degli abusi di mercato²¹ e alla luce dei principi fissati dalla sentenza *Garlsson* della Corte di giustizia del marzo 2018, che aveva evidenziato come nell'ordinamento italiano non vi fosse nessuna norma di coordinamento tra la pena della reclusione e la sanzione amministrativa "punitiva", diretta ad assicurare la proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato²².

applicate una multa e una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, l'esazione della prima è limitata alla parte eccedente l'importo della seconda. Orbene, dal momento che l'articolo 187-terdecies sembra avere ad oggetto solamente il cumulo di pene pecuniarie, e non il cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di una pena della reclusione, risulta che detto articolo non garantisce che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione».

²¹ Cfr. il regolamento U.E. n. 596\2014 sulla prevenzione degli abusi di mercato (*Market abuse*, c.d. regolamento MAR). Tale regolamento ha il fine di determinare un quadro normativo comune in materia di abusi di mercato, prevedendo, tra l'altro, che gli Stati nazionali determinino sanzioni per i casi di abuso di informazioni privilegiate, manipolazioni del mercato, comunicazione illecita di informazioni privilegiate. Sul punto cfr. F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina eurounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 4/2015, 305 ss.; ID., *Riforma penalistica del market abuse: l'attesa continua*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 1/2018, 2 ss. Sul lungo iter normativo che precede l'adozione del d.lgs. n. 107 del 2018, e la difficile attuazione della disciplina eurounitaria da parte del legislatore italiano v. anche E. BASILE, *Verso la riforma della disciplina italiana del market abuse: la legge-delega per il recepimento della Direttiva 57/2014/UE*, in *La legislazione penale* (<http://www.lalegislazionepenale.eu/>), 015; ID., *Riforma del market abuse: quando la topa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), fasc. 11/2017, 228 ss.; ID., *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato? Lo schema del d.d.l. di delegazione europea 2016*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), fasc. 5/2017, 271; M. SCOLETTA, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Le società*, 2016, 218 ss.; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto con gli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 1/2016, 202 ss.

²² Cfr. il par 60 della sentenza *Garlsson*, sul quale v. *supra* il paragrafo n. 2. Del resto, la stessa Corte costituzionale aveva inviato l'ennesimo monito al legislatore italiano, affermando testualmente che ben si possono ancora verificare violazioni del divieto di *bis in idem* «sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedurali. Resta perciò attuale l'invito al legislatore a stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che il sistema del c.d. doppio binario genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU (sent. 102 del 2016)»: così Corte cost., sent. 43 del 2018, punto n. 9 del *Considerato in diritto*, con osservazione di 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* (www.penalecontemporaneo.it), 13 marzo 2018. Su tale sentenza v. anche le osservazioni di F. PEPE, *La Corte costituzionale prende atto della metamorfosi del 'ne bis in idem' europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2018, 520 ss.; A.F. TRIPODI, *Il nuovo ruolo del 'ne bis in idem' costituzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, *ivi*, 530 ss.; A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, nelle sentenze della Corte EDU, alla luce della svolta rappresentata dalla sent. n. 43 del 2018*, in R. ROMBOLI- A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli di esperienze a confronto*, Torino, 2019, 323 ss., spec. 332 ss.; E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, Relazione al Seminario annuale - Il sistema "accentrato" di costituzionalità, Pisa, 25 ottobre 2019, in *Rivista del Gruppo di Pisa*

È intervenuto dunque il legislatore italiano con il decreto legislativo del 10 agosto 2018, n. 107²³, ma limitatamente agli abusi di mercato, modificando diverse disposizioni del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. TUF).

In particolare, l'art. 6, comma 17, del decreto in questione ha sostituito integralmente l'art. 187-terdecies del TUF con un nuovo articolo, intitolato «*applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali ed amministrative*»²⁴, stabilendo, per gli abusi di mercato, alcune regole di coordinamento tra la sanzione penale e la sanzione amministrativa²⁵.

Prima facie, il nuovo art. 187-terdecies sembra rispecchiare il dettato delle sentenze della Corte di giustizia del 20 marzo 2018²⁶. La norma prevede, infatti, che «*l'autorità giudiziaria o la Consob tengano conto, al momento della irrogazione delle sanzioni di propria competenza delle misure punitive già irrogate*». Si tratta di un modello di coordinamento *ex ante*, da effettuarsi quando è stata irrogata una sanzione ma non ancora l'altra, così come in effetti indicato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Del pari, la previsione che «*l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato, ovvero della sanzione amministrativa è limitata alla parte eccedente a quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria*» configura un modello di coordinamento *ex post*, anche in questo caso sollecitato dalla sentenza della Corte di Giustizia.

La "stringatezza" della disposizione pone, tuttavia, non pochi problemi interpretativi, finendo non soltanto per accentuare le preesistenti problematiche, ma creandone di nuove e non meno rilevanti²⁷.

(<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 2019/3, 5 dicembre 2019, 116 ss. In generale per una ricostruzione delle vie esplorate dai giudici italiani per uniformarsi alla giurisprudenza CEDU, sia consentito rinviare a E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 17/2018, 12 settembre 2018.

²³ Cfr. il decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107 pubblicato, il 14 settembre 2018 (con entrata in vigore 29 settembre), «*norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento U.E. n. 596\2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003\6\CE e le direttive 2003\124 UE, 2003\125\CE e 2004\74 CE*». Su tale decreto cfr. F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 10 ottobre 2018; L. ROCCATAGLIATA, *La riforma del diritto sanzionatorio per illeciti finanziari. Guida ragionata al D. lgs. 107/2018*, in *Giurisprudenza Penale* (www.giurisprudenzapenale.com/), 2018, 11; nonché, E. BINDI-A. PISANESCHI, *La soluzione legislativa italiana al problema del doppio binario nel market abuse*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2019, 75 ss.

²⁴ La norma prevede che «*quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187 septies ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato: a) l'autorità giudiziaria o la Consob tengono conto, al momento della irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria.*»

²⁵ Regole di coordinamento richieste dall'art. 8 della legge 25 ottobre 2017, n. 163 (*delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione Europea*). In particolare, il comma 2, lett. f, dell'art. 8 recita, per quanto interessa: «*rivedere l'art. 187-terdecies del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58, prevedendo che l'autorità giudiziaria o la Consob tengano conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate nonché disponendo che l'esecuzione delle sanzioni penali o amministrative aventi la medesima natura*».

²⁶ Corte di Giustizia UE, sentenze *Menci*, cit.; *Garlsson Real Estate e a.*, cit., e *Di Puma e Zecca.*, cit., sulle quali v. *supra* la nt. 15.

²⁷ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, cit. Sul punto anche E. BINDI-A. PISANESCHI, *La soluzione legislativa italiana al problema del doppio binario nel market abuse*, cit., 82.

In primo luogo, il decreto legislativo non disciplina espressamente il cumulo di sanzione amministrativa pecuniaria e sanzione della reclusione e, nonostante questa carenza normativa fosse stata evidenziata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Garlsson*, la riforma non vi ha posto rimedio.

Da qui il primo problema interpretativo concernente la non semplice opera di coordinamento tra i due apparati sanzionatori, amministrativo e penale, in assenza di parametri legali predeterminati: dovendo procedere a valutare la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio irrogato, «*quid iuris* della quota di sanzione pecuniaria applicata in eccedenza rispetto a quella del minimo editale prevista dalla norma incriminatrice (pena stimata equa dal giudice)?»²⁸.

Sembra inverosimile ma nel caso in cui la sanzione pecuniaria amministrativa dovesse essere assai elevata, al punto da eccedere notevolmente rispetto a quella della multa che il giudice penale stimasse adeguata nel concreto, ciò potrebbe determinare la *totale erosione* della pena detentiva.

Anche il secondo problema salta subito agli occhi e discende dal fatto che la norma attribuisce alla Consob un *potere valutativo illimitato* rispetto all'entità di sanzioni definite come sostanzialmente penali. Il decreto legislativo non determina, difatti, né le modalità, né i criteri né i limiti del potere della Consob di "*tenere conto*" della sanzione già irrogata²⁹. E tutto ciò in un contesto in cui, come è ben noto, la Consob può irrogare, in materia di *market abuse*, sanzioni di molti milioni di euro, quindi gravemente afflittive, alle quali sono poi collegate ulteriori sanzioni accessorie che incidono direttamente sui diritti di libertà della persona.

Può un'autorità amministrativa, sottoposta per definizione al principio di legalità, essere legittimamente dotata di un potere discrezionale di questa ampiezza? Tanto più che le sanzioni Consob vengono emanate a seguito di un procedimento amministrativo, caratterizzato da un contraddittorio di tipo verticale, e non a seguito di un procedimento giurisdizionale, corredato delle garanzie di separazione tra attività istruttoria e decisoria, di formazione della prova, di contraddittorio orizzontale che caratterizza questa funzione³⁰.

Un terzo problema interpretativo attiene al *potere valutativo illimitato* rispetto all'entità delle sanzioni penali che viene attribuito all'*autorità giudiziaria*. Anche quest'ultima "*tiene conto*" delle misure punitive già irrogate; e anche qui si può porre il problema se una norma di questa ampiezza sia rispettosa del principio di legalità delle pene di cui all'art. 25 Cost.³¹.

Un quarto problema interpretativo riguarda le *sanzioni interdittive già irrogate dalla Consob*. Con riferimento ad esse si pone il problema se il giudice penale dovrà tenerne conto e, in caso affermativo, come sembra ragionevole, rimane attribuito al *potere valutativo illimitato* del giudice stabilire in base a quali criteri tenerne conto.

²⁸ Così F. MUCCIARELLI, "*Doppio binario*" sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 15 marzo 2019, che sottolinea come «il giudizio penale rischierebbe di ridursi a una sorta di rito che si compie al solo scopo della sua stessa celebrazione (posto che, nell'ipotesi appena congetturata, proprio il tipo di pena alla cui irrogazione è tipicamente volto finirebbe con l'essere non applicabile)».

²⁹ Basti pensare, solo per fare un esempio, che la legge n. 689 del 1981 per evitare una libertà di valutazione dell'amministrazione nell'irrogazione di sanzioni amministrative, prevede una serie di criteri cui la amministrazione deve attenersi per valutare la forbice tra il minimo e il massimo (art. 11 significativamente intitolato «*criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*»).

³⁰ Cfr. E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 79 ss.; S. L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, 241 ss.

³¹ Cfr. M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 17 giugno 2019, 2, secondo il quale, tuttavia si tratta di un «un meccanismo che, per quanto desti non secondarie perplessità di ordine costituzionale nella prospettiva della legalità della pena, assicura nondimeno un vaglio giudiziario di proporzionalità del trattamento punitivo complessivo rispetto al concreto disvalore di ogni fatto oggetto di giudizio».

Un ultimo problema interpretativo concerne i casi in cui il soggetto sanzionato acceda, nel “binario penale”, ad un *rito speciale* avente natura premiale (patteggiamento o rito abbreviato) e consegua in tal modo uno sconto significativo sulla sanzione penale. In questi casi, si può verificare l’ipotesi che il secondo giudice includa lo sconto per il rito nella valutazione della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato. Così facendo, chi ha beneficiato della riduzione di pena per aver aderito al rito speciale viene dapprima premiato con lo sconto di pena e poi costretto a subire una pena maggiore a seguito della valutazione della proporzionalità della sanzione complessiva³².

Molti sono, dunque, i problemi interpretativi che la nuova formulazione dell’art. 187-*terdecies* ha lasciato aperti, ai quali i giudici italiani, come vedremo, hanno cominciato a dare risposta³³.

4. I più recenti interventi dei giudici nazionali

L’importante *overruling* della Corte di Strasburgo con la sentenza *A e B c. Norvegia*, che ha ridimensionato il contenuto convenzionale del *ne bis in idem*, non poteva non avere importanti ricadute all’interno degli Stati membri non solo, come si è visto, in termini di disciplina normativa del cumulo sanzionatorio, ma anche più in generale nei rapporti tra Corti nazionali e Corti europee.

La Corte costituzionale italiana ha infatti evidenziato come la presa di posizione della Corte di Strasburgo «*ha impresso un nuovo sviluppo alla materia*», attribuendo al requisito del «*legame materiale e temporale sufficientemente stretto (“sufficiently closely connected in substance and in time”), [...] tratti del tutto nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza*».³⁴ In altre parole, la Corte costituzionale italiana non si è lasciata sfuggire

³² Cfr. L. ROCCATAGLIATA, *La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato: disapplicazione in toto vs disapplicazione in mitius della norma interna*, in *Giurisprudenza Penale* (www.giurisprudenzapenale.com/), 2018, 11, dove giustamente si legge che ciò è “profondamente sbagliato, sia su un piano astratto, perché la riduzione di pena in questi casi si giustifica con la rinuncia al diritto di difesa e con la conseguente contrazione dei tempi di giudizio, e non ha nulla a che vedere con la proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto. Sia, ancor più gravemente, su un piano concreto, perché si giungerebbe così al paradosso per cui chi accede al rito speciale viene prima premiato con lo sconto di pena e poi punito con una valutazione più severa in punto di proporzionalità. Al punto che tanto varrebbe evitare ogni istanza di rito speciale”.

³³ V. *infra* il paragrafo n. 5.

³⁴ Cfr. Corte cost. sent. n. 43 del 2018, cit., *Considerato in diritto*, punti 5 e 6, sulla quale v. la bibliografia citata *supra* alla nt. 22. Nel caso di specie, occorre evidenziare che il Tribunale di Monza, avendo sollevato la questione di legittimità costituzionale prima della pronuncia da parte della Corte EDU della sentenza *A e B c. Norvegia*, non ha potuto ovviamente tener conto del nuovo orientamento della Corte di Strasburgo circa la *close connection*, ossia della clausola della sufficiente connessione sia sostanziale che temporale. Il dubbio di legittimità costituzionale era stato pertanto «*correttamente formulato*», alla luce della «*giurisprudenza europea allora in essere*». La Corte costituzionale, proprio a seguito della sentenza *A. e B. c. Norvegia*, preferisce, quindi, la soluzione della restituzione degli atti al giudice *a quo* per una rivalutazione della rilevanza per *jus superveniens*, anziché pronunciare una sentenza di inammissibilità confermando quanto deciso con la sent. n. 102 del 2016. Alla luce di questo *overruling* in tema di *ne bis in idem*, la Corte avrebbe potuto persino non lasciarsi sfuggire l’occasione per dichiarare infondata la questione, perché i due procedimenti, connessi dal punto di vista sostanziale e temporale, possono essere visti come parti di un sistema integrato di gestione dell’illecito (cfr. S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p.*, cit.). Non vi sarebbe stata pertanto violazione del divieto di *bis in idem*, previsto dall’art. 4, Prot. 7, come interpretato dalla Corte europea, norma interposta la cui violazione determina indirettamente la violazione dell’art. 117, comma 1, Cost. (stante l’insegnamento delle sentenze gemelle: cfr. ampiamente, *supra*, il cap. 1, par. 1.3.). È vero che in questo caso, la sanzione ammontava al 120% dell’importo evaso, mentre nel caso *A e B c. Norvegia* la sanzione si limitava al 30%. E quindi si era in presenza di una sanzione qualificata dall’ordinamento italiano come amministrativa di elevata entità. Peraltro, già in un’altra pronuncia (la sent. n. 276 del 2016), la Corte costituzionale italiana, nell’applicare i criteri *Engel* per valutare l’afflittività di una sanzione amministrativa, si è dimostrata particolarmente esigente nel richiedere un alto grado di severità della sanzione, tanto da risultare assai poco

l'occasione di sottolineare che mentre in precedenza l'autonomia dei due giudizi «*escludeva in radice che essi potessero sottrarsi al divieto di bis in idem. Oggi, pur dovendosi prendere in considerazione il loro grado di coordinamento probatorio, al fine di ravvisare il legame materiale, vi è la possibilità che in concreto gli stessi siano ritenuti sufficientemente connessi, in modo da far escludere l'applicazione del divieto di bis in idem, come testimonia la stessa sentenza A e B contro Norvegia*»³⁵.

Che la Corte costituzionale si allineasse alla Corte EDU non può del resto stupire, perché da tempo anche i giudici italiani reclamavano una soluzione che premettesse loro di salvare il doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo sostanzialmente penale), previsto in molti paesi europei.

Del resto, la Corte costituzionale norvegese aveva costruito la sua sentenza nel 2010 valorizzando il criterio della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta «nella consapevolezza che il caso sarebbe giunto a Strasburgo»³⁶. Aveva cioè suggerito essa stessa la decisione del caso, attraverso un "dialogo" intergiurisprudenziale, per trovare una soluzione condivisa ad un problema che riguardava molti paesi europei, come dimostra il fatto che ben sei stati sono intervenuti per sostenere le ragioni della Norvegia³⁷.

La Corte costituzionale italiana è stata pertanto ben lieta di seguire l'interpretazione accolta della Corte EDU nella sentenza *A e B*, sebbene costituisse un *revirement* -per quanto della *Grande Chambre*³⁸- rispetto all'orientamento consolidato e fosse pronunciato nei confronti di un altro Stato, la Norvegia.

convincente quando ha ribadito che scopo della misura della sospensione di diritto dalla carica elettiva sia «*esclusivamente quello di tutelare la pubblica funzione in attesa che l'accertamento penale si consolidi nel giudicato*» (cfr. il *Considerato in diritto*, punti 5 e 6.1).

³⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2018, cit. Sulla stessa scia della Corte costituzionale di valorizzazione della *close connection* si erano, del resto, già mossi anche altri giudici nazionali, come ad esempio la Cassazione penale, con una sentenza del 15 dicembre 2016 Cass. pen., Sez. II, 15 dicembre 2016 (dep. 24 febbraio 2017), n. 9184, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 21 aprile 2017, con nota di E. ZUFFADA, *La Corte di Cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al "doppio binario" sanzione penale – sanzione disciplinare (penitenziaria)*, nonché il Tribunale di Milano in un'ordinanza del 6 dicembre 2016 (ord. Trib. Milano, Sez. I penale, 6 dicembre 2016, con nota di E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, cit.).

³⁶ F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 18 novembre 2016.

³⁷ Anzi sembra addirittura andata oltre il suggerimento della Corte suprema norvegese, quando ha ritenuto la connessione sussistere *anche qualora il secondo procedimento inizi dopo la conclusione del primo*, purché il soggetto non subisca un pregiudizio sproporzionato derivante da un perdurante stato di incertezza processuale: cfr. ancora F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, che sottolinea come: «In tal modo, i giudici norvegesi stessi hanno posto le premesse teoriche dell'odierna sentenza: senza sbattere il pugno sul tavolo invocando 'controlimiti' o pretese identità costituzionali nazionali, ma giocando – per così dire – sullo stesso terreno della Corte EDU; e cioè lavorando essi come 'primi giudici' della Convenzione e dei suoi protocolli, avvertiti come espressione di un patrimonio giuridico e valoriale condiviso tra Stato nazionale ed orizzonte europeo.[...]. Il risultato potrà, certo, apparire deludente, per le ragioni benissimo enucleate dal giudice Pinto, che qui si sono potute soltanto schematicamente riassumere. Ma, almeno, esso appare come il risultato di uno sforzo comune tra giurisdizione nazionale e giudici di Strasburgo, alla ricerca di uno standard europeo di tutela del diritto fondamentale in gioco – valido per tutti i quarantatré Stati firmatari del prot. 7 – in una questione cruciale, che taglia trasversalmente assetti di disciplina nazionali ed europei di enorme rilevanza; in attesa, naturalmente, che anche i giudici di Lussemburgo forniscano anch'essi il proprio contributo in questa difficile ricerca.».

³⁸ Sul punto v. A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, nelle sentenze della Corte EDU, alla luce della svolta rappresentata dalla sent. n. 43 del 2018*, cit., 332 ss.

Come la Corte costituzionale, anche la Corte di Cassazione non si è sottratta alla tentazione di utilizzare la *close connection* per riacquisire una più ampia discrezionalità al fine di salvare il doppio binario sanzionatorio in presenza di due procedimenti sanzionatori “punitivi”³⁹.

Nella sentenza *Franconi*, la quinta sezione penale della Corte di Cassazione, pronunciandosi in tema di manipolazione del mercato ha evidenziato come, a seguito della sentenza *A e B c. Norvegia*, «i due procedimenti non solo possono iniziare ma anche concludersi, mutando in tal modo profondamente la natura del *ne bis in idem* convenzionale, che varia da principio eminentemente processuale del divieto del doppio processo, ancor prima che della doppia sanzione sostanzialmente penale, a *garanzia di tipo sostanziale*. Infatti, purché la risposta sanzionatoria, derivante dal cumulo delle due pene inflitte nei diversi procedimenti, sia *complessivamente proporzionata alla gravità del fatto* e prevedibile, nulla vieta ai legislatori nazionali di predisporre un doppio binario sanzionatorio e alla autorità preposte di percorrerlo fino alla decisione»⁴⁰.

Sempre la quinta sezione penale della Corte di Cassazione, in una sentenza di poco successiva sul caso *Chiarion Casoni* in tema di *insider trading*, ha risolto la questione probabilmente più spinosa della *close connection* relativa agli abusi di mercato, ritenendo che gli ambiti di operatività e gli scopi delle normative amministrative e penali sono diverse e complementari (cosa invero dubbia)⁴¹. Gli altri requisiti della connessione sono stati invece ritenuti di più facile dimostrazione, dato che nei casi di *market abuse* sussiste possibilità di osmosi tra le acquisizioni del procedimento amministrativo e quelle del procedimento penale⁴², e normalmente procedimento amministrativo sanzionatorio e procedimento penale vanno di pari passo (anche se il primo si conclude

³⁹ Su queste sentenze cfr. E. FUSCO-G. BAGGIO, *Recenti pronunce in materia di market abuse. Qualche punto fermo in una materia ancora in attesa di un moderno assetto normativo*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), fasc. 1/2019, 8 ss. Nella specie, la Corte di Cassazione, alla luce di questa premessa, ha proceduto direttamente a sindacare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio, in applicazione dell'art. 620 co. 1 lett. l) c.p.p. che precede l'annullamento senza rinvio nei casi in cui la Corte ritenga «di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio».

⁴⁰ Cass., Sez. V, sent. 16 luglio 2018, n. 45829, *Franconi*, punto n. 3.3.4.b del *Considerato in diritto* (corsivi non testuali), in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 17 ottobre 2018, con nota di F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*.

⁴¹ Cfr. Cass. Sez. V n. 49869 del 21.9.2018, *Chiarion Casoni*, nella quale la Cassazione afferma la complementarità delle normative amministrative e penali ricordando il diverso ancoraggio del giudizio di colpevolezza e l'equiparazione, per l'illecito amministrativo del tentativo alla consumazione. Inoltre, nell'illecito amministrativo vi sarebbe una più marcata finalizzazione alla tutela oggettiva del mercato e alla fiducia negli investitori, mentre nella normativa penale una funzione speciale preventiva.

⁴² Ancora la sentenza *Chiarion Casoni*, cit., ha ricordato come la Consob sia titolare di diritti e facoltà processuali che, nel procedimento penale sono riconosciuti agli enti e alle associazioni rappresentative degli interessi lesi dal reato (art. 187-*undecies* TUF); come la Consob sia titolare di poteri di indagine, previa autorizzazione del Procuratore della Repubblica (art. 187-*octies* comma 5 TUF); come l'art. 187-*decies* del TUF disciplini lo scambio di informazioni funzionale all'accertamento delle violazioni. Inoltre, è consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale le relazioni ispettive dei funzionari della Consob sono utilizzabili ai fini di prova relativamente alle parti riguardanti il rilevamento dei dati oggettivi sull'andamento delle sedute di borsa ed il contenuto delle registrazioni delle comunicazioni telefoniche degli intermediari. Tuttavia, come giustamente sottolinea M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem “preso sul serio”: la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, cit., il necessario coordinamento processuale strumentale a minimizzare gli oneri supplementari che derivano da tale cumulo è liquidato dalla Corte di Giustizia e dalla Corte di Cassazione «in poche battute (semplicemente rilevando l'esistenza di obblighi di cooperazione ai sensi dell'art. 187-*decies*)». Per contro, basti pensare che «nel processo penale non possono essere recepite le prove già raccolte e formate nel procedimento amministrativo». Inoltre, «senza contare le implicazioni sistematiche, anche nell'ottica del giudizio di *close connection*, derivanti dalla circostanza che la Consob, autorità sanzionatoria nel procedimento amministrativo, diventa addirittura parte processuale – legittimata a costituirsi parte civile – nel procedimento penale».

normalmente assai prima). Ha, quindi, optato per la prevalenza del processo penale e della pena irrogata al termine di tale processo, per adeguare il trattamento sanzionatorio complessivo al caso concreto, anche mediante disapplicazione delle norme sanzionatrici amministrative sostanzialmente penali, mentre ha individuato come caso “limite” la disapplicazione della normativa penale a fronte di una sanzione amministrativa già proporzionata. Ma questa ipotesi, sicuramente eccezionale, rappresenta più una sorta di norma di chiusura dell’ordinamento che non uno strumento ordinario di determinazione della pena. La forbice tra minimo e massimo edittale, nelle sanzioni amministrative in tema di *market abuse*, è infatti così ampia che è raro che la sanzione possa essere irrogata nel massimo in presenza di un fatto di gravità penale contenuta.

Infine, si può richiamare la sentenza della sezione tributaria della Corte di Cassazione civile⁴³, che si è pronunciata sul noto caso *Ricucci*, sentenza che costituisce dunque il “seguito” della sentenza *Garlsson Real Estate* della Corte di Giustizia. In questo caso, in cui è stato richiamato il nuovo assetto normativo, la Cassazione ha privilegiato la risposta sanzionatoria penale per gli abusi di mercato e ha ribadito che, per sindacare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio, occorre valutare la pena concretamente irrogata e non quella edittale, ritenendo poi, nel caso di specie, sussistente una sufficiente connessione tra il procedimento penale e quello amministrativo, parallelamente avviati⁴⁴.

Come si vede il ragionamento della Cassazione, in tutte queste sentenze, è prevalentemente, se non esclusivamente⁴⁵ incentrato sulla *proporzionalità del cumulo sanzionatorio* rispetto alla gravità del reato.

Del resto, anche la Corte di giustizia ha fondato le sue argomentazioni sul criterio sostanziale della proporzionalità del cumulo sanzionatorio, senza verificare l’esistenza degli altri profili sostanziali e del profilo temporale della *close connection*, e ciò ha contribuito a consolidare l’orientamento dei giudici italiani secondo il quale affinché sussista tale clausola è sufficiente limitarsi ad assicurare la proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato.

Ma non sono mancati neppure sentenze in cui i giudici italiani per accertare la sussistenza della *close connection*, cioè di quel «*legame materiale e temporale sufficientemente stretto*», grazie al quale il doppio binario sanzionatorio è legittimo, si sono accontentati di riscontrare il solo profilo di collegamento *temporale*⁴⁶. Mentre la Corte EDU nella sent. *A e B* - è bene ribadirlo - era stata chiara

⁴³ Cfr. Cass. Sez. trib. civ. n. 27654 del 9 luglio 2018, *Ricucci*, che ha richiamato il nuovo assetto normativo previsto nella direttiva 2014/57/UE e il d.lgs. 107 del 2018.

⁴⁴ Cfr. ancora Cass. n. 27654 del 9 luglio 2018, *Ricucci*, cit., nella quale la Cassazione rinvia alla Corte d’Appello di Roma la valutazione del cumulo sanzionatorio riconoscendole la possibilità, oltre ad annullare o confermare la sanzione amministrativa, anche di ridurla «al fine di ricondurre la condanna complessivamente valutata nei limiti della efficacia, proporzionalità e dissuasività».

⁴⁵ Nei casi *Franconi* e *Chiarion Casoni*, cit.

⁴⁶ Cass. pen., Sez. III, 22 settembre 2017 (dep. 14 febbraio 2018), n. 2456, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 16 marzo 2018 con nota di A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione “sfronda” il test della sufficiently close connection in substance and in time*. Dopodiché, accertata la complessiva contemporaneità dello svolgersi dei due procedimenti conclude asserendo apoditticamente che «deve ritenersi una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” tra i due procedimenti sanzionatori». E così facendo, restringe la portata del diritto fondamentale a non essere perseguiti due volte per il medesimo fatto, ben oltre rispetto a quanto ammesso dalla Corte Edu, la quale ai fini del riscontro della *close connection*, richiede invece la presenza di tutti i profili di collegamento, sostanziale e temporali, come individuati nella sentenza *A e B c. Norvegia*, e confermati nella successiva sentenza *Jóhannesson e a. c. Islanda* (sulla quale cfr. F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 22 maggio 2017). Come sottolinea Tripodi, la Corte di Cassazione rovescia «la prospettiva metodologica implicitamente avallata dalla decisione *Jóhannesson e a. c. Islanda*, secondo la quale, ai fini del riscontro di una connessione procedimentale sufficientemente stretta, sarebbe necessario il soddisfacimento di tutti i profili di collegamento (con relativi indici) individuati nell’arresto *A. e B. c. Norvegia*. Diversamente, la sentenza in esame sembra affermare la regola

nel richiedere il soddisfacimento di *tutti* i profili di collegamento (con relativi indici), perché il *test* abbia un esito positivo. La Corte EDU non si accontenta, infatti, del solo nesso sostanziale della proporzionalità del cumulo sanzionatorio ma, a differenza della Corte di giustizia e della Cassazione italiana, richiede anche uno stretto legame dal punto di vista temporale. Non si accontenta però nemmeno del solo collegamento temporale: affinché sussista la *close connection* la Corte EDU richiede dunque *tutti* i profili (temporale e sostanziale), per cui il profilo di collegamento temporale di per sé non è sufficiente, se non è accompagnato anche dai profili sostanziali.

5. (segue) *Le ricadute interpretative del meccanismo di compensazione sanzionatoria*

Non mancano neppure casi in cui emergono con tutta evidenza i problemi interpretativi del cumulo tra pene eterogenee, che la nuova formulazione dell'art. 187-terdecies non è riuscita a ovviare. Esempio al riguardo è la vicenda di doppio binario sanzionatorio per manipolazione del mercato, che ha visto coinvolta dapprima la Consob e poi il Tribunale di Milano⁴⁷.

La Consob ha difatti irrogato una sanzione pecuniaria amministrativa, divenuta definitiva, di 100.000 euro, dopodiché si è pronunciato il Tribunale di Milano, che ha ritenuto di dover fissare la pena applicabile nel minimo edittale (due anni di reclusione e 40.000 euro di multa)⁴⁸.

Il giudice, dovendo dunque valutare, in conformità al principio del *ne bis in idem*, la proporzione delle sanzioni complessivamente inflitte per il medesimo fatto, è stato chiamato ad un difficile lavoro di coordinamento tra le due pene. La sanzione amministrativa pecuniaria già definitivamente inflitta (100.000 euro) era, difatti, maggiore di quella che il giudice penale riteneva adeguata nel caso specie (40.000 euro), e di questa eccedenza il giudice doveva tenere conto. Ma come poteva coordinare le due risposte punitive in modo da renderle nel complesso proporzionate?

Il giudice ha deciso, pertanto, di comminare la pena detentiva di un anno e quattro mesi di reclusione e 40.000 euro di multa, sebbene la pena detentiva edittale minima sia fissata dal legislatore in due anni di reclusione. Dopodiché, tenuto conto della sanzione pecuniaria già versata di 100.000 euro, ha stabilito che la pena pecuniaria di 40.000 euro di multa non avrebbe dovuto essere ulteriormente versata dal condannato, visto che l'art. 187-terdecies TUF prevede che

opposta, secondo la quale sarebbe sufficiente il riscontro anche di un solo profilo di correlazione – in specie, quello cronologico – perché il *test* abbia un esito positivo». In definitiva, secondo l'A. si ha la sensazione che la Suprema Corte, sia arretrata di fronte «alle questioni “di sistema” sollecitate dagli indici sostanziali – questioni che avrebbero richiesto un'approfondita analisi del quadro normativo di riferimento –, finendo per concentrarsi unicamente sulla verifica del profilo immanente allo sviluppo materiale degli accadimenti ovvero al concreto svolgersi dei procedimenti».

⁴⁷ Trib. Milano, sez. III, 15 novembre 2018 (dep. 1° febbraio 2019), in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 15 marzo 2019, con nota di F. MUCCIARELLI, “Doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, cit. Per un quadro complessivo in senso critico di questa pronuncia cfr. M. SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Le Società*, 2019, 533 ss.; in senso adesivo, E. FUSCO, G. BAGGIO, *Recenti pronunce in tema di market abuse*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 1/2019, 1, 68. Da ultimo, ancora, riprendendo testualmente la motivazione della sentenza *Franconi* per rigettare una serie di eccezioni di legittimità costituzionale del doppio binario punitivo in una nota vicenda di *insider trading* (caso *Cremonini*), C. App. Milano, 15 gennaio 2019 (dep. 15 aprile 2019), in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 21 giugno 2019, con nota di C. PAGELLA, *Riflessi applicativi del principio di proporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per fatti di market abuse e punibilità dell'“insider di sé stesso”: la Corte d'appello di Milano sul caso Cremonini*.

⁴⁸ In particolare, nel caso di specie, gli imputati, ai quali era stata già irrogata dalla Consob, in via definitiva, la sanzione pecuniaria di 100 mila euro per violazione dell'art. 187-ter TUF (illecito amministrativo), erano stati condannati, a fronte del medesimo fatto (storico), per il “delitto di manipolazione del mercato”, ex art. 185 TUF. Il Tribunale di Milano ha dovuto pertanto procedere alla quantificazione della sanzione da irrogare in concreto, in base ai criteri fissati dall'art. 133 c.p., tenendo conto della sanzione amministrativa afflittiva già irrogata da Consob.

l'esazione della seconda sanzione pecuniaria *sia limitata alla parte eccedente* quella riscossa dall'autorità, amministrativa o giudiziaria, che ha irrogato la prima sanzione⁴⁹.

A questo punto si poneva il problema di coordinare la residua somma di 60.000 euro e non restava altra soluzione che: a) dapprima, convertire i 60.000 euro, comminati dalla Consob *in eccedenza* rispetto alla sanzione pecuniaria penale di 40.000 euro, in 240 giorni (8 mesi) di pena detentiva⁵⁰; b) dopodiché detrarre dalla pena edittale minima di 2 anni di reclusione i 240 giorni già 'pagati'.

In sintesi, in questo caso, il giudice ha dovuto *disapplicare il minimo edittale della pena detentiva* stabilita dall'art. 185 TUF, al fine di ovviare alla sproporzione del complessivo trattamento punitivo, sproporzione che non poteva essere riequilibrata operando soltanto sul versante delle sanzioni pecuniarie. La disapplicazione - *in mitius* - del minimo edittale è stata, pertanto, la via scelta per assicurare la proporzione del cumulo sanzionatorio: anche se l'esito non è appagante, sembra tuttavia compatibile con il principio del *ne bis in idem* come interpretato dalle Corti europee e con la proporzione delle sanzioni complessivamente inflitte, da esse richiesta⁵¹.

Inoltre, questa pronuncia non è soltanto in linea con le indicazioni più recenti fornite dalla Corte EDU, dalla Corte di Giustizia, dalla Corte costituzionale e dalle diverse sezioni della Corte di Cassazione, ma cerca per quanto possibile di dare una risposta ai problemi interpretativi, sopra richiamati, che la nuova formulazione dell'art. 187-terdecies, comma 1, lett. a) TUF pone. Tale articolo prevede, difatti, che «*l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate*», e la locuzione "*misure punitive*" per la sua indubbia vaghezza può senz'altro includere *sanzioni di qualunque genere*.

Così come nella sentenza della Cassazione penale sul caso *Erbetta*, si sono realizzati i timori paventati con riguardo alla valutazione della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo, nell'ipotesi di un soggetto che aveva aderito ai riti speciali. Tale valutazione ha difatti azzerato i risultati premiali raggiunti dall'imputato, poiché lo sconto sulla pena, avendo l'effetto di attenuarla, ha reso il trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato conforme al principio del *ne bis in idem*. E lo sconto era stato ottenuto rinunciando alla garanzia piena del diritto di difesa, per conseguire una contrazione dei tempi di giudizio⁵².

⁴⁹ Il Tribunale sottolinea come dovendo irrogare «una pena coincidente con il minimo edittale previsto dalla disposizione incriminatrice [...] valutata l'entità della sanzione amministrativa già irrevocabilmente inflitta agli imputati – pari a 100.000,00 euro» ritiene «di non dovere applicare alcuna sanzione pecuniaria, così come previsto dall'art. 187-terdecies TUF».

⁵⁰ Utilizzando i criteri di computo di cui all'art. 135 c.p.

⁵¹ Cfr. F. MUCCIARELLI, "*Doppio binario*" sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica; cit.; M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, cit.

⁵² Cfr. Cassazione penale, Sezione V, 5 febbraio 2019 (ud. 9 novembre 2018), n. 5679, Presidente Settembre, Relatore Borrelli, Ricorrente *Erbetta*, con commento di L. ROCCATAGLIATA, *Doppio binario sanzionatorio: lo sconto di pena per il rito speciale rientra nel computo per la proporzionalità del trattamento punitivo complessivamente applicato*, in *Giurisprudenza Penale* (www.giurisprudenzapenale.com/) 2019, 2, che sottolinea come nel caso di specie, un imputato già sanzionato in via definitiva dalla Consob per manipolazione del mercato, perseguito anche penalmente per il reato di manipolazione del mercato (art. 185 TUF), a seguito di patteggiamento, veniva condannato alla pena finale di tre anni di reclusione e 200.000 euro di multa e dichiarando non esigibile la pena pecuniaria ai sensi del meccanismo compensativo ex art. 187-terdecies TUF. Inoltre, l'imputato veniva condannato al pagamento delle spese processuali delle numerose parti civili costituite e alle pene accessorie di cui all'art. 186 TUF per la durata di un anno e quattro mesi. L'imputato faceva quindi ricorso in Cassazione, chiedendo di essere prosciolto per improcedibilità dell'azione ex artt. 649 c.p.p., 50 CDFUE e 4 Prot. 7 CEDU. La Cassazione ha tuttavia respinto il ricorso, poiché la sanzione in concreto irrogata era complessivamente proporzionata, stante la notevole distanza dal massimo edittale e in virtù dell'applicato

Per non parlare dell'orientamento della Cassazione che risolve a monte il problema del *ne bis in idem*, attraverso un'applicazione dei criteri *Engel* non in linea con la giurisprudenza convenzionale. Secondo questo orientamento, i principi affermati nella sentenza *Grande Stevens* varrebbero *soltanto* con riguardo alle sanzioni relative agli abusi di mercato, e dunque *soltanto* queste sanzioni avrebbero natura "penale"⁵³.

Anche in una recente sentenza⁵⁴, la Corte di cassazione ha sottolineato come non sia possibile l'equiparazione delle sanzioni amministrative alle sanzioni sostanzialmente penali, secondo i criteri *Engel*, se le sanzioni amministrative quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, non sono «sanzioni amministrative irrogate per manipolazione del mercato ex art. 187 e ss. TUF. Le altre sanzioni amministrative, infatti, non hanno la natura sostanzialmente penale che appartiene a queste ultime, né pongono, quindi, un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU, agli effetti, in particolare, della violazione del "*ne bis in idem*" tra sanzione penale ed amministrativa comminata sui medesimi fatti»⁵⁵.

meccanismo di compensazione della sanzione pecuniaria. Ma ciò è stato possibile solo grazie allo sconto di un terzo della pena derivante dal patteggiamento, sconto poi esplicitamente incluso in tale valutazione.

⁵³ Su questa base una Sezione della Cassazione ha ad esempio escluso che le sanzioni di Banca d'Italia fossero considerabili come penali alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, basandosi sulla specificità della vicenda affrontata nella sentenza *Grande Stevens* ed espressamente ricordando che in questo caso la Corte EDU «ha concentrato la sua attenzione sulla natura e sulla severità della sanzione che può essere inflitta ai ricorrenti, rilevando che la Consob può infliggere una sanzione pecuniaria fino a 5.000.000 di euro e questo massimo ordinario può, in alcune circostanze, essere triplicato o elevato fino a dieci volte il prodotto o il profitto ottenuto grazie al comportamento illecito; che l'inflizione delle sanzioni amministrative pecuniarie sopra menzionate comporta per i rappresentanti delle società coinvolte la perdita temporanea della loro onorabilità e se tali società sono quotate in borsa, ai loro rappresentanti si applica l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nelle società quotate per una durata variabile da due mesi a tre anni, e chiedere agli ordini professionali la sospensione temporanea dell'interessato dall'esercizio della sua attività professionale; che infine l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie importa la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo»: Così Cass. civ., Sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 2017, con nota di F. URBANI, *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del testo unico bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte*, il quale afferma invece la desumibilità della natura penale delle sanzioni previste dal testo unico bancario. In particolare: «alla luce dell'analisi comparata fra le sanzioni penali contenute nel Testo Unico della Finanza – così definite dalla Corte EDU – e quelle "amministrative" previste dall'articolo 144-ter del Testo Unico Bancario, emerge con vivida chiarezza la natura penale di queste ultime, a nulla rilevando il nomen iuris di norme "amministrative" attribuito loro dal legislatore italiano, in ossequio all'approccio "antiformalista" sovranazionale».

⁵⁴ Cfr. Cass. civ. sez. II, n. 24081 del 21 febbraio 2019, (dep. 26 settembre 2019), Presidente Petitti, Relatore Varrone, Ricorrente Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. nella quale si sottolinea come la ricorrente ritenga «che le sanzioni di cui alla precedente versione dell'art. 190 TUF debbano qualificarsi come sostanzialmente penali alla luce dei cosiddetti "criteri Engel" dettati dalla Corte Edu. In particolare, i ricorrenti fanno riferimento alla funzione punitiva e non risarcitoria della sanzione, peraltro di importo particolarmente significativo e capace di incidere direttamente in modo rilevante sulla reputazione degli esponenti della banca, essendo soggetta per legge alla pubblicazione. Inoltre, con l'ulteriore aggravio di compromettere la capacità degli esponenti della banca di assumere ulteriori incarichi o partecipazioni rilevanti presso gli intermediari vigilati, essendo un presupposto negativo per il possesso dei requisiti reputazionali degli aspiranti a tali incarichi».

⁵⁵ Cfr. ancora Cass. civ. sez. II, n. 24081 cit., che, al riguardo, richiama Cass. Sez. 1, 30/06/2016, n. 13433; Cass. Sez. 1, 02/03/2016, n. 4114; Cass. Sez. 2, 22-09-2017 n. 27837 e Cass. Sez. 2 24/02/2016, n. 3656, «tutte in rapporto a Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*». Stante queste premesse, la Cassazione afferma che «non si può condividere, pertanto, l'assunto della difesa della ricorrente secondo cui le suddette sanzioni devono essere considerate afflittive, e dunque, sostanzialmente penali. Peraltro, giova ripetere che, la valutazione sull'afflittività di una sanzione non può essere svolta in termini totalmente astratti, ma va necessariamente rapportata al contesto normativo nel quale la disposizione sanzionatoria si inserisce; e che, nell'ordinamento nazionale del credito e della finanza (che contempla sanzioni penali finanche detentive, nonché sanzioni amministrative pecuniarie che, come quelle per gli abusi di mercato, possono ascendere a molti milioni di euro) una sanzione pecuniaria compresa

Al riguardo è agevole osservare che la posizione della Corte di Cassazione, si scontra inevitabilmente con i criteri *Engel* elaborati con ormai granitica giurisprudenza della Corte europea e accolti anche dalla Corte di Giustizia.

La Corte europea non ha alcun dubbio sulla natura punitiva delle sanzioni formalmente amministrative, se sussiste *almeno uno* dei due criteri sostanziali *Engel* (cioè, o la natura stessa della sanzione o il *grado di severità* della medesima).

La Corte europea distingue semmai le sanzioni amministrative sostanzialmente penali a seconda del grado della loro afflittività in: *minor offences*, ovvero sanzioni che, pur rientrando nei criteri *Engel*, sono tuttavia di *lieve entità*; e *criminal offences*, sanzioni che maggiormente si avvicinano all'*hard core of criminal law*, in quanto afflittive rispetto alla persona e non solo rispetto al patrimonio (e in questa categoria rientrano le sanzioni per *market abuse*)⁵⁶.

L'appartenenza a questa seconda categoria fa sì che la valutazione della compatibilità del doppio binario con lo statuto garantistico del *ne bis in idem* convenzionale debba essere condotta secondo uno standard più rigoroso di quello ordinario e quindi il controllo sulla sussistenza della *close connection in substance and in time* debba essere più stringente (come affermato dalla Corte EDU nella sentenza *A. e B. c. Norvegia*). Un ragionamento ben diverso da quello seguito dalla Cassazione che, in contrasto con la giurisprudenza consolidata sui criteri *Engel*, richiede l'appartenenza al cd. "nocciolo duro" del diritto penale non al fine di svolgere un controllo più stringente della *close connection*, ma per qualificare la sanzione come sostanzialmente penale.

6. La sentenza *Nodet* della Corte EDU: la *close connection* nei procedimenti sanzionatori in tema di *market abuse*.

La lettura svalutativa -se non una vera e propria disapplicazione⁵⁷- della *close connection* da parte dei giudici italiani sulla scia della Corte di giustizia, limitata a verificare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio, senza accertare la sussistenza di tutti i profili in cui tale clausola si articola, sia sostanziali che temporali, si scontra adesso, ancora una volta, con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

L'occasione è stata proprio una pronuncia in tema di *market abuse*, con la quale la V sezione della Corte EDU è tornata a pronunciarsi sui confini applicativi del *ne bis in idem* (sentenza *Nodet c.*

tra il minimo edittale di € 5.000 ed il massimo edittale di € 500.000, non corredata dalle sanzioni accessorie, non può ritenersi connotata da una afflittività così spinta da trasmodare dall'ambito amministrativo a quello penale».

⁵⁶ In particolare, la giurisprudenza della Corte EDU, al fine di modulare le garanzie dell'equo processo, fino ad ammetterne o meno la compensazione *ex post*, sembra distinguere le sanzioni amministrative sostanzialmente penali in tre tipologie (da tenere distinte dalle sanzioni irrogate dalle autorità giurisdizionali – le *hard core of criminal law* – per le quali la Corte sembra non ammettere mai, salvo rarissime eccezioni, la compensazione *ex post*): a) *minor offences senza necessità di accertamento sul fatto*; si tratta di sanzioni che, pur presentando le caratteristiche dei criteri *Engel* da un punto di vista sostanziale, tuttavia vengono irrogate a seguito di un accertamento tecnico o matematico sul fatto (sentenza *Jussila*, cit.). Poiché non necessitano di un contraddittorio per acclarare quel fatto, ad esse l'art. 6 può anche non applicarsi; b) *minor offences*; si tratta di sanzioni che, rientrando nei criteri *Engel* e per le quali pertanto non è possibile escludere le garanzie dell'equo processo, sono tuttavia di *lieve entità* e quindi è ammissibile la compensazione *ex post* delle garanzie dell'equo processo; c) *criminal offences*; sono le sanzioni che maggiormente si avvicinano all'*hard core of criminal law*, sanzioni afflittive rispetto alla persona e non solo rispetto al patrimonio, per le quali normalmente la Corte applica i principi dell'equo processo *anche* alla fase procedimentale di irrogazione della sanzione. Sul punto sia consentito rinviare a E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 72 ss.

⁵⁷ Così C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)* in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 18 dicembre 2019, 21.

Francia del 6 giugno 2019)⁵⁸. Una sentenza molto importante con la quale la Corte, nel condannare la Francia per la violazione del divieto di *bis in idem*, posto dall'art. 4 Prot. 7 CEDU, è rifuggita nuovamente dall'invocare automatismi nell'applicazione del divieto di *bis in idem* (ha ribadito, cioè, che il doppio binario, non integra di per sé una violazione del *ne bis in idem*), ma ha cercato di circoscrivere la discrezionalità del giudice sia attraverso una lettura stringente della *close connection*, sia invocando il ricorso a tutti i principali indici di suddetta clausola.

Nel caso di specie, il ricorrente, signor Antoine Nodet, analista finanziario, si era reso colpevole di condotte manipolative del mercato azionario ed era stato dapprima sanzionato in via amministrativa dall'*Autorité des Marchés Financiers* (AMF) -con una sanzione pecuniaria di 250.000 euro- e in seguito perseguito penalmente per manipolazione di mercato e condannato a tre mesi di reclusione, ai sensi dell'art. 465 del *Code Monétaire et Financier* (CMF).

Nel merito, la Corte EDU, dopo aver confermato che il doppio binario sanzionatorio non è di per sé contrario al divieto di *bis in idem*, qualora, come già affermato nella sentenza *A e B c. Norvegia*, sussista un legame materiale e temporale sufficientemente stretto tra i due procedimenti (*lien matériel e temporel suffisamment étroit*), è giunta ad accogliere il ricorso perché mancava tale legame.

La Corte ha esteso, quindi, anche agli abusi di mercato, la *close connection in substance and in time* elaborata con riferimento ad un illecito tributario, nella sentenza *A e B c. Norvegia*, così come nelle sentenze successive⁵⁹.

La *close connection* secondo la Corte di Strasburgo, si articola, come si è visto, in una serie di indici sintomatici. Sotto il profilo sostanziale (*close connection in substance*), la Corte ravvisa tale connessione se sussistono quattro elementi: 1) le finalità complementari dei procedimenti; 2) la concreta prevedibilità di una doppia procedura sanzionatoria; 3) la non sussistenza di duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove; 4) la previsione di un meccanismo di compensazione tra le sanzioni complessivamente irrogate⁶⁰.

Sotto il profilo temporale, invece, il requisito della *close connection in time* può dirsi soddisfatto quando tra i due procedimenti vi sia anche un nesso di natura cronologica, senza però che debbano per forza procedere parallelamente dall'inizio alla fine⁶¹.

Nel caso di specie, la Corte ha dunque riscontrato la carenza sia dei requisiti sostanziali *sub 1*, in quanto i due procedimenti non perseguivano obiettivi complementari⁶², sia *sub 3*, poiché nel procedimento penale le prove erano state raccolte nuovamente e rivalutate, senza garantire il necessario coordinamento processuale⁶³. È stata inoltre verificata l'assenza della connessione

⁵⁸ Corte EDU, Sez. V, 6 giugno 2019, ric. n. 47342/14, *Nodet c. Francia*.

⁵⁹ Cfr. Corte EDU, 18 maggio 2017, ric. n. 22007/11, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, sulla quale cfr. F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, cit., che sottolinea come rappresenti il primo caso «in materia di ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di violazioni tributarie dopo il riassetto della giurisprudenza precedente compiuto dalla Grande Camera nel novembre scorso con *A e B v. Norvegia*»; Corte EDU, *Ragnar Thorisson c. Islanda*, ric. n. 52623/14; Corte EDU, sez. II, sent. 16 aprile 2019, ric. n. 72098/14, *Bjarni Armannsson c. Islanda*, con osservazione di A. GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la Corte Edu ancora sul bis in idem*, ivi, 7 maggio 2019.

⁶⁰ Cfr. il par. 132 della sent. *A e B c. Norvegia*, cit.

⁶¹ Cfr. il par. 134 della sent. *A e B c. Norvegia*, cit., dove la Corte specifica che «più flebile è la connessione temporale, maggiore è l'onere per lo Stato di chiarire e giustificare il ritardo riconducibile alle modalità di svolgimento dei procedimenti».

⁶² Cfr. il par. 48, in quanto cioè erano funzionali a reprimere i medesimi profili di dannosità del fatto di manipolazione del mercato (definito e qualificato nello stesso modo in entrambi i procedimenti punitivi) e a proteggere i medesimi «interessi sociali».

⁶³ Cfr. il par. 49, ove la Corte evidenzia come il giudice penale d'appello abbia posto a fondamento della decisione non solo gli elementi probatori raccolti dagli ispettori dell'AMF, ma anche quelli forniti nel quadro dell'inchiesta penale

temporale: il signor Nodet era stato, difatti, sottoposto a procedimenti sanzionatori per un periodo complessivo pari circa a otto anni (dal giugno 2006 al gennaio 2014), e, nonostante per due anni i due procedimenti si fossero svolti parallelamente, il procedimento amministrativo si era concluso quattro anni prima di quello penale⁶⁴.

Stante questa carenza di alcuni degli indici sintomatici della *close connection in substance and in time*, la Corte ha rilevato il contrasto con il divieto di *bis in idem*, sebbene il giudice penale, come sottolineato anche dal Governo francese, avesse tenuto conto della sanzione pecuniaria già irrogata all'esito del procedimento amministrativo, soddisfacendo il test sintomatico relativo alla *proporzionalità* del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato.

Da questa sentenza emerge, pertanto, che la Corte EDU ha voluto ricostruire una nozione europea di *ne bis in idem*, nel senso di nozione "condivisa" con la Corte di Giustizia – ha richiamato espressamente le sentenze *Menci, Garlsson e Di Puma e Zecca*- e che sia accettabile non solo da parte di quest'ultima, ma anche da parte dei singoli Stati membri. Del resto, questo era stato l'intento che l'aveva mossa già a partire dalla sentenza *A e B c. Norvegia*, dalla quale era agevolmente intuibile la volontà di riportare "a sistema" il divieto di *bis in idem*. Ma in questo caso, di fronte a sanzioni altamente afflittive quali sono quelle per *market abuse*, ha applicato in modo incisivo il test di valutazione della sussistenza della *close connection in substance and in time*, integrando altresì l'approccio sostanzialista della Corte di Giustizia con l'approccio processuale. Dall'iniziale inchiesta della *Autorité des Marchés Financiers*, del giugno 2006, alla pronuncia definitiva della Cassazione, del gennaio 2014, erano trascorsi difatti quasi otto anni, che è un lasso di tempo troppo a lungo, nel quale il ricorrente era stato sottoposto all'alea del giudizio, soggiacendo a un indubbio pregiudizio.

Se la Corte europea si fosse accontentata, come la Corte di Giustizia e la Cassazione italiana, di un controllo sulla proporzionalità del cumulo sanzionatorio complessivamente irrogato, non avrebbe dovuto accogliere il ricorso. Del resto, il giudice penale, come rilevato dal Governo francese, aveva tenuto conto della sanzione pecuniaria già irrogata all'esito del procedimento amministrativo.

La Corte europea ha, invece, serrato i ranghi, senza rifuggire dal consolidare una nozione "europea" di *ne bis in idem* e quindi senza ritornare all'automatismo della *Grande Stevens*, e ha affermato che la discrezionalità del giudice nel ricorso alla *close connection* deve essere circoscritta entro gli stringenti indici sintomatici. E lo ha fatto proprio con riferimento non agli illeciti tributari, come la *A e B c. Norvegia*, ma con riferimento agli illeciti per *market abuse*, per i quali sono previste sanzioni che maggiormente si avvicinano all'*hard core of criminal law*.

È peraltro vero -e questo aspetto non può essere sottovalutato- che la sentenza *Nodet* si rivolgeva ad un paese come la Francia, che già aveva proceduto a modificare il proprio sistema normativo di doppio binario sanzionatorio per i reati di *market abuse*⁶⁵. Non temeva, quindi, la Corte EDU eventuali "ribellioni" dei giudici interni, perché la Francia aveva già realizzato un sistema di riforme importanti nel campo del potere sanzionatorio delle autorità indipendenti⁶⁶. Del resto, la

dalla *Brigade Financière*, e come quest'ultima abbia svolto autonome indagini, benché, al momento del loro inizio, il rapporto d'inchiesta degli organi accertatosi dell'AMF fosse già stato depositato da oltre un anno.

⁶⁴ Cfr. il par. 52.

⁶⁵ Il *Conseil constitutionnel* francese, infatti, dando seguito alla sentenza *Grande Stevens*, da un lato aveva dichiarato incostituzionale la previsione di una duplice sanzione penale ed amministrativa, incentrando la motivazione sul principio di necessità delle sanzioni, indissolubilmente collegato a quello del *ne bis in idem*, e dall'altro lato, aveva differito gli effetti della pronuncia d'incostituzionalità per dare tempo al legislatore di colmare il vuoto generato dall'eliminazione di una delle due fattispecie punitive. Sul punto sia consentito rinviare a E. BINDI, *Corte costituzionale e doppio binario sanzionatorio (riflessioni a margine della sent. n. 102 del 2016)*, in *Le Società*, 2016, fasc. 10, 1131 ss.

⁶⁶ La Francia si è dimostrata molto più sollecita a seguire le indicazioni della Corte EDU per conformarsi agli standard europei, sia attraverso mutamenti di indirizzi giurisprudenziali interni sia procedendo ad un'imponente riorganizzazione dell'Autorità in materia di vigilanza bancaria. Cfr. A. TONETTI, *Il nuovo procedimento sanzionatorio della Consob*, in

Corte EDU dà essa stessa conto la sentenza sarebbe stata “accettata”, quando evidenzia con riguardo al criterio della complementarietà dei fini perseguiti dalle sanzioni, che già nel 2015, il *Conseil Constitutionnel* francese aveva dichiarato incostituzionale il delitto di abuso di informazioni privilegiate, in quanto il *délit d’initié* e il *manquement d’initié* avevano la medesima natura, concernevano i medesimi comportamenti ed erano volti a reprimere i medesimi fatti e a proteggere gli stessi interessi sociali, mediante sanzioni che non avevano quindi natura diversa⁶⁷.

Ben diversi sono, invece, i casi nei quali la Corte EDU si rivolge a paesi recalcitranti, che reclamano una soluzione che premetta loro di salvare il doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo sostanzialmente penale), previsto del resto in molti Stati europei. Questi casi sono senz’altro più spinosi, se solo si pensa ad altre occasioni nelle quali la Corte EDU ha incontrato non poche difficoltà a fare “accettare” le sue decisioni agli Stati⁶⁸. Ma sono comunque casi, nei quali la stessa Corte, pur facendo tesoro dell’esperienza maturata, non dovrebbe rifuggire dall’applicare il test di valutazione della sussistenza della *close connection* in modo stringente, ma dovrebbe

Giornale di diritto amministrativo, 2005, 1229 ss.; D. COSTA, *L’Autorité des marchés financiers: juridiction ? quasi-jurisdiction? pseudo-jurisdiction ?*, in *RFDA*, 2005, 1174 ss.; C. DUCOULOUX-FAVARD, *Les techniques législatives au service du pouvoir administratif répressif de l’AMF, nouvelle autorité des marchés*, in *LPA*, 5/7/2007, n. 134, 39 ss.; M. GOLDBERG-DARMON, G. GUERIN, *Les dernières réformes relatives à la commission des sanctions de l’autorité des marchés financiers*, in *LPA* 11/2/2009, n. 30, 3 ss.; S. DETRAZ, *Constitutionnalité relative du cumul des sanctions fiscales et pénales*, in *Revue de droit fiscal*, 7 luglio 2016, n. 27, 49-53; M. PELLETIER, *De quelques conséquences (inattendues) des décisions Alec W. et Jérôme C.*, in *Revue de droit fiscal*, 28 luglio 2016, n. 30-35, 3-5; R. SALOMON, *Les questions posées au Conseil constitutionnel*, *ivi*, 26-28; V. PELTIER, *Echappatoire constitutionnelle!*, in *Droit pénal*, settembre 2016, n. 9, 43-44; J.-H. ROBERT, *Lutte contre la phobie administrative*, in *Droit pénal*, gennaio 2019, n. 1, 39-40.

⁶⁷ Cfr. il par. 48 della sentenza *Nodet*, nella quale si legge « En revanche, s’agissant de savoir si les deux procédures visaient des buts complémentaires et concernaient ainsi, non seulement in abstracto mais aussi in concreto, des aspects différents de l’acte préjudiciable à la société en cause, la Cour relève que le Gouvernement ne le soutient pas. Ce dernier tient au contraire à préciser que, dans sa décision du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel a estimé que les sanctions du délit d’initié et du manquement d’initié ne peuvent être regardées comme étant de nature différente en application de règles distinctes devant leur propre ordre de juridiction (paragraphe 38 ci-dessus). La Cour note en effet que, dans sa décision, le Conseil constitutionnel a considéré que ces deux textes tendaient à réprimer les mêmes faits, qu’ils définissaient et qualifiaient de la même manière le manquement d’initié et le délit d’initié, qu’ils protégeaient les mêmes intérêts sociaux et, enfin, qu’ils étaient susceptibles de faire l’objet de sanctions qui n’étaient pas de nature différente (paragraphe 27 cidessus). Dans les circonstances de l’espèce, qui concernaient le délit de manipulation au sens de l’article L. 465-2 du CMF, l’identité des buts visés par les procédures devant l’AMF et les juridictions pénales, qui concernaient des aspects identiques de l’acte préjudiciable à la société en cause, exclut la complémentarité exigée pour constater l’existence d’un lien suffisamment étroit du point de vue matériel et, partant, la compatibilité des procédures mixtes (A et B, précité, § 132) ». Sulla sentenza del *Conseil constitutionnel* (dec. 18 marzo 2015, n. 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC): cfr. A. BUTTON, *Droit penal des affaires – Délit d’initié – Cumul de sanctions administratives et pénales*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2015, n. 2, 367-370; F. STASIAK, *Cumul de poursuites pénales et administratives*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015, n. 2, 374-378. Diverso è il caso del doppio binario in materia di illeciti tributari, che è stato fatto salvo dal *Conseil constitutionnel* (dec. 24 giugno 2016, n. 2016-545 QPC, punto 13; dec. 24 giugno 2016, n. 2016-546 QPC, punto 13; dec. 22 luglio 2016, n. 2016-556 QPC, punto 10; dec. 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC, cit., punto 11 cfr. C. MASCALA, *Cumul de poursuites et cumul de sanctions en matières boursière et fiscale: deux poids, deux mesures pour le Conseil constitutionnel*, in *Recueil Dalloz*, 22 settembre 2016, n° 31, 1839-1841. Il *Conseil* ha ritenuto la normativa conforme ai principi interni, sebbene sullo sfondo del suo ragionamento ‘aleggiassero’ gli indici sintomatici della *close connection* elaborati dalla giurisprudenza delle Corti europee. Sul punto cfr. S. DETRAZ, *La pérennisation jurisprudentielle du cumul des répressions fiscale et pénale*, in *Revue de droit fiscal*, 13 marzo 2019, n. 11, 49-54. Al riguardo v. anche M. PELLETIER, *Droit constitutionnel fiscal 2018*, in *Revue de droit fiscal*, 28 marzo 2019, n. 13, 20 ss.

⁶⁸ Cfr. D. TEGA, *Corte Edu: dinamiche processuali e politica*, in AA. VV., *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, in R. ROMBOLI- A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli di esperienze a confronto*, cit., 16-17; D. GALLIANI, *Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2018/1, 151 ss.; Id., *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* (www.forumcostituzionale.it), 15 aprile 2017.

giungere ad accogliere il ricorso ogniqualvolta manchi un legame materiale e temporale sufficientemente stretto.

7. La sentenza n. 222 del 2019 della Corte costituzionale: ancora sul doppio binario sanzionatorio

L'Italia rientra proprio tra i paesi che mal tollererebbero, in termini di ricadute sistemiche, un'applicazione stringente della *close connection* con riferimento agli abusi di mercato. A differenza della Francia, infatti, il nostro Paese non ha ancora proceduto a modificare il proprio sistema normativo di doppio binario sanzionatorio in tema di *market abuse*, ma -come si è visto- è intervenuto con una disciplina normativa «minimale», che ha sollevato non pochi dubbi interpretativi⁶⁹, a fronte di sanzioni amministrative altamente afflittive (*criminal offences*).

Diverso è invece il doppio binario sanzionatorio nei casi di illeciti tributari, ai quali si applicano sanzioni amministrative sostanzialmente penali, che tuttavia rientrano, generalmente, nella categoria delle sanzioni di minor entità (*minor offences*). Tanto più che per queste sanzioni il sistema normativo italiano ha previsto norme di raccordo tra i procedimenti tributari e penali, che agevolano il soddisfacimento dei criteri sostanziali e temporali in cui si articola la *sufficiently close connection*, come ben emerge dalla recente sentenza n. 222 del 2019 della Corte costituzionale. Con tale sentenza, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi ancora sulla compatibilità del doppio binario sanzionatorio tributario con il principio del *ne bis in idem* e non ha mancato di ricordare che ormai gli automatismi nell'applicazione di tale principio sono stati superati per valorizzare la discrezionalità del giudice, che deve valutare la sussistenza della *close connection in substance and in time*.

Il Tribunale di Bergamo chiedeva una pronuncia additiva sull'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 del Prot. n. 7 alla CEDU e per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti di imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della CEDU e dei relativi Protocolli⁷⁰.

Ritornava quindi alla Corte la medesima questione, già risolta con la sent. n. 102 del 2016, con la quale i giudici costituzionali, nel pronunciare l'inammissibilità, avevano scelto di attendere, da

⁶⁹ Cfr. la Relazione tecnica al d.lgs. n. 107 del 2018 (su cui v. *supra* paragrafo 3), nella quale si afferma testualmente «Dopo l'entrata in vigore della legge delega, sono intervenute le sentenze della CGUE del 20 marzo 2018 sulla nota questione del *ne bis in idem*. Pertanto, in attesa di ulteriori approfondimenti sulla corretta applicazione dei principi contenuti nelle sentenze della Corte, l'intervento modificativo che si propone nel T.U.F. è quello *minimale* rispetto alla norma vigente», (corsivo non testuale). Cfr. al riguardo, F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, cit., 21-22. Su tale disciplina è già intervenuta la Corte costituzionale, con la sent. n. 112 del 2019 in materia di *insider trading*, con la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 186-*sexies* del T.U.F. nella versione introdotta dall'art. 9, comma 2, lett. a), della l. 18 aprile 2005, n. 62, e, in via consequenziale, del testo risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 4, comma 14, del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107. Molto importante in materia di *market abuse* è anche la sent. n. 63 del 2019, cit., con la quale la Corte costituzionale, con una elaborata ma chiarissima sentenza di accoglimento, ha alla fine preso una posizione netta sulla questione del principio di retroattività della *lex mitior* da applicarsi anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive, segnando così un tassello fondamentale nell'iter di conformazione dell'ordinamento italiano ai principi convenzionali. Sul punto, oltre alla bibliografia citata *supra* alla nt. 19, cfr. E. BINDI - A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 27 novembre 2019.

⁷⁰ Sulla ordinanza di rimessione del Tribunale di Bergamo cfr. M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, cit., nt. 16.

una parte, le pronunce della Corte di Giustizia⁷¹, dall'altra l'intervento del legislatore, al quale avevano inviato un monito a disciplinare la materia⁷².

Da quel "lontano" precedente, il quadro giurisprudenziale europeo è molto cambiato, come si è visto, con l'erompere sulla scena della *close connection in substance and time*⁷³. La Corte europea, con la sentenza *A e B c. Norvegia*, ha infatti abbandonato la via dell'automatismo per lasciare spazio alla discrezionalità dell'interprete, in linea con la giurisprudenza precedente della Corte di Giustizia (sentenza *Fransson*), poi confermata nelle successive sentenze *Menci*, *Garlsson Real Estate* e *Di Puma-Zecca*.⁷⁴

In particolare, la Corte di Giustizia, adita sempre dal tribunale di Bergamo, si era pronunciata in via pregiudiziale, con la sentenza *Menci*, sulla conformità con il diritto europeo della normativa italiana, sottoposta adesso al sindacato di costituzionalità. La Corte costituzionale ha, dunque, avuto gioco facile nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 del Prot. n. 7 della CEDU, dal momento che il giudice *a quo* non aveva «chiarito adeguatamente le ragioni per le quali non sarebbero soddisfatte nel caso di specie le condizioni di ammissibilità di un "doppio binario" procedimentale e sanzionatorio per l'omesso versamento di IVA, così come enunciate dalla giurisprudenza europea evocata»⁷⁵.

La Corte costituzionale ha ritenuto invece sussistenti i criteri, materiali e temporale, legittimanti il doppio binario sanzionatorio. Ha ribadito, cioè, che la mera sottoposizione di un imputato a un processo penale per il medesimo fatto per il quale sia già stato definitivamente sanzionato in via amministrativa non integra sempre e necessariamente una violazione del *ne bis in idem*. Affinché sussista la violazione, devono mancare sia il legame materiale che il legame temporale e questa carenza deve essere valutata dal giudice, il quale deve, altresì, valutare – come già affermato nella sentenza n. 43 del 2018 – «se le sanzioni, pur convenzionalmente penali, appartengano o no al nocciolo duro del diritto penale, perché in caso affermativo si sarà più severi nello scrutinare la

⁷¹ Al riguardo v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 28 settembre 2015.

⁷² Sul punto sia consentito rinviare, ancora, a E. BINDI, *Corte costituzionale e doppio binario sanzionatorio (riflessioni a margine della sent. n. 102 del 2016)*, cit., 1131 ss. Sulla sent. n. 102 del 2016 v. anche A.F. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2016, 1498 ss., R. RUDONI, *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo. Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 2016, 2.

⁷³ Al riguardo v. anche Corte cost. sent. n. 43 del 2018, cit., con la quale la Corte ha restituito gli atti al giudice *a quo* al fine di rivalutare la persistente rilevanza della questione di legittimità sollevata a seguito mutamento giurisprudenziale avvenuto con la sentenza *A. e B. c. Norvegia*, mentre al momento della sollevazione della questione il divieto di *bis in idem* convenzionale aveva ancora una natura esclusivamente processuale. Sulla restituzione degli atti al giudice *a quo* cfr. R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2018/III, 636, il quale che rileva come, in caso di restituzione degli atti per la sopravvenienza di pronunce della Corte EDU, «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 diritto».

⁷⁴ Su tali sentenze cfr., *supra*, la nt. 15.

⁷⁵ Corte cost., n. 222 del 2019, punto 2. del *Considerato in diritto*. Del resto, il *petitum* non pare coerente né con i «nuovi» contenuti del *ne bis in idem* convenzionale, che postula un confronto in concreto fra la garanzia fondamentale e il singolo sistema di doppio binario, né con lo stesso percorso motivazionale seguito dal rimettente, che da un punto di vista metodologico si era, in effetti, fondato sulle precipue caratteristiche del sistema punitivo degli omessi versamenti dell'imposta sul valore aggiunto.

sussistenza del legame e più riluttanti a riconoscerlo in concreto»⁷⁶. In altre parole, in linea con la giurisprudenza della Corte europea⁷⁷, se le sanzioni sono stigmatizzanti, il giudice deve applicare un test di valutazione della *close connection* più stringente.

La Corte costituzionale, pertanto, è stata molto attenta a analizzare tutti gli indici sintomatici del test della *close connection*⁷⁸, per mettere in luce le carenze del percorso argomentativo seguito dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione⁷⁹.

Semmai la Corte, in alcuni passaggi della motivazione, pare avere lasciato un po' in ombra il collegamento temporale⁸⁰, cui si riferisce con un fugace accenno, quando afferma che vi sono disposizioni, estranee al corpus normativo del d. lgs. n. 74 del 2000 – sulle quali il giudice *a quo* non si confronta- miranti ad assicurare una *sostanziale contestualità* dell'avvio dell'accertamento tributario e di quello penale⁸¹.

Comunque sia, la disamina sugli altri indici sintomatici del test della *sufficiently close connection* è molto accurata, sebbene, in caso di illeciti tributari, le sanzioni non siano stigmatizzanti e il test di *close connection* debba quindi essere meno stringente. Aspetto questo, del resto, di cui il giudice *a quo* non ha tenuto affatto conto, come giustamente rilevato dai giudici costituzionali⁸².

Un'ultima considerazione con riguardo a quanto eccepito dall'Avvocatura di Stato, in merito alle carenze argomentative dell'ordinanza di rimessione. L'Avvocatura concentra, difatti, tutta la sua attenzione sulla valutazione di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, richiamando espressamente la sentenza *Franconi* della Cassazione penale, come se l'attuale conformazione del *ne bis in idem* europeo equivalesse ad assicurare la proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria, senza alcun rilievo per gli altri profili della *close connection*⁸³.

⁷⁶ Corte cost., n. 43 del 2018, cit., punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁷⁷ Dalla sentenza *A e B* fino alla sentenza *Nodet*.

⁷⁸ Visto che ormai la recente giurisprudenza europea ha superato l'automatismo di *Zolotoukhine* e *Grande Stevens*; come si legge testualmente nella sent. n. 222 del 2019, punto 2.1. del *Considerato in diritto*: «la recente giurisprudenza tanto della Corte europea dei diritti dell'uomo, quanto della Corte di giustizia dell'Unione europea, da cui il rimettente prende le mosse, non affermano affatto che la mera sottoposizione di un imputato a un processo penale per il medesimo fatto per il quale egli sia già stato definitivamente sanzionato in via amministrativa *integri, sempre e necessariamente, una violazione del ne bis in idem*» (corsivo non testuale). Cfr. al riguardo anche il punto 2.2. del *Considerato in diritto*, dove si afferma che contrasta con quanto affermato dalla sentenza *Menci* la conclusione dell'ordinanza di rimessione secondo la quale «la contrarietà al *ne bis in idem* – così come riconosciuto tanto dall'art. 4 Prot. n. 7, quanto dall'art. 50 CDFUE – dell'attuale sistema di “doppio binario” sanzionatorio e procedimentale, così come previsto in astratto dalla legislazione italiana in materia di omesso versamento di IVA [...] *produrrebbe sempre e necessariamente* la violazione del diritto in parola allorché il contribuente, già definitivamente sanzionato in via amministrativa, venga sottoposto a un procedimento penale per la medesima violazione» (corsivo non testuale).

⁷⁹ Corte cost., n. 222 del 2019, cit. punti 2.2.1., 2.2.2., 2.2.3., 2.2.4. e del *Considerato in diritto*. Questi passaggi dell'iter motivazionale della sent. n. 222 del 2019, sono stati poi ripresi Corte di Appello di Reggio Calabria, Sez. II penale, n. 1149, 19 novembre 2019, dep. 3 dicembre 2019, 11 ss.

⁸⁰ Al punto 2.1 del *Considerato in diritto*, sia quando richiama i criteri della *close connection* secondo la sentenza *A e B c. Norvegia*, e non menziona il criterio temporale, sia quando sottolinea che nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenze *Menci*, *Garlsson* e *Di Puma e Zecca*) vi è una «sostanziale coincidenza di tali criteri rispetto a quelli enunciati dalla Corte di Strasburgo», sebbene la Corte di Giustizia trascuri il legame temporale.

⁸¹ Corte cost., n. 222 del 2019, punto 2.2.3. del *Considerato in diritto*, cit.

⁸² Corte cost., n. 222 del 2019, cit., 2.2.5. del *Considerato in diritto*, dove si legge «Nessun argomento spende, infine, il giudice *a quo* sulla questione della riconducibilità o meno delle sanzioni penali previste in materia di evasione di IVA al “nocciolo duro” del diritto penale, rispetto al quale – secondo la sentenza *A e B* contro Norvegia della Corte europea dei diritti dell'uomo – più rigoroso dovrebbe essere il vaglio di compatibilità del “doppio binario” sanzionatorio con la garanzia convenzionale del *ne bis in idem*.»

⁸³ Corte cost., n. 222 del 2019, punto 2.2. del *Ritenuto in fatto*, dove si legge «Tali carenze argomentative imporrebbero di ritenere inammissibili le questioni sollevate, non avendo il rimettente assolto al proprio compito di effettuare, nell'ambito del procedimento penale susseguente a quello amministrativo, il doveroso giudizio di proporzionalità della complessiva risposta punitiva dell'ordinamento all'illecito, alla luce della sanzione amministrativa

Ma questa lettura svalutativa della *sufficiently close connection* non è in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, come ci ha ricordato anche la recente sentenza *Nodet*.

In conclusione, sorge comunque la domanda se l'inammissibilità anche in questo caso possa costituire un *assist* per il giudice, come riteneva il relatore della sentenza in esame, commentando tre anni prima la sentenza n. 102 del 2016⁸⁴. Con la consapevolezza che, tre anni addietro, la Corte Edu non aveva ancora rivisto il proprio orientamento in tema di *ne bis in idem*, letto ancora in termini di automatismo nell'interruzione del secondo giudizio quando il primo si era definitivamente concluso.

La risposta tuttavia, anche adesso, non può che essere positiva, e quindi il giudice che ravvisa la mancanza dei requisiti della *sufficiently close connection* che legittimano il doppio binario sanzionatorio, deve sospendere il secondo giudizio quando il primo si sia concluso. Ma abbandonato ormai l'automatismo, è rimessa alla discrezionalità del giudice la valutazione della *sufficiently close connection* e il suo sindacato sarà più o meno stringente, a seconda che la sanzione sia riconducibile, oppure no, al "nocciolo duro" del diritto penale. Ciò non toglie che l'inammissibilità costituisca

già inflitta, in conformità del resto a quanto già affermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale spetterebbe al giudice di merito operare, nel vigente quadro normativo, una valutazione di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, alla luce delle circostanze del caso concreto e della condotta dell'imputato (è citata Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 16 luglio 2018-10 ottobre 2018, n. 45829». L'Avvocatura dello Stato ritiene inoltre che «L'invocato intervento sull'art. 649 cod. proc. pen. sarebbe infine suscettibile di porsi in contrasto con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, di cui all'art. 112 Cost., atteso che la mera definitività di una sanzione amministrativa verrebbe a paralizzare la prosecuzione dell'azione da parte del pubblico ministero»: così ancora il punto 2.2. del *Ritenuto in fatto*. Questa affermazione sembra tuttavia trascurare che dietro una sanzione qualificata formalmente come amministrativa si cela una sostanza penale; l'esercizio del procedimento sanzionatorio amministrativo non è però esercizio di azione penale e perciò si determina una violazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale ex art. 112 Cost. In tal modo la legalità viene riaffermata non ai fini di tutela dell'individuo, ma in astratto; e allora, sembra lecito domandarsi il principio di obbligatorietà dell'azione penale cosa tuteli. La Corte costituzionale già con la sent. n. 88 del 1991 aveva risposto che le finalità di tale principio sono garantire l'indipendenza del pubblico ministero da qualunque altro potere e l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (cfr., F. RUGGIERI, voce *Azione penale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, 2010, 132; M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, 2658). Ma la prassi applicativa ha dimostrato quanto sia ampia la discrezionalità delle procure nella operatività dell'obbligatorietà dell'azione penale. La scarsità di risorse ha difatti costretto la pubblica accusa a dover selezionare i procedimenti ai quali dare priorità sulla base di criteri che trovano la loro fonte in direttive interne o in provvedimenti del CSM, con buona pace del principio di obbligatorietà dell'azione penale, (sul punto v., L. Russo, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 9 novembre 2016; G. GRASSO, *Sul rilievo dei criteri di priorità nella trattazione degli affari penali nelle deliberazioni del CSM e nelle pronunce della sezione disciplinare*, in *Foro it.*, 2015, III, 48; N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V ed., Bologna, 2019, cap. 6). Del resto, il principio assoluto della doverosità dell'azione, a tutela del potenziale punitivo enucleato dalla legge penale, con l'avvento della Costituzione si è convertito in un valore relativo da relazionarsi con altri valori di rango costituzionale ai quali talvolta può 'cedere' o con i quali raccordarsi (cfr. N. GALATINI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 29 settembre 2019, 1 ss.). Quanto sostenuto dall'Avvocatura di stato sembra in definitiva sottovalutare i problemi applicativi dell'art. 112 Cost. e soprattutto non pare tenere conto che alle sanzioni amministrative afflittive, soprattutto se rientranti nel "nocciolo duro" del diritto penale, la Corte sta iniziando a estendere alcune delle garanzie previste dalla Costituzione per la materia penale (v. ad es. sent. n. 63 del 2019, cit.), con alcune eccezioni relative al principio della responsabilità penale ex art. 27 Cost., perché «strettamente connessi alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale, attorno alla quale è tutt'oggi costruito il sistema sanzionatorio penale» (sent. n. 112 del 2019). Con riferimento a questo profilo, non dovrebbe tuttavia essere sottovalutato che le sanzioni amministrative afflittive limitano la libertà personale del soggetto sanzionato ricadendo anche sul suo diritto al lavoro: sul punto v. *infra* il paragrafo 8, e la nt. 94.

⁸⁴ Cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della consulta un assist ai giudici comuni*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 16 maggio 2016, 1 ss.

ancora oggi «un prezioso assist per il giudice comune italiano, che avrà ora la possibilità (e il dovere) di mostrare di essere all'altezza del proprio compito di tutore dei diritti fondamentali dell'individuo nei confronti della potestà punitiva statale, così come riconosciuti nel comune spazio giuridico europeo»⁸⁵.

8. Il realismo delle Corti: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice

Dall'*excursus* giurisprudenziale in materia emerge con chiarezza che l'automatismo ha fatto posto alla discrezionalità del giudice. A partire dalla sentenza *A. e B. c. Norvegia*, la Corte EDU non ha lasciato dubbi al riguardo, anche se poi la giurisprudenza italiana molto spesso ha letto in tale decisione, per un verso, più di quanto c'è scritto, per l'altro verso, meno di quanto c'è scritto.

Più di quanto c'è scritto perché i giudici italiani hanno *esteso* al doppio binario in materia di abusi di mercato quanto affermato con riferimento al doppio binario per illeciti tributari (*lettura estensiva*).

Meno di quanto che c'è scritto perché in molti casi i giudici italiani hanno *limitato* i criteri della *sufficiently close connection in substance and in time* soltanto alla valutazione della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato, lasciando in ombra il contenuto processuale (*lettura svalutativa*).

Dal combinato della lettura *estensiva* dei criteri della *close connection*, con la lettura in parte *svalutativa* dei suddetti criteri, si è consolidato un orientamento giurisprudenziale interno che ha ritenuto conformi al principio del *ne bis in idem* convenzionale molte applicazioni del doppio binario sanzionatorio per *market abuse*, la cui conformità all'art. 4 del Prot. add. n. 7 alla CEDU è invece piuttosto dubbia.

Per la verità la Corte EDU, già nella sentenza *A e B c. Norvegia*, aveva messo in luce che l'appartenenza di una sanzione al nocciolo duro del diritto penale, comporta un diverso grado di intensità del legame richiesto tra i due procedimenti sanzionatori. Distinguendo cioè tra sanzioni afflittive stigmatizzanti e non stigmatizzanti, aveva ritenuto che in questa seconda ipotesi il test della *close connection* potesse essere meno stringente. Anche la più recente sentenza *Nodet* ha ribadito che in caso di sanzione rientrante nel nocciolo duro del diritto penale la valutazione del nesso tra i due procedimenti deve essere più rigorosa. E soprattutto ha messo ben in luce che affinché non vi sia violazione del *ne bis in idem* non basta scongiurare la sproporzione del trattamento sanzionatorio complessivo, ma è necessario che siano soddisfatti tutti gli indici sintomatici della *close connection*.

Come è stato giustamente detto, «il diritto a non essere giudicati due volte per il medesimo fatto, infatti, prima di declinarsi nella (minore) pretesa a una pena giusta e proporzionata, implica soprattutto il titolo a non sopportare due procedimenti e i relativi costi»⁸⁶.

La sentenza *Nodet*, seppur indirizzata alla Francia, ha, quindi, costituito un'ulteriore conferma da parte della Corte EDU di quanto sostenuto da tempo in dottrina: che, applicando tutti gli indici

⁸⁵ Così F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della consulta un assist ai giudici comuni*, cit., che sottolinea come «anche al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto UE, dove non possono essere invocati i diritti riconosciuti dalla CDFUE (come, ad es., nella materia dell'omesso versamento di ritenute d'imposta)», il giudice comune «possa assicurare diretta applicazione all'art. 4 prot. 7 CEDU, che è - dopo tutto - convenzione ratificata e resa esecutiva con la legge 9 aprile 1990, n. 98, che ne ha determinato l'incorporazione nell'ordinamento italiano con il rango di norma primaria». Del resto, «che le norme della CEDU (e dei suoi protocolli) siano suscettibili di diretta applicazione da parte del giudice comune» è consentito «in tutte le ipotesi in cui esse si inseriscano in spazi giuridicamente 'vuoti', non regolati cioè in modo antinomico da una disposizione di diritto interno», come nel caso dell'«area applicativa eccedente quella coperta dall'art. 649 c.p.p.».

⁸⁶ Così C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, cit., 21.

sintomatici della connessione, sostanziali e processuali, il sistema di doppio binario italiano in tema di *market abuse* finisce per contrastare con il divieto di *bis in idem*, sia perché non soddisfa il requisito della complementarità degli scopi dei due procedimenti sanzionatori, in quanto caratterizzati da *unicità teleologica*⁸⁷; sia perché manca anche il requisito dell'adeguata interazione tra le autorità in modo da evitare la duplicazione nella raccolta delle prove⁸⁸. Diverso è il caso delle sanzioni tributarie⁸⁹, per le quali il sistema normativo italiano prevede meccanismi atti a soddisfare il necessario collegamento materiale e temporale tra i due procedimenti, come emerge dalla sent. n. 222 del 2019 della Corte costituzionale.

In sintesi, dalla sentenza *Nodet* della Corte EDU discende l'imprescindibile necessità di una riforma normativa del sistema italiano in materia di *market abuse*. L'intervento del legislatore del 2018 -come si è visto- è stato parziale e non ha risolto tutti i problemi, anzi per certi aspetti li ha complicati.

Il nostro legislatore è intervenuto difatti solo su alcuni aspetti; ma ciò che manca è un intervento più organico, magari guardando all'esperienza inglese, senza voler sottovalutare le differenze fra i due ordinamenti. Un meccanismo deterrente a sanzioni crescenti: dagli illeciti amministrativi per le condotte meno lesive, alla repressione penale nei casi più gravi, assumendo come parametro discrezionale la proporzionalità tra entità dell'offesa e tutela dei beni giuridici in gioco, come appunto attualmente accade nel Regno Unito⁹⁰.

Si potrebbe guardare anche alla Francia. Il legislatore italiano, che nel licenziare il d.lgs. n. 107 del 2018 aveva già messo in conto un ulteriore intervento legislativo, potrebbe ora ispirarsi al nuovo modello punitivo francese, allo scopo di predisporre una soluzione tecnica coerente con i vincoli convenzionali, passando da un modello di "doppio binario cumulativo" ad un modello di "doppio binario alternativo".

Un meccanismo deterrente a sanzioni crescenti, e quindi una gradazione tra le diverse sanzioni, costituisce probabilmente lo strumento per risolvere anche il grande problema, di natura ordinamentale e di politica legislativa che sta dietro, ma che condiziona inevitabilmente, tutta questa problematica⁹¹. La gradazione tra le sanzioni consentirebbe, a sua volta, una gradazione della estensione delle garanzie e quindi, nella sostanza, un possibile bilanciamento tra le esigenze di garanzia e i fini della depenalizzazione⁹².

⁸⁷ È dato inconfutabile, chiaramente espresso anche dalla MAR II – che entrambi i procedimenti tutelano la "integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari", sinergicamente perseguite dalla sanzione amministrativa e da quella penale (costituendo quest'ultima una modalità di protezione più incisiva del medesimo interesse giuridico): così M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio"*, cit.

⁸⁸ Sebbene la Corte di Giustizia e la Corte di Cassazione si accontentino della previsione normativa di obblighi di cooperazione (*ex art. 187-decies*). Basti pensare che nel processo penale non possono essere recepite le prove già raccolte e formate nel procedimento amministrativo (cfr. E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 5/2017, 217 ss.), e che la Consob, più che cooperare con l'autorità giudiziaria, è legittimata a costituirsi parte civile nel procedimento penale (cfr. ancora M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio"*, cit.). Sul punto v. *supra* il paragrafo 4, nt. 42.

⁸⁹ Che di solito si concretizzano in un aumento percentuale dell'imposta non versata sono sanzioni punitive 'meno stigmatizzanti', non fanno parte dello "nocciolo duro del diritto penale" e sono sottoposte ad una più indulgente valutazione della *close connection*.

⁹⁰ Al riguardo cfr. G. GIORGINI PIGNATIello, *Regno Unito e Italia: qualche riflessione sul ne bis in idem sostanziale in materia di manipolazione del mercato*, in *Arch. pen.*, 2018, fasc.1, 3 ss.

⁹¹ Anche le recenti sentenze della Corte di Strasburgo, come si è visto, utilizzano la distinzione tra *criminal offences* e *minor offences* in relazione alla difficilissima questione del *ne bis in idem*.

⁹² In senso analogo anche C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, cit., 32 e ss., il quale sottolinea che in questo contesto, l'unica via da percorrere non può che essere la riforma legislativa. Tra le tre

Per il momento, a fronte di un modello di doppio binario cumulativo, la soluzione trovata dalla giurisprudenza italiana, sia di merito che di legittimità, per scomputare le sanzioni dal contenuto disomogeneo in tema di *market abuse*, se non *pienamente* soddisfacente in termini di principio di legalità, riesce nondimeno ad ovviare ad un dettato normativo carente.

Certo non si può sottovalutare che siffatto meccanismo di scomputo alla fine avvantaggi i soggetti «economicamente più forti» che hanno i mezzi per pagare la sanzione pecuniaria irrogata dalla Consob e che può raggiungere importi assai elevati. Questi possono “conquistarsi” una riduzione (anche rilevante) della pena detentiva. Altrettanto non possono ottenere coloro che, versando in disagiate condizioni, non riescano pagare la sanzione pecuniaria amministrativa⁹³.

Questa disuguaglianza tra chi è ricco e chi è povero non dovrebbe, quindi, essere trascurata.

Così come non dovrebbe essere sottovalutato che le sanzioni amministrative afflittive limitano la libertà personale del soggetto sanzionato ricadendo anche sul suo diritto al lavoro. Come è stato giustamente sottolineato in dottrina, le sanzioni interdittive -come, ad esempio, l'incapacità ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate - e le conseguenze inabilitative, -come, ad esempio, la perdita dei requisiti di onorabilità- previste per l'illecito amministrativo hanno una indubbia portata afflittiva, incidendo direttamente sulla libertà personale del soggetto. «A meno di credere che la libertà personale debba essere intesa soltanto nel senso (ben angusto) di limitazione del movimento nello spazio fisico, la nozione di libertà personale dell'individuo concerne infatti e senz'altro anche la possibilità di svolgere ogni attività lavorativa (dipendente o autonoma) lecita, possibilità che rappresenta l'estrinsecazione di un diritto fondamentale, come tale espressamente riconosciuto dall'art. 4 Cost.»⁹⁴.

Infine, non dovrebbe essere sottovalutato che il soggetto sanzionato dalle autorità di controllo dei mercati finanziari versa in una situazione di *debolezza* sia durante il procedimento amministrativo davanti all'autorità indipendente che irroga la sanzione⁹⁵, sia nel giudizio di

soluzioni possibili: a) eliminare di una delle due tipologie di sanzioni, b) introdurre un sistema alternativo, e non cumulativo, delle sanzioni, e c) perimetrare le fattispecie di abusi di mercato, prevedendo, per alcune di esse (le più gravi), la sola sanzione penale e, per le altre, la sola sanzione amministrativa. Ed è quest'ultima soluzione che sembra preferibile. Sul punto v. anche G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio* in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento interno. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Padova, 2016, 515 ss.; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato, una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 2016, 1, 186 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La natura delle sanzioni CONSOB*, cit., 15 ss.; J. Y. CHEVALLIER, *Droit des peines, Cumul des sanctions pénales et administratives*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2015, n. 1, 107-108.

⁹³ Così F. MUCCIARELLI, *“Doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*, cit. che conclude constatando “con monotonia, che l'inerzia e l'insipienza del legislatore, pur non avendo la grandezza necessaria per creare (al pari del sonno della ragione) mostri, generano situazioni nelle quali l'interprete si trova obbligato a ricercare soluzioni comunque foriere d'incertezze, specialmente perniciose nella *materia penale*”.

⁹⁴ Così F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, cit., 7; ID., *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in C. F. PALIERO, F. VIGANÒ, E. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 1170.

⁹⁵ Cfr. R. COSTI, *La difesa del sanzionato: una missione impossibile*, in *Banca Impresa Società*, 2019, n. 1, 3 ss.; che sottolinea come fino al momento del ricevimento della lettera di contestazione il sanzionando «si trova in una posizione del tutto passiva. Non ha alcuna possibilità di interloquire nella formazione della lettera di contestazione; lettera che imprime al procedimento una direzione unilateralmente stabilita dall'Autorità che dovrà adottare il provvedimento sanzionatorio». Dopodiché «né il sanzionando né il suo avvocato possono illudersi» che le controdeduzioni che trasmettono all'autorità procedente «possano porre termine al procedimento sanzionatorio». Sul punto v. anche F. TIRIO, *Le garanzie nei procedimenti sanzionatori della Consob dopo la sentenza Grande Stevens e le successive modifiche regolamentari*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 2018, 554 ss.; E. DESANA, *Sanzioni Consob, Banca d'Italia e garanzie dell'incolpato: never ending story?*, in *Banca Impresa Società*, 2019, n. 2, 367 ss. La Corte costituzionale, con l'ordinanza

opposizione davanti al giudice ordinario, cui si rivolge con la speranza di ottenere l'annullamento della sanzione⁹⁶. La casistica, infatti, sembra dimostrare che il giudice ordinario è deferente nei confronti della Consob e assai di rado i giudizi di opposizione a queste sanzioni si concludono con sentenze di accoglimento che sostituiscono la valutazione dell'autorità con quella del giudice. Ne consegue l'affannosa ricerca da parte degli avvocati del sanzionato di vizi formali del provvedimento (ad esempio, la non osservanza di termini entro i quali debba essere contestata la violazione) che non possono ovviamente essere neutralizzati da un atteggiamento deferente.

La difesa del sanzionato diventa, dunque, una missione impossibile: l'avvocato sa di andare incontro ad una quasi certa sconfitta quando coltiva l'idea di veder cancellata la sanzione che Consob abbia deciso di irrogare⁹⁷.

In conclusione, senza un intervento legislativo, troppi sono i problemi che rimangono irrisolti. Il passaggio da una "sorta di automatismo" nell'accertare la sussistenza del doppio binario sanzionatorio, ad un criterio ampio come la *close connection*, ha permesso ai giudici un'ampia discrezionalità, invocata a gran voce da molti Stati europei, ma che non deve servire ai giudici italiani da via di fuga per salvare il doppio binario, anche quando non sussistono tutti i requisiti della *close connection in substance and time*.

Diversamente, in attesa che il legislatore italiano intervenga in materia, l'Italia andrà incontro a ulteriori condanne da parte della Corte EDU. Se poi la Corte EDU non dovesse accogliere i ricorsi, si rischia di veder vanificata la valenza garantistica del principio del *ne bis in idem*⁹⁸, principio che ha origini assai antiche e che è ormai riconosciuto formalmente in pressoché tutte le costituzioni più recenti, in quanto principio cardine dello Stato di diritto di matrice liberal-democratica⁹⁹.

n. 117 del 2019, ha adesso proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per verificare se, per la normativa europea, il sanzionando abbia il diritto al silenzio ossia il diritto di non rispondere alle domande della Consob nell'ambito della sua attività di vigilanza sui mercati finanziari. Sulla suddetta ordinanza, cfr. A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi 2019/II, 242 ss.

⁹⁶ La competenza è tornata, difatti, al giudice ordinario, a conclusione di una lunga vicenda che giustamente è stata definita come "il balletto delle giurisdizioni": cfr. M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, 1166 ss.

⁹⁷ Cfr. R. COSTI, *La difesa del sanzionato: una missione impossibile*, in *Banca Impresa Società*, 2019, fasc. 1, 3-11, spec. 3.

⁹⁸ Come è noto, la Costituzione italiana non prevede testualmente il principio del *ne bis in idem*, che trova la sua formulazione a livello di fonti di primo grado nell'art. 649 c.p.p. Tuttavia, la Corte costituzionale, ha colmato questa mancanza con la sent. n. 200 del 2016 laddove ha tratto tale principio, nella sua dimensione nazionale, dal combinato disposto degli artt. 24 e 111 Cost.

⁹⁹ Sul punto, v. P. COSTANZO, L. TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., 851-852, che ricordano come «di un tale principio sarebbe rinvenibile traccia nel *Corpus Juris Civilis* (529-534 d.C.)», e che «si è poi perpetuato nei secoli come dimostra, tra l'altro, la particolare attenzione dedicata all'argomento, in epoca medievale, nella *Common Law*, da parte dell'arcivescovo di Canterbury Thomas Becket (XII sec.) ed ancora successivamente sul suolo italico, da parte di Bartolo da Sassoferrato (XIV secolo)». Al riguardo v. anche V. ANDRIOLI, *Il principio del ne bis in idem e la dottrina del processo in Annali triestini di diritto, economia e politica*, 1941, 255 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. I, Teoria generale del Processo. Procedura civile, Milano, 2007, 42 ss.

ANDREA BONOMI

Il sindacato sul *quantum* delle sanzioni penali alla luce del più recente orientamento del Giudice delle leggi: fondamento, estensione, limiti e una proposta di soluzione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'impostazione fondata sul canone della ragionevolezza seguita dalla Corte costituzionale nel sindacato sul *quantum* della sanzione penale e il suo parziale superamento in alcune particolari decisioni. – 3. L'impostazione che prescinde dal canone della ragionevolezza seguita solo eccezionalmente dalla Corte costituzionale nel sindacato sul *quantum* della sanzione penale. – 4. Il più recente orientamento della Corte costituzionale in merito al sindacato sul *quantum* della sanzione penale: novità, pregi e difetti. – 5. Conclusioni: una proposta di soluzione.

1. Premessa

È per me molto gradito l'invito a realizzare uno scritto dedicato al professor Pasquale Costanzo, una figura di maestro presso il quale ricordo di aver intrapreso l'inizio del mio percorso in ambito accademico e che ho sempre considerato da allora come un punto di riferimento in virtù del suo spessore di studioso nell'ambito del diritto costituzionale.

Il vasto campo di interesse della personalità accademica del professor Costanzo ha abbracciato numerosi filoni d'indagine fra i quali non manca lo studio della posizione assunta dalla Corte costituzionale in materia di discrezionalità legislativa¹.

Secondo una tradizionale corrente di pensiero, che, pur con radici lontane nel tempo, è stata autorevolmente sostenuta anche nei tempi più recenti, vi sono alcuni "ambiti materiali" in riferimento ai quali la discrezionalità² del legislatore, se non totale, è comunque molto ampia.

Il corollario di questa tesi è il seguente: il Giudice delle leggi, posto di fronte alla questione di costituzionalità di una legge approvata in uno di questi "ambiti materiali" e ritenuta affetta da un vizio di natura sostanziale³, dovrebbe astenersi dal giudizio dichiarando l'inammissibilità⁴ della

¹ Il riferimento è a P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in M. REVENGA SANCHEZ - E. PAJARES MONTOLIO - J. RODRIGUEZ-DRINCOURT, *50 años de la Corte constitucional italiana, 25 años del Tribunal constitucional español*, Madrid, 2007, 31-42, nonché al volume – di cui Costanzo è stato curatore insieme a R. Balduzzi – *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, che sulla base di vari contributi indaga il tema, inestricabilmente connesso a quello della discrezionalità legislativa, inerente la creazione di zone d'ombra.

² A giudizio di A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifiche di pari normazione in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.*, 1974, 2166, in luogo del termine "discrezionalità" si dovrebbe adoperare il termine più appropriato di "scelta politica riservata al Parlamento".

³ È chiaro che di fronte ad un vizio di carattere meramente formale – attinente, per esempio, ad un "difetto procedurale" di formazione della legge – la Corte non potrebbe mai opporre l'argomento secondo cui la legge sottoposta al suo vaglio "sfugge al [suo] sindacato" perché trae "origine da una valutazione di carattere prettamente politico": così la sent. n. 111 del 1968 con cui con questa argomentazione veniva dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale del d.l.l. n. 535/1945 nella parte in cui aveva disposto la revoca delle concessioni di decorazioni al valor militare e dell'ordine militare di Savoia a favore di appartenenti alla disciolta milizia volontaria sicurezza nazionale in dipendenza di atti compiuti in occasione della guerra di Spagna. Sulla sentenza cfr. il commento di L. ELIA, *La guerra di Spagna come «fatto ideologico»: un caso di «political question»?», in *Giur. cost.*, 1968, spec. 1749.*

⁴ Molto spesso a supporto di questa "astensione" dal giudizio nel merito da parte della Corte viene addotto l'art. 28 l. n. 87/1953 a mente del quale, come è a tutti noto, "il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o su un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento": in questo senso il principio posto da tale disposizione è indicato come lo «spartiacque» (così A. PIZZORUSSO, *sub art. 134*, in *Comm. della Cost.*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1981, 102) che separa le questioni di legittimità da quelle di merito. In merito cfr. anche la successiva nota 166.

questione o, al massimo, entrare nel merito della stessa, ma pronunciare una decisione di infondatezza⁵.

Le leggi inerenti questi “ambiti materiali” sono state individuate non senza disaccordi in seno agli studiosi, ma in ogni caso le più emblematiche fra esse possono essere identificate sostanzialmente nelle seguenti.

In primo luogo le leggi che intendono fronteggiare e che dunque disciplinano le situazioni di emergenza, ovvero quelle tipicamente riconducibili al cosiddetto “stato d’assedio politico”⁶: posto che tali situazioni eccezionali devono essere ritenute comprensive di variegati fenomeni eccezionali quali i tumulti interni, le epidemie e le malattie contagiose, le calamità naturali e le minacce terroristiche alle istituzioni, il sindacato sulla ragionevolezza di queste leggi ad opera della Corte costituzionale assumerebbe un «rilievo 'inconsueto'»⁷.

In secondo luogo le leggi che regolano la “materia elettorale”: in questo “ambito” il “margine di intervento” della Corte costituzionale risulterebbe molto limitato sia perché la Costituzione non vincola il Parlamento all’adozione di una particolare formula elettorale sia perché l’esercizio della sovranità popolare presuppone una scelta delicata, quella del sistema volto a trasformare i voti in seggi, in cui tale sovranità si esercita attraverso il fondamentale esercizio del diritto di voto e in cui dunque la discrezionalità del Parlamento, quale sede della rappresentanza politica nazionale, dovrebbe essere ritenuta molto ampia⁸.

In terzo luogo le leggi in cui si manifestano i rapporti internazionali dello Stato, con speciale riguardo alle leggi di adattamento ai trattati internazionali: l’applicazione della cosiddetta dottrina dell’*Act of State* intesa nella sua accezione “interna”⁹ nell’ordinamento italiano ha indotto alla conclusione che il sindacato del Giudice delle leggi sulle norme di origine internazionale non potrebbe essere pieno, ma dovrebbe rimanere vincolato alle *suggestions*, ossia alle scelte e alle indicazioni provenienti dagli organi politici competenti¹⁰.

⁵ A giudizio di A. CERRI, *Inammissibilità «assoluta» ed infondatezza*, in *Giur. cost.*, 1983, 1223, «non c’è dubbio che i concetti di inammissibilità ed infondatezza, al vertice, si ricongiungono. Quando cioè l’inammissibilità non è più legata alle particolari circostanze di una certa procedura ma è, per così dire, assoluta, essa equivale all’infondatezza»; in senso conforme C. PIPERNO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, 1991, 160, nonché M. BIGNAMI, *Brevi osservazioni sulla nozione di additività nelle decisioni della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, 1244, secondo il quale la declaratoria di inammissibilità di una questione in quanto “coperta” sotto ogni profilo dall’insindacabile discrezionalità legislativa «nasconde una sorta di dichiarazione di “infondatezza assoluta”».

⁶ Per maggiori ragguagli sulla distinzione fra il classico “stato d’assedio militare” e lo “stato d’assedio politico” o “fittizio” o anche “civile”, ovvero lo «stato d’assedio senza assedio» (così G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, 283), cfr., volendo, A. BONOMI, *Un possibile nuovo “rapporto” fra legge regionale e legge statale: “abrogazione territoriale” o “deroga-sospensione” sul modello dello “stato d’assedio”?*, di imminente pubblicazione all’interno del volume che raccoglie gli Atti del convegno “Regionalismo differenziato e specialità regionale” che si è tenuto a Torino il 21 giugno 2019.

⁷ Così P. PINNA, *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, 183.

⁸ M.C. GRISOLIA, *La legge elettorale tra la discrezionalità del Parlamento e i nuovi vincoli imposti dal sistema*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2017, n. 1, 2, in riferimento alla legge in questo “ambito materiale” parla della «più politica delle leggi».

⁹ Per maggiori ragguagli su questa dottrina cfr. la decisione della *Supreme Court* statunitense *W.S. Kirkpatrick & Co. v. Environmental Tectonics Corp.*, 493 U.S. 400 (1990), e in particolare quanto *ivi* osservato dal giudice Scalia estensore della decisione, mentre nella dottrina americana cfr. perlomeno G.W. DELLAPENNA, *Deciphering the Act of State Doctrine*, in *Vill. Law Rev.* (vol. 35), 1995, partic. 49; J.M. ROGERS, *International Law and United States Law*, Brookfield (Vermont), 1999, spec. 221-222.

¹⁰ Cfr. G. STROZZI, *Regioni e adattamento dell’ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1983, spec. 119-120 e 133; C. DELL’ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani. II. Il potere estero fra segreto e politica*, Padova, 1990, partic. 91 e nota 239; volendo, A. BONOMI, *Il ‘limite’ degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008, 133-135.

In quarto luogo le leggi che sono ritenute forse la manifestazione per eccellenza dell'esercizio del "potere discrezionale del Parlamento", ovvero sia le leggi incriminatrici: in riferimento alle scelte penali è stato osservato che la loro natura squisitamente politica «è lo spigolo acuto contro il quale – inevitabilmente – finisce per urtare il giudice costituzionale»¹¹ e in merito alle scelte relative più specificamente al *quantum* delle pene è stato addirittura sostenuto che lo «stabilire una misura di sanzione è... operazione di tipo discrezionale riservata alle scelte politiche del legislatore... che può essere criticata e sindacata con sanzioni di tipo politico e, in modo particolare, attraverso il vaglio degli elettori alla prossima consultazione elettorale... Se volesse accingersi a questo compito, la Corte [costituzionale] assumerebbe, di fatto, una funzione legislativa analoga a quella del Parlamento: ciò che, certo, non corrisponde al rapporto tra i poteri dello Stato configurato nella nostra Costituzione»¹².

In relazione a quanto finora esposto ci si limita soltanto a svolgere le seguenti due considerazioni.

La prima è che in effetti in ognuno degli "ambiti materiali" sopra ricordati – ma, a dir la verità, anche in qualche altro come emblematicamente il "settore" processuale¹³ – la Corte costituzionale, analogamente all'atteggiamento tenuto da altri tribunali costituzionali, ha adottato per lungo tempo un orientamento di rigoroso *self restraint*: tale orientamento soltanto in tempi recenti, o relativamente tali, è stato in tutti quei "settori" dalla stessa Corte più o meno ampiamente rivisto sia pure sulla base di tutta una serie di cautele.

La seconda è che risulta molto difficile esprimersi nel senso di una incondizionata adesione o, al contrario, di una secca contestazione della corrente di pensiero che predica un'astensione o una limitazione dei poteri di intervento del Giudice delle leggi in quegli "ambiti materiali": in realtà, la soluzione più corretta sarebbe probabilmente quella di valutare separatamente ognuno di questi vari "ambiti materiali" per poi considerare di quale e di quanta discrezionalità debba disporre il legislatore in ciascuno di essi e se si possa predicare e, in caso di risposta affermativa, con quali limiti una riduzione dei "margini d'azione" o addirittura l'esistenza di «una zona di impenetrabilità»¹⁴ da parte della Consulta.

¹¹ Così A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 2, 787, il quale peraltro non sembra condividere la tesi volta a sostenere una riduzione dei poteri della Corte soprattutto in riferimento al cosiddetto delta punitivo e, anzi, saluta con favore il diverso orientamento che recentemente la Corte parrebbe in materia aver inaugurato e sul quale più oltre sopra nel testo ci si soffermerà.

¹² Così A. PAGLIARO, *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori o «sproporzione» irrazionale?*, in *Giur. cost.*, 1997, 774; in senso sostanzialmente conforme cfr. già F. CURI, *L'attività «parelegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1995, 1096, secondo la quale «sembra... difficilmente negabile che acconsentendo all'ingresso, anche in quest'area, di un sindacato sulla ragionevolezza si produca come effetto derivato un affidamento di scelte di politica criminale ai giudici costituzionali, piuttosto che al legislatore».

¹³ Nel "settore" della disciplina processuale la pressoché costante giurisprudenza costituzionale ha chiarito che "nella... conformazione [di esso] il legislatore gode di ampia discrezionalità, con il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte adottate": così recentemente la sent. n. 47 del 2020 in riferimento alla pacifica riconducibilità dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato alla disciplina processuale. In senso critico su questo «mito della discrezionalità assoluta del legislatore nel settore processuale» cfr. G. SORRENTI, *Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.*, 2014, n. 3, partic. 823 ss. – cui si deve la precedente citazione (cfr., *op. cit.*, 823) –, la quale osserva che la tesi secondo cui la riserva ex art. 111, comma 2 Cost., rimettendo la disciplina processuale alla discrezionalità del legislatore, deve imporre uno standard alquanto *soft* di scrutinio delle norme processuali urta contro la finalità della riserva di legge consistente nel sottoporre la disciplina – che più o meno incisivamente incide su diritti fondamentali – su certe materie al regime dei controlli per gli atti dotati di valore di legge: quella tesi, «affievolendo il tenore dei controlli, finisc[e] proprio per vanificare quella essenziale finalità» (832).

¹⁴ L'espressione è tratta da G. DI GASPARÉ, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico – L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, 1984, 162.

Ed è proprio in modo particolare per questa seconda considerazione che in questa sede sarà affrontato uno esclusivamente di tali “ambiti materiali”.

La scelta poi di confinare l'indagine solo al “settore” della “materia penale”¹⁵ si giustifica sulla base di due motivazioni: in primo luogo tale “settore” è, fra tutti quelli poco addietro indicati, quello su cui si registra il più recente mutamento di indirizzo da parte della giurisprudenza costituzionale; in secondo luogo, e in particolar modo, la materia penale non solo è “potenzialmente incidente nei più diversi ambiti materiali ed anche in quelli compresi nelle potestà legislative esclusive, concorrenti o residuali delle Regioni, le cui scelte potranno risultarne talvolta... semplicemente inibite”¹⁶, ma è anche caratterizzata da «profili di durezza che sono sconosciuti ad altri campi» al punto tale che nelle fattispecie che la interessano «si pongono i problemi più delicati in termini di protezione dei diritti e di concreto funzionamento delle garanzie»¹⁷.

Che tanto la scelta relativa all'*an* e agli aspetti specifici del fatto da incriminare¹⁸ quanto quella inerente la misura della sanzione penale¹⁹ siano state da sempre considerate, volendo usare un'espressione propria del diritto internazionale, «dominio riservato»²⁰ del legislatore è *communis opinio*: dopotutto sono già i lavori preparatori della Costituzione a dimostrare come la formula “essere punito” contenuta nell'art. 25, comma 2 Cost. abbracci non solo il precetto, ma anche la pena²¹; anzi, a voler essere precisi, quanto appena osservato vale molto di più per la pena che non per la determinazione della fattispecie di reato se è vero che la costante giurisprudenza costituzionale, pur avendo acconsentito in più occasioni che la determinazione della fattispecie possa avvenire anche ad opera della fonte secondaria²², ha però sempre ritenuto la riserva di cui all'art. 25, comma 2 Cost. assoluta in riferimento alla sanzione penale alla stessa fattispecie riconnessa²³.

Ed è proprio in merito all'assolutezza della riserva di legge in materia di misura delle pene che deve registrarsi, ad opera del Giudice delle leggi nel suo più recente orientamento in materia,

¹⁵ ... “concetto”, questo, già *ex se* non poco controverso specialmente alla luce dell'interazione con la dimensione sovratattuale: sul punto cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, *multis locis*.

¹⁶ Così la sent. n. 185 del 2004 secondo la quale “la “materia penale”, intesa come l'insieme dei beni e valori ai quali viene accordata la tutela più intensa, non è di regola determinabile a priori; essa nasce nel momento in cui il legislatore nazionale pone norme incriminatrici e ciò può avvenire in qualsiasi settore...”.

¹⁷ Entrambe le citazioni sono tratte da M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 25 ottobre 2018, 10.

¹⁸ ... purché non si tratti di tutelare penalmente interessi esplicitamente contrastanti con i principi costituzionali o di incriminare fatti attraverso cui vengano esercitati diritti costituzionalmente riconosciuti: per ragguagli su tutta questa problematica cfr. M. PARODI GIUSINO, *Effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, spec. 930; volendo, A. BONOMI, *La discrezionalità assoluta del legislatore nel prescegliere l'“oggetto” della tutela penale: un teorema da rivedere nel suo “impianto concettuale” e nei suoi “risvolti processuali”*, in E. D'ORLANDO e L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 117 ss., partic. 119.

¹⁹ In tal senso, fra i tanti, cfr. A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 787-788.

²⁰ L'espressione è non a caso tratta dal titolo di un noto volume di un internazionalista, ovvero di G. SPERDUTI, *Il dominio riservato*, Milano, 1970, il quale definiva il dominio riservato appunto la «sfera giuridicamente assicurata all'indisturbata azione statale» (49) e concludeva così che «l'appartenenza di una questione al dominio riservato di uno Stato dipende dalla duplice circostanza che né doveri giuridici né doveri morali segnano allo Stato, nella sua qualità di membro della comunità internazionale, una linea di condotta in relazione alla questione stessa, così che criterio di azioni gli è solo il sovrano apprezzamento delle esigenze della comunità nazionale» (57-58).

²¹ Il punto è sottolineato in dottrina da E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 1, 14.

²² Sul punto cfr. per ulteriori osservazioni G. AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giur. cost.*, 1964, partic. 493 e 497. La più recente giurisprudenza costituzionale sembrerebbe invece aver voluto porre un freno – ancorché soltanto sulla base di certe condizioni – alla tendenza a “dar vita” a fattispecie di reato mediante atti aventi forza di legge (cfr. le sentt. n. 5 del 2014 e n. 32 dello stesso anno).

²³ Si può parlare di uno “sdoppiamento” della riserva di cui all'art. 25, comma 2 Cost. in relazione all'oggetto su cui essa cade, ovvero di una riserva relativa in ordine alla fattispecie e di una invece assoluta in riferimento alla sanzione penale: sul punto cfr., volendo, A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, cit., 316-317.

un'attenuazione dovuta ad un rafforzamento della valenza garantista a scapito di quella democratica della stessa riserva di legge²⁴: a questo proposito a partire dalla sentenza n. 236 del 2016 ma soprattutto in modo ancora più netto dalla sentenza n. 222 del 2018 è stato ravvisato l'avvio di un «deciso cambio di passo»²⁵ se non addirittura una vera e propria «inversione di rotta»²⁶ che parrebbe confermata anche dalle sentenze successive.

Prima di soffermarsi su tale recente orientamento è opportuno però tratteggiare quello che è stato l'«approccio» del Giudice delle leggi in merito al sindacato sul *quantum* della pena.

2. L'impostazione fondata sul canone della ragionevolezza seguita dalla Corte costituzionale nel sindacato sul quantum della sanzione penale e il suo parziale superamento in alcune particolari decisioni

Il problema dell'individuazione di criteri di adeguatezza nella determinazione delle pene rispetto alla gravità del reato, che si è posto fin «da quando è stata abbandonata la 'legge del taglione'... cieca espressione di istinti primitivi di vendetta»²⁷ ma che è stato impostato in modo netto nei termini di proporzione fra disvalore del fatto e quantità di sanzione da parte dei pensatori illuministi a partire innanzitutto da Beccaria²⁸, può essere impostato sostanzialmente in due modi.

Il primo consiste nell'estensione della specifica forma di controllo di costituzionalità che si sostanzia nel sindacato sulla ragionevolezza alle norme che fissano la misura della sanzione penale.

Il secondo non trova fondamento nel controllo di ragionevolezza, bensì consiste nell'assodare se sia possibile individuare una o più disposizioni costituzionali da cui dedurre l'esistenza di alcuni principi relativi ai presupposti, al contenuto e alle finalità della sanzione criminale.

²⁴ Da sempre si fronteggiano un indirizzo che vede la riserva di legge in funzione di garanzia (si pensi a questa emblematica affermazione di L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958, 82: «la riserva di legge costituisce, dal punto di vista dei soggetti privati, la garanzia che le loro libertà verranno sì limitate, ma in modo uguale per tutti e ad esclusione di ogni eventuale diversità di trattamento da parte di atti non concernenti l'intero complesso dei cittadini») e un altro indirizzo che riconduce l'istituto al principio democratico (cfr. esemplarmente A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, Torino, 1969, partic. 26 ss.): sul punto cfr. A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 139-140; G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratutuali*, Torino, 2019, partic. 24-40.

²⁵ A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 10 dicembre 2018, § 6.2.

²⁶ M. DI LELLO FINUOLI, *La pena dell'alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione*, in *Giur. it.*, 2017, 1433, che – non azzeccando però la previsione – riteneva il riconoscimento dell'autonomia del controllo di proporzionalità fra pena minacciata e gravità dell'offesa contenuto nella dec. n. 236 del 2016 «non necessariamente definitivo».

²⁷ M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *La giust. pen.*, 2012, Parte seconda, 92, la quale – *ivi* in note 1 e 2 – ricorda che tale criterio di adeguatezza è rinvenibile nel principio di proporzione il quale recupera «nobili testimonianze nell'età antica, da *Le leggi* di Platone alla *Magna Charta*» cui si potrebbero aggiungere le intuizioni in tema di proporzionalità come misura del giusto mezzo dovute ad Aristotele.

²⁸ ... secondo il quale «vi deve essere una proporzione tra i delitti e le pene»: così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, nell'edizione a cura di F. Venturi, Torino, 1973, 19; in riferimento alla relazione fra il pensiero illuminista e il rapporto di proporzionalità fra l'entità della pena e la gravità del reato cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva – Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, 9 ss. Tuttavia non mancarono nella tradizione illuministica opinioni in tema di proporzione del tutto opposte a quella espressa dal Beccaria: come ricorda A. MERLO, *Osservazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1429 nota 10, lo stesso Gaetano Filangieri riteneva che un crimine anche di gravità modesta avrebbe potuto giustificare una pena più elevata rispetto a quella da riservare ad un crimine comparativamente più grave ove fosse sussistito un rischio di più frequente ripetizione del primo tipo di delitto.

Iniziando dalla prima di queste due impostazioni, è noto che il sindacato sulla ragionevolezza si esercita in relazione alla parità o alla disparità di trattamento che risulta dal confronto di due norme le quali dettino discipline eguali o diverse per fattispecie, fra di loro comparabili, che si assume presentino invece caratteristiche tali, rispettivamente, da giustificare la differenziazione o l'equiparazione: si tratta allora di valutare se l'applicazione di questo sindacato alle norme che stabiliscono il *quantum* della pena sia possibile e, se sì, se essa incontri particolari difficoltà.

La Corte costituzionale, dopo un iniziale e criticato²⁹ atteggiamento di sostanziale chiusura³⁰, ha introdotto l'elemento della "ragionevolezza" – in molti casi richiesta nella sua misura "macroscopica"³¹ – della misura della pena come canone del proprio giudizio: la determinazione della quantità e della qualità della pena rientra – ha osservato più volte la Corte – "nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato sotto il profilo della legittimità costituzionale soltanto nei casi in cui non sia rispettato il limite della ragionevolezza, di talché la sanzione comminata risulti irrazionale ed arbitraria"³².

Lo schema utilizzato dalla Corte è quello della ragionevolezza cosiddetta estrinseca, ovvero è quello classico – che nel tempo è divenuto «monopolizzante»³³ – di tipo ternario o triadico.

Esso consiste nel confronto fra la disciplina prevista dalla legge sottoposta al giudizio di costituzionalità e quella, differente, prevista da un'altra disposizione legislativa che funge da *tertium comparationis* sulla base della ritenuta "equivalenza" fra le due disposizioni³⁴: a questo proposito la Corte ha sempre richiesto "necessariamente l'omogeneità delle ipotesi poste in comparazione"³⁵ in

²⁹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, 207, secondo il quale, «in linea di diritto, non esistono ostacoli al compimento, da parte della Corte costituzionale, del controllo della ragionevolezza nei confronti delle norme che fissano la misura delle pene, o delle norme penali in genere, secondo gli stessi criteri che essa segue nel controllo di tutti gli altri settori dell'ordinamento giuridico»; in tempi più recenti in senso analogo cfr., *inter alios*, P. MAZZI, *Limiti edittali della pena e principio di legalità: a proposito dell'illegittimità costituzionale dell'art. 122 c.p.m.p.*, in *Giur. cost.*, 1992, 4436, mentre in passato in senso contrario l'autorevole posizione di C. ESPOSITO, *Le pene fisse ed i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, 662, secondo il quale l'art. 3 Cost. «non ha niente da dire quanto alla misura delle pene...»: opinione, quest'ultima, molto isolata e criticata (cfr. lo stesso A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene*, cit., 203 nota 29, il quale riteneva che l'Esposito fondasse la sua posizione su di una «concezione ormai arcaica e superata dell'eguaglianza») e il cui accoglimento avrebbe comportato in pratica la possibilità per la Corte di intervenire soltanto in riferimento a quelle sanzioni penali connesse a fattispecie relative alle condotte poste in essere da alcuni cittadini individuati sulla base del sesso, della razza, della lingua, della religione, delle opinioni politiche o delle condizioni personali o sociali: in tal senso cfr. A.R. LATAGLIATA, *Principio di eguaglianza davanti alla legge ed equiparazione di condotte «diverse» sotto un unico titolo di responsabilità*, in *Giur. mer.*, 1971, Parte seconda, 96.

³⁰ Ancora nella sent. n. 109 del 1968 si trova scritto che "la valutazione della congruenza fra reato e pena appartiene alla politica legislativa, e su di essa nessun sindacato si rende possibile in questa sede, all'infuori dell'eventualità... che la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione".

³¹ Come osserva E. COTTU, *Bene giuridico, giudizio di uguaglianza-ragionevolezza e controllo sulla proporzionalità delle pene (Riflessioni in margine a Corte cost., sent. n. 68 del 2012)*, in *Crit. dir.*, 2012, 393, nell'ambito penale la discrezionalità del legislatore «gode di particolare protezione, posto che la sua espressione normativa, per essere invalidata, deve normalmente risultare priva di alcuna ragionevole giustificazione»: l'A., peraltro, ritiene – 409-410 – che nei confronti del principio di proporzionalità delle pene e dei reati debba valere una sorta di inversione dell'onere della prova a carico del legislatore.

³² Così, fra le tante altre, la sent. n. 103 del 1982.

³³ P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *L'Ind. pen.*, 2017, 178.

³⁴ Sterminata è la letteratura in tema di ragionevolezza: qui ci si può limitare a ricordare l'autorevole posizione di chi ha osservato che il giudizio di ragionevolezza altro non è, in fondo, che un esame della coerenza della legge rispetto ad altra legge che disciplina fattispecie analoga: cfr. E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, 74, nonché per specifiche osservazioni sul "settore" penalistico A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 219 ss.; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, partic. 139 ss. e 356 ss.

³⁵ Così la sent. n. 35 del 2018.

ragione di considerazioni connesse al «contenuto significativo»³⁶ delle fattispecie e che dunque attraversano l'interesse protetto, la condotta tipica, l'elemento soggettivo, l'oggetto materiale, il grado dell'offesa ed ulteriori elementi ancora³⁷.

È chiaro che sulla base di questa impostazione è proprio nel *tertium comparationis*, in virtù della sua «capacità indiziante»³⁸ circa la sperequazione sanzionatoria, che trova un punto di riferimento ineludibile il parametro della proporzione fra disvalore del bene e del fatto ed entità della risposta sanzionatoria: detta in altri termini, il giudizio di proporzione in tale ottica è un giudizio giocoforza non assoluto, bensì relativo³⁹ perché è ritenuta operazione impraticabile quella di valutare come giusta o esatta o costituzionalmente obbligata una determinata misura di pena al cospetto di un certo fatto criminoso, ma si reputa indispensabile assodare se quel dato rapporto reato/pena sia proporzionato alla stregua di un altro rapporto reato/pena il quale, semmai, si assume come giusto ed esatto.

Ma non basta.

Questa stessa impostazione racchiude in sé il conseguente corollario: la questione di costituzionalità sollevata dal giudice *a quo* in riferimento alla presunta irragionevolezza della misura della pena non deve essere aperta a possibilità di intervento normativo molteplice o plurivoco, ma deve presentare quale esito dell'eliminazione del profilo di irragionevolezza una soluzione – secondo la notissima definizione di Vezio Crisafulli⁴⁰ – a rime costituzionalmente obbligate⁴¹.

Dopotutto, come è stato ben detto, «è l'omogeneità tra fattispecie che determina la soluzione obbligata»⁴²: di conseguenza, si può ben comprendere il motivo per il quale la Corte, applicando proprio l'impostazione in parola, ha potuto affermare come "l'inammissibilità della questione derivi dalla mancanza di un unico rimedio, costituzionalmente obbligato, al vizio rilevato, in un settore, quello delle scelte di politica criminale, caratterizzato oltretutto da una discrezionalità del legislatore particolarmente ampia riguardo al bilanciamento dei diversi interessi contrapposti"⁴³.

³⁶ L'espressione è tratta da F.C. PALAZZO, *Questioni di costituzionalità in tema di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1980, 1316.

³⁷ Ad esempio la sent. n. 35 del 2018 ha ritenuto "generici" i "tratti di comunanza" costituiti dalla finalità di tutela delle finanze pubbliche e dalla presenza in entrambi i casi di un falso ideologico documentale fra il delitto di indebita compensazione e il delitto di dichiarazione infedele perché tali figure criminose "si presentano... eterogenee per oggetto materiale, condotta tipica e – stando al prevalente orientamento giurisprudenziale – anche per sfera di tutela".

³⁸ Così V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale)*, nei Convegni e seminari del sito telematico della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it), 1° ottobre 2013, 64.

³⁹ Così anche F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 374; più di recente in senso analogo cfr. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 356.

⁴⁰ L'"intuizione" delle rime obbligate – di cui, come ricorda F. MODUGNO, *Validità b) Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 78 nota 100, si ha un'anticipazione nel lavoro di F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, 232 – si deve, come è ben noto, a V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 84, nonché a ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *La Corte costituzionale*, Padova, 1984, 497.

⁴¹ Come chiarisce – in merito alle additive, ma con osservazioni estensibili a tutte le manipolative – G. D'ORAZIO, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, n. 1, 62-63, «sulla base della rilevazione di una (illegittima) omissione normativa nella disposizione impugnata, la decisione fa, per così dire, calare in quel vuoto di formulazione, una norma che è già (dalla Corte ritenuta) presente o, comunque, desumibile da una fonte gerarchicamente sovrastante (fondata, al limite, sull'universale principio di ragionevolezza, ex art. 3 Cost.). Pertanto, effetto dell'additiva è di rendere... più ampia la sfera di efficacia della disposizione, anteriormente manchevole».

⁴² Così R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 2, 969; analogamente cfr. già G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 182.

⁴³ Così la sent. n. 223 del 2015 la quale dichiara l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata in riferimento all'art. 649, comma 1 cod. pen. per la supposta lesione degli artt. 3, primo e secondo comma, e 24, primo comma, Cost. proprio sulla base del rilievo secondo il quale "sono... prospettabili una molteplicità di alternative, costituzionalmente compatibili..."; analogamente, fra le tantissime altre, cfr. anche la dec. n. 23 del 2013.

Questa impostazione sembra apparentemente presentare il merito di evitare o comunque di ridurre enormemente quell'elevata componente di discrezionalità che caratterizzerebbe un controllo di ragionevolezza privo del riferimento al *tertium comparationis*.

Se, infatti, il termine discrezionalità «indica... l'esistenza di un vincolo particolare in forza del quale una certa attività deve essere "commisurata" ad un certo termine di paragone»⁴⁴, è evidente che, qualora fosse assente una fattispecie omogenea al cospetto della quale comparare quella impugnata sotto il profilo della irragionevolezza della misura della sanzione penale, la discrezionalità della Consulta diventerebbe, se non quasi incontrollata, certamente molto alta⁴⁵: la qual cosa sarebbe da evitare per scongiurare il rischio, paventato da una parte della dottrina, che la Corte diventasse, «più che un Giudice delle leggi, una sorta di "terza camera"»⁴⁶ o, per dirla altrimenti, che ci si avviasse verso «un vero e proprio *Stato giurisdizionale* della Consulta (concettualmente antagonista allo stato di diritto) nell'ambito del quale verrebbe enfatizzato il ruolo di quest'ultima fino a giungere ad una sorta di *ordinamento penale* neppure semplicemente *costituzionale* ma addirittura *della Corte Costituzionale* e, dunque, dei suoi stessi componenti»⁴⁷.

Quanto appena osservato però si presta ad alcune obiezioni.

In primo luogo, fra le due fattispecie messe a confronto difficilmente potrà essere ravvisata un'omogeneità perfetta, tant'è vero che in molte decisioni la Corte ha affermato o ha negato in modo sostanzialmente apodittico quelle analogie strutturali invocate dai giudici *a quibus* al fine di lamentare un'ingiustificata disegualianza di trattamento sanzionatorio⁴⁸. In secondo luogo, questa impostazione conferisce un peso preponderante alla scelta della norma di comparazione: in altri termini, l'ammissibilità, prima ancora dell'esito, del giudizio viene a dipendere dalla scelta più o meno felice del *tertium comparationis* e dunque in definitiva dall'abilità del giudice *a quo* nel saper individuare il termine di paragone più adatto a far risaltare i difetti della norma impugnata⁴⁹. In terzo luogo, poi la stessa individuazione del *tertium* presuppone sempre un'operazione valutativa della

⁴⁴ G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018, 200; del resto, come ben sottolineava a suo tempo – rifacendosi ad una felice immagine del Calamandrei che in uno scritto del 1936 distingueva nettamente la discrezionalità dal "capriccio" – A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-77, 277, discrezionalità «non significa arbitrio». In tema rimane comunque fondamentale la lettura dello scritto di C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, partic. 1000 ss.

⁴⁵ In merito alla tesi secondo cui alla base dell'elaborazione del paradigma di giudizio sul *tertium comparationis* sta l'affermazione del principio di legalità inteso come vincolo e norma di azione per lo stesso Giudice delle leggi al quale è vietato di contrabbandare sotto le vesti di giudizi di legittimità veri e propri riscontri di merito sull'opportunità delle scelte politiche o sull'intrinseca giustizia delle scelte medesime cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 256.

⁴⁶ Così R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2575, che – in riferimento al più recente orientamento della Corte in tema di sindacato sul *quantum* della pena su cui nel prosieguo ci si soffermerà – paventa questa eventualità rilevando che la Corte «ha... consacrato la svolta nel senso della discrezionalità».

⁴⁷ Così A. LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminali*, in *L'Ind. pen.*, 2003, 898, secondo il quale si tratterebbe di «un "diritto penale dei giudici costituzionali"... di incerta collocazione nell'ambito della ripartizione e della funzione dei poteri istituzionali, in quanto, di per sé, fisiologicamente orientato a svuotare e ad esautorare il Parlamento del suo stesso primato legislativo in materia penale».

⁴⁸ Come ben rileva N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2015, n. 2, 63-64, se è semplice, in linea generale, individuare una omogeneità o una disparità di trattamento tra le norme raffrontate, oltremodo complesso è al contrario comprendere se esse siano omogenee o differenti così da giustificare la omogeneità o la diversità dei rispettivi trattamenti: l'A. adduce come esempio emblematico le fattispecie di incendio doloso e colposo le quali potrebbero apparire certamente disomogenee in funzione del trattamento sanzionatorio, ma potrebbero, al contrario, apparire omogenee, data la difficoltà dell'accertamento del delitto colposo, in funzione della fissazione del termine prescrizione.

⁴⁹ Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 378.

fattispecie impugnata dal momento che solo alla stregua di un determinato parametro valutativo gli elementi differenziali propri di quella fattispecie possono apparire tali da imporre ad esempio un diverso trattamento rispetto al *tertium comparationis*⁵⁰.

Infine impostare il sindacato sul *quantum* della pena sulla previa individuazione di un *tertium* omogeneo significa conferire carattere “endo-normativo” se non addirittura “endo-ordinamentale” al giudizio, ovvero sancire l'impossibilità di fuoriuscire dalla logica sanzionatoria che ha presieduto alla “dosimetria” legislativa di un determinato ordinamento: la qual cosa «può diventare particolarmente indesiderabile quando si tratta di sistemi sanzionatori molto risalenti nel tempo o ispirati a ideologie di repressivismo autoritario o addirittura di terrorismo sanzionatorio»⁵¹.

Si potrebbe anche dire che la comparazione fra il *tertium* e la disposizione impugnata in sé significa poco o nulla e comunque assurge ad elemento di relativa importanza: il ruolo decisivo è assunto, in realtà, dal criterio che sta alla base della comparazione, ovvero dal bene giuridico o dallo scopo di tutela sotteso alle fattispecie, il quale consente di cogliere le somiglianze e le differenze nella comparazione.

Da ultimo non si deve dimenticare che il sindacato di ragionevolezza estrinseca presenta un limite che potrebbe essere definito congenito.

Esso è praticabile nell'ipotesi del diverso trattamento sanzionatorio di fattispecie criminose omogenee, ma non lo è nell'ipotesi dell'uguale trattamento sanzionatorio di fattispecie criminose diverse.

In quest'ultimo caso può essere certamente riscontrata una chiara irragionevolezza/incoerenza dell'ordinamento, ma la Corte è impossibilitata ad intervenire perché essa non potrebbe che mitigare il trattamento sanzionatorio previsto per la fattispecie meno grave e tuttavia, così facendo, non sarebbe in alcun modo guidata da un punto di riferimento normativo nella ridefinizione del compasso edittale di tale fattispecie, con la conseguenza che il suo intervento diventerebbe assolutamente discrezionale e creativo⁵².

Né sarebbe praticabile – come ha chiarito molto bene il Giudice delle leggi nella sentenza n. 81 del 2014 – la soluzione, molto spesso invocata nelle ordinanze di rimessione, consistente nell'individuare nelle norme generali sull'entità minima dei diversi tipi di pena, ovvero negli artt. 23 e 24 cod. pen., il parametro cui agganciare l'intervento di riequilibrio.

Questo per la semplice ragione che l'allineamento ai minimi previsti dalle appena ricordate disposizioni codicistiche è esso stesso una scelta non “a rime obbligate”: assumere, infatti, come parametro di riferimento quei minimi condurrebbe alla conclusione assolutamente inaccettabile per cui verrebbe prevista una pena minima irrisoria anche per una fattispecie di non lieve gravità e questo soltanto sulla base dell'irragionevolezza di un trattamento eguale rispetto ad un'altra fattispecie più grave⁵³.

⁵⁰ In tal senso cfr. anche F. PALAZZO, *op. e loc. ult. cit.*, il quale – 376 – conclude osservando che il *tertium* riveste un ruolo «soprattutto di semplificazione del giudizio di ragionevolezza» non configurandosi affatto «come un requisito logico intrinseco del giudizio di ragionevolezza né in fondo come un elemento di maggiore garanzia», ragion per cui i timori di una maggiore indeterminatezza insita in un sindacato privo del riferimento al *tertium* sono senz'altro «più apparenti che reali».

⁵¹ Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 375.

⁵² Come si dirà meglio in seguito e soprattutto nella parte conclusiva del presente scritto, in questo caso la Corte potrebbe intervenire solo o adottando un sindacato intrinseco che poi recupera un sostituto sanzionatorio come soluzione non obbligata ma soltanto adeguata oppure – ed è l'ipotesi che chi scrive caldeggia nei termini che si tenterà di argomentare – facendo venir meno non la sola sanzione, bensì l'intera fattispecie di riferimento: in effetti pare proprio quest'ultima la soluzione che, come si dirà in seguito, la Corte ha adottato nella sent. n. 218 del 1974 in cui venivano in considerazione fattispecie diverse previste in un'unica disposizione ma punite in modo (irragionevolmente) eguale.

⁵³ In tal senso cfr. anche N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale*, cit., 66-67, il quale non a caso apprezza la soluzione adottata dalla sent. n. 81 del 2014 della Corte cost.

In ogni caso a giudizio di alcuni commentatori questa stessa impostazione, se non è stata sovvertita, comunque ha subito un significativo temperamento in alcune pronunce cronologicamente collocabili fra la fine degli anni Settanta e i primi anni Novanta del secolo scorso.

A titolo esemplificativo si ricorda che una di queste è stata individuata nella sentenza n. 26 del 1979 con la quale è ritenuta irragionevole l'equiparazione delle condotte di omicidio, di omicidio preterintenzionale, di tentato omicidio e di lesioni gravissime e gravi come modalità commissive del delitto di insubordinazione con violenza nei confronti del superiore ufficiale, le quali venivano punite, in ogni caso, con l'ergastolo: in questa occasione per la prima volta il Giudice delle leggi effettua il sindacato sulla misura della pena sulla base di una valutazione del rango costituzionale degli interessi tutelati e addiuvato così alla conclusione che il legislatore, nel bilanciare il bene della vita o dell'integrità fisica del superiore gerarchico, da un lato, e quello della disciplina militare, dall'altro, ha operato il completo stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco "anteponendo la disciplina militare in tempo di pace, intesa nel senso riduttivo di obbedienza e di rispetto dell'inferiore verso il superiore, a quel bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale, premessa naturale di qualsiasi altra situazione soggettiva giuridicamente protetta, che è il diritto alla vita"⁵⁴.

Un'altra decisione che viene ritenuta significativa del sopra indicato mutamento di orientamento della Corte è la sent. n. 409 del 1989 con la quale è valutata illegittimamente sproporzionata la pena originariamente prevista per il reato di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza: in questa occasione la Consulta afferma che "il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante" e che il principio di proporzionalità – che viene forse per la prima volta così compiutamente formulato in materia penale proprio anche sotto il profilo linguistico e definitorio⁵⁵ – "nel campo del diritto penale... equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed

⁵⁴ In riferimento a questa sentenza cfr. C. PIACENTINI, *Reati di insubordinazione militare: diversità delle fattispecie e congruità delle pene*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 371, il quale parla di «un'autentica svolta in tema di sindacato della Corte costituzionale sulle sperequazioni riscontrabili a proposito della congruenza fra reati e pene»; S. CORBETTA, *La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 145, il quale ritiene che la sent. n. 26 del 1979 «segna una svolta nella valorizzazione del canone della ragionevolezza della comminatoria editale» poiché «il controllo di ragionevolezza diventa controllo della giustizia delle leggi»; da ultima, P. SCEVI, *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen.*, (web), 23 marzo 2020, 12 e *ivi* nota 31, mentre altri studiosi hanno evidenziato l'importanza della sent. n. 26 del 1979 nella misura in cui essa ha saldamente ancorato ad una valutazione critica degli interessi protetti lo scrutinio sull'ammontare della pena e questo sulla scorta di una gerarchia assiologica desumibile dalla Costituzione: in tal senso cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 223-225, il quale pure lamenta che a partire dalla sent. n. 26 del 1979 «il controllo sulla "meritevolezza" dei contenuti dell'opzione penale avrebbe potuto, forse, essere veicolato con più coraggio secondo canali più diretti, e attingendo immediatamente alla tavola dei valori costituzionali. In realtà, così non è stato...» (225); D. PULITANÒ, *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, 681.

⁵⁵ Sotto tale profilo forse una delle definizioni più azzeccate del principio di proporzione è quella offertane da F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 165-166, secondo il quale il principio di proporzione «opera a vari livelli, fungendo da metro o indice dei modi di rilevanza dei diversi fattori che influiscono sull'an, la species e il quantum della punibilità»: l'A. fra l'altro prosegue anche osservando che tale principio, agendo avanti tutto nell'operazione di raffronto fra l'oggetto della tutela, ovvero il bene giuridico tutelato, e l'oggetto della reazione, ovvero il bene colpito dalla sanzione, «impone che il bene giuridico offeso dal reato sia di valore pari o proporzionato a quello colpito dalla pena» (166).

alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni"⁵⁶.

Ancora viene individuata la sentenza n. 343 del 1993 in cui la Corte è posta di fronte alla questione della cosiddetta spirale delle condanne, ovvero del susseguirsi delle condanne penali che sistematicamente colpiscono coloro che senza addurre giustificati motivi indicati dalla legge rifiutano incondizionatamente di prestare il servizio militare fino al momento della persistenza dell'obbligo di leva: in tale occasione la Corte rileva a chiare lettere che la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale determinata dalla previsione di una sanzione penale che risulti manifestamente eccessiva rispetto all'effettivo disvalore del fatto "produce... una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione"⁵⁷.

Ancora viene assunta a decisione particolarmente emblematica di questo nuovo indirizzo una sentenza che la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di definire in una decisione piuttosto recente "tra gli interventi più incisivi della Corte in materia di misura della pena"⁵⁸, ovvero la sentenza n. 341 del 1994. In questa occasione viene dichiarata incostituzionale la previsione della pena minima di sei mesi di reclusione per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale: la Corte ritiene che in riferimento a tale reato "la previsione di sei mesi di reclusione come minimo della pena e quindi come pena inevitabile anche per le più modeste infrazioni non è consona alla tradizione liberale italiana né a quella europea. Questo unicum, generato dal codice penale del 1930, appare piuttosto come il prodotto della concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini tipica di quell'epoca storica e discendente dalla matrice ideologica allora dominante, concezione che è estranea alla coscienza democratica instaurata dalla Costituzione repubblicana, per la quale il rapporto tra amministrazione e società non è un rapporto di imperio, ma un rapporto strumentale alla cura degli interessi di quest'ultima. Il necessario e ragionevole bilanciamento di interessi che presiede alla determinazione della misura della pena non può, nel caso presente, non tenere conto del mutato assetto di questo rapporto.

Già questa prima, più generale, considerazione induce dunque a ritenere che la rigidità e severità del minimo edittale previsto dal legislatore del 1930 e ancora vigente sia frutto di un bilanciamento ormai manifestamente irragionevole tra tutela dell'onore e del prestigio del pubblico ufficiale (e del buon andamento dell'amministrazione) anche nei casi di minima entità, e quello della libertà personale del soggetto agente"⁵⁹.

⁵⁶ In tema cfr. A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità*, cit., 1443, il quale, pur non nascondendosi che la sentenza «non ha trovato ulteriore sviluppo nella giurisprudenza costituzionale successiva, né tantomeno è riuscita ad affermarsi come autonomo canone decisorio» (1443-1444), osserva che la sent. n. 409 del 1989 è quella che «più esplicitamente si propone di valorizzare... il canone della proporzionalità quale principio generalissimo del sistema penale» e come concepito «nell'ottica del 'minimo sacrificio necessario'», ragion per cui essa «rimane a tutt'oggi un punto di riferimento insuperato»: per osservazioni sostanzialmente analoghe cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 23-24.

⁵⁷ Di «importante collegamento fra proporzione e rieducazione» in riferimento a tale sentenza discorre G. FIANDACA, *Scopo della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 144, il quale osserva che è proprio grazie a questa «funzionalizzazione del rapporto di proporzione tra entità della pena e disvalore del reato allo stesso finalismo rieducativo» che «l'art. 27, comma 3, Cost. funge da parametro "inespresso" (a differenza della proporzione che rimane criterio "implicito") di verifica della legittimità della dosimetria edittale».

⁵⁸ Così la sent. n. 179 del 2017.

⁵⁹ In riferimento alla sent. n. 341 del 1993 S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 147-148, sostiene che «la prospettiva... si allarga, abbracciando non solo i beni tutelati dalla norma incriminatrice (come è avvenuto nella sentenza n. 26/79), ma anche il primario bene della libertà personale... sul quale va a incidere l'"arma a doppio taglio" della sanzione penale...», che così «si arricchisce senz'altro il sindacato della misura della pena, in quanto il canone della ragionevolezza si inquadra e trae linfa dall'intero quadro costituzionale» e che di conseguenza «il giudizio di

Si potrebbe osservare – ed in effetti è considerazione piuttosto ricorrente in dottrina – che tutte queste decisioni sono accomunate dal seguente elemento che le differenzia rispetto alla quasi totalità delle altre decisioni della Corte *in subjecta materia*: i giudici costituzionali hanno prospettato la possibilità di procedere al controllo sulla ragionevolezza intrinseca delle pene, ovvero in maniera tale che lo stesso risulti circoscritto all'analisi di un determinato reato in sé e per sé considerato.

In altri termini, il Giudice delle leggi ha ritenuto di poter svolgere «una valutazione autonoma, sganciata cioè da uno schema comparativo, di manifesta eccessività della pena rispetto al disvalore dell'illecito»⁶⁰.

Anzi, si potrebbe dire che nel caso specifico della sentenza n. 341 del 1994 la mancanza di proporzione è stata rilevata anche in relazione al venir meno della ragione giustificativa originaria⁶¹.

La Corte addivene alla conclusione nel senso della sproporzione del minimo edittale della pena prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale non solo attraverso un giudizio di ragionevolezza intrinseca, ma anche mediante un giudizio di ragionevolezza sopravvenuta, tant'è vero che queste due “forme di giudizio” sembrano saldarsi o, meglio ancora, risultano l'una la conseguenza dell'altra: infatti la Corte osserva che la rigidità e la severità del minimo edittale previsto dal legislatore del 1930 erano il frutto di un bilanciamento oramai manifestamente irragionevole fra la tutela dell'onore e del prestigio del pubblico ufficiale e il buon andamento dell'amministrazione anche alla luce del trattamento sanzionatorio previsto per il reato di ingiuria⁶².

L'opinione diffusa in dottrina secondo la quale tutte queste decisioni da ultime ricordate avrebbero determinato un cambio di rotta rispetto alla giurisprudenza costituzionale in tema di sindacato sul *quantum* della pena pare, sì, corrispondente al vero, ma solo in parte.

Questo si sostiene perché queste pronunce, in realtà, si fondano sul riscontro non solo dell'irragionevolezza intesa in senso assoluto, bensì anche dell'irragionevole disparità venutasi a determinare fra il trattamento sanzionatorio previsto dalla norma censurata e quello invece

ragionevolezza... costituisce un criterio di giudizio che assume un valore autonomo e più generale rispetto al principio di eguaglianza, e viene impiegato dalla Corte come parametro di controllo non più collegato all'art. 3 comma 1° Cost., ma anche ad altri principi costituzionali, secondo una valutazione più ampia, comprensiva di *tutti* gli interessi coinvolti nelle scelte punitive del legislatore»; anche A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità*, cit., 1446, ritiene che solo dopo aver specificato a chiare lettere che il legislatore deve collocarsi dentro l'orizzonte assiologico proprio delle democrazie occidentali al fine di compiere il “necessario e ragionevole bilanciamento di interessi che presiede alla determinazione della misura della pena” la Corte «si preoccupa di individuare un elemento di confronto, un *tertium comparationis*, sul quale misurare quantitativamente... l'entità della sanzione... Colpisce che – in questo caso – il *tertium comparationis* sia adoperato solamente *ad adiuvandum*, senza affidare ad esso una portata dirimente rispetto all'esito della decisione finale» e conclude così che nella sent. n. 341 «il c.d. *tertium comparationis* viene ad assumere un valore soltanto “indiziante” circa la sperequazione sanzionatoria, cedendo il passo a valutazioni direttamente legate all'interesse tutelato dalla norma e al coefficiente di offensività del tipo» (1448).

⁶⁰ Così G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 299; a giudizio di F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, 323-324, in queste decisioni la Corte è andata «zelantemente a verificare la sussistenza di un eccesso di potere del legislatore e a decidere di sostituirsi ad esso, modificando la disposizione censurata, in alcuni casi, nel considerato in diritto, e, in tal'altri, persino nel dispositivo, con decisioni a catena che si autoalimentavano reciprocamente».

⁶¹ La formula è tratta da M. RUOTOLO, *Un caso di «irragionevole» ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1997, 855.

⁶² Per questa osservazione cfr. ancora M. RUOTOLO, *Un caso di «irragionevole» ragionevolezza*, cit., 855 nota 18; in senso critico sul giudizio di irragionevolezza sopravvenuta cfr. P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero “se”, “come”, “quando” e “quanto” punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D'ORLANDO e L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 71, il quale esprime disapprovazione per le diverse soluzioni adottate dalla Corte nelle sentt. n. 341 del 1994 e n. 22 del 2007: l'A. osserva che il Giudice delle leggi rispettivamente nella prima dichiara incostituzionale il minimo edittale della norma incriminatrice asserendo che si tratta di norma ormai anacronistica, mentre nella seconda rileva che la norma incriminatrice è frutto di una scelta recente del legislatore «come se il giudizio di ragionevolezza non debba essere “valutato nell'attualità”, indipendentemente dal tempo trascorso dall'entrata in vigore della norma, tenendo conto solo dell'aderenza, o meno, alle norme costituzionali».

contemplato in relazione ad una diversa fattispecie criminosa⁶³: di conseguenza, il “concetto” di ragionevolezza in queste decisioni rimane al centro del percorso argomentativo svolto dalla Corte subendo solo una scissione in una parte estrinseca e in una parte intrinseca.

In altri termini, in queste sentenze si deve riscontrare il seguente minimo comun denominatore: innanzitutto al di là di alcune affermazioni di carattere generale la Corte annulla una sanzione penale solo perché i termini della questione sottoposta alla sua attenzione consentono di valutare la ragionevolezza della pena impugnata in via non assoluta, bensì relazionale⁶⁴; in secondo luogo e del tutto conseguentemente la stessa Corte non opera valutazioni in ordine a quelle che sono le scelte “assiologiche” complessive del legislatore penale⁶⁵; in terzo luogo, per quanto in tutte queste decisioni la Corte faccia più o meno esplicito riferimento al parametro della proporzione/rieducazione, ad esso la stessa Corte sembra conferire solo «portata dimostrativa», ovvero lo *status* di «principio argomentativo nella cornice del principio di ragionevolezza...»⁶⁶.

Così facendo, la Corte non ha fatto altro che seguire quella tesi dottrinale secondo la quale la sproporzione fra misura della sanzione penale, da una parte, e valore tutelato, dall'altra, dipende sia da un giudizio quasi inevitabile di raffronto con altri beni costituzionalmente rilevanti e tutelati da altre norme penali sia dal rapporto di gerarchia che intercorre fra bene tutelato e libertà personale sacrificata dalla sanzione penale⁶⁷.

⁶³ In tal senso cfr. anche M. ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 206 nota 25, il quale, in relazione alla sent. n. 26 del 1979, osservava che, ancorché «solo di copertura», comunque «la necessità di un aggancio... all'art. 3 Cost. è una esigenza sempre sentita dalla Corte nei casi in cui viene affrontato, in termini di giudizio di costituzionalità, il problema della congruità della sanzione penale»; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 481, il quale osserva che «la giurisprudenza costituzionale... parla del principio di proporzione per lo più nell'accezione... di *Übermaßverbot* nell'ambito di un giudizio sul rispetto del principio di uguaglianza da parte di due fattispecie a confronto»; R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta*, cit., 969 nota 4, il quale, con particolare riferimento alle sentt. n. 343 del 1993 e n. 341 del 1994, osserva che esse sono «sempre basate sul *tertium comparationis*».

⁶⁴ Di questa idea è anche R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali, suggerite dalla pronuncia di incostituzionalità della pena minima prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1994, 2823, il quale critica la tesi sostenuta dal Neppi Modona secondo cui con quella sentenza la Consulta avrebbe affermato un nuovo controllo di tipo forte sulle scelte sanzionatorie del legislatore.

⁶⁵ Della stessa opinione è R. PINARDI, *op. e loc. cit.*

⁶⁶ Entrambe le ultime espressioni sono tratte da E. COTTU, *Bene giuridico, giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, cit., 414, il quale sembra esprimere adesione a questo “modo di intendere” il parametro della proporzione/rieducazione; con specifico riferimento alla sent. n. 343 del 1993 A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità*, cit., 1445, muovendo dalla premessa secondo cui in questa sentenza «emerge come... il principio di proporzione venga al contempo considerato diretta espressione dell'art. 3 Cost.», osserva di avere «l'impressione che la connessione tra proporzione e rieducazione non abbia da sola giocato un ruolo decisivo nel giustificare la declaratoria di incostituzionalità».

⁶⁷ Si tratta della tesi formulata da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *N.ssmo dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 19 nota 9, secondo il quale «ciò consente di radicare l'illegittimità costituzionale delle pene “eccessive” non solo su di una violazione dell'art. 3 Cost. ma altresì sulla violazione di un principio costituzionale che, seppure non esplicito, è intraneo alla stessa natura dell'illecito penale e della sua sanzione»; la tesi è stata poi ripresa anche da M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 734. Deve essere però adeguatamente sottolineato un aspetto di fondamentale importanza che risulta evidente nell'affermazione che subito dopo lo stesso Bricola *ivi* fa, ovvero quella secondo la quale «l'aggancio all'art. 3 Cost. può essere necessario al fine di superare le assurde perplessità che la Corte costituzionale dimostra sempre nei confronti di un giudizio di legittimità non impostato con riferimento ad una norma costituzionale esplicita»: la rilevanza dell'affermazione risulta *ictu oculi* sol che si consideri che a giudizio di questa tesi l'aggancio all'art. 3 non è ritenuto necessario e, anzi, è valutato solo come un artificio al fine di superare una giurisprudenza costituzionale ritenuta – nelle parole dello stesso Bricola – assurda, mentre la Corte ha seguito, come si dirà sopra poco oltre nel testo, questa tesi ma ha ritenuto al contempo non superfluo o ultroneo bensì fondamentale continuare ad ancorare il giudizio sulla congruità e sulla misura delle sanzioni penali sull'art. 3 Cost.

3. *L'impostazione che prescinde dal canone della ragionevolezza seguita solo eccezionalmente dalla Corte costituzionale nel sindacato sul quantum della sanzione penale*

Come si è anticipato in precedenza, esiste però anche una seconda impostazione in riferimento all'individuazione di criteri di adeguatezza nella determinazione delle pene rispetto alla gravità del reato.

Essa consiste nell'appurare se sia possibile individuare una o più disposizioni costituzionali da cui inferire l'esistenza di alcuni principi relativi ai presupposti, al contenuto e alle finalità della sanzione criminale⁶⁸: ammesso che questa ricerca dia esiti positivi, a quel punto si deve capire se questi principi siano in grado – e, nel caso, fino a che punto – di costituire per il legislatore penale un limite la cui violazione sia sindacabile in sede di giudizio di costituzionalità.

Questa impostazione muove dalla seguente premessa: è possibile fare a meno del *tertium comparationis* con la conseguente superfluità di una fattispecie comparativa che possa fungere da paradigma da cui declinare le rime costituzionalmente obbligate: esistono infatti parametri costituzionali diversi dalla ragionevolezza, ma parimenti capaci di incidere sulla legittimità della previsione edittale.

Quanto all'individuazione di questi parametri, il primo che viene identificato è il principio di legalità.

Tale principio sarebbe violato prima di tutto sotto il circoscritto profilo di un'eventuale indeterminatezza conseguente ad una forbice edittale eccessivamente divaricata: il principio di determinatezza, ritenuto dalla costante giurisprudenza costituzionale ricavabile dall'art. 25, comma 2 Cost., imporrebbe al legislatore «un vincolo nel dosaggio della pena»⁶⁹.

Qualora, infatti, la cornice edittale fosse troppo ampia, essa risulterebbe inidonea ad esprimere un reale giudizio di disvalore sulla figura astratta di reato⁷⁰: in altri termini, «lo spazio edittale non rappresenta... la 'cornice' di un potere sovrano del giudice, ma individua una scala continua di sottofattispecie, graduate secondo la gravità del reato e la capacità a delinquere dell'agente (art. 133 c.p.), entro la quale il giudice deve collocare la fattispecie concreta»⁷¹.

In secondo luogo, il principio di legalità sarebbe leso anche nell'ipotesi di reati a pena massima indeterminata, ovvero in cui fossero previste pene determinate nel minimo, ma indeterminate nel massimo: questo perché in assenza di qualsiasi limite legislativo la determinazione dell'ammontare della pena per le ipotesi più gravi riconducibili a quei tipi di reati verrebbe lasciata all'arbitrio del giudice⁷².

⁶⁸ Il dato di fatto che «sulla misura delle pene edittali la Costituzione non dà indicazioni *dirette*» (così D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2017, n. 2, 49, con corsivo nostro) non significa che da alcuni principi costituzionali non possa essere desunta l'esistenza di indicazioni vincolanti per il legislatore in relazione a finalità, contenuti e limiti delle sanzioni penali.

⁶⁹ Così S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 151, il quale osserva che «è già il principio di legalità della pena... ad incidere *direttamente* sulla previsione edittale, senza la necessità di un *tertium comparationis*» (150).

⁷⁰ In tal senso cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 361-62; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 25 ss.; S. RIONDATO, *Legalità della pena e «supplenza» del codice penale comune nell'ordinamento militare*, in *Cass. pen.*, 1985, n. 5, 836; G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989, 153-162; da ultimi, E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., 15; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, PG, Bologna, 2019, 87.

⁷¹ Così G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, 230, i quali concludono nel senso che «nell'esercizio del suo potere discrezionale il giudice deve quindi perseguire le valutazioni espresse *dal legislatore* attraverso la fissazione del minimo e del massimo della pena».

⁷² In tal senso cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 86; E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., 14, il quale ritiene che siano costituzionalmente illegittime sempre per la violazione di alcuni «risvolti» del principio di legalità anche le ipotesi di cornici edittali imprecise (come quella di cui all'art. 81, comma 1 cod. pen. a norma del quale il concorso formale di reati «è punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo»), così

Un altro parametro costituzionale che viene individuato è quello relativo alla funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3 Cost.

Da questo punto di vista è stato sostenuto che tale principio può essere assunto nel suo contenuto *immediatamente e direttamente* incidente sulla misura della pena: a questo proposito un commentatore ha potuto osservare che «scelta delle ipotesi incriminatrici, proporzionalità della pena, ragionevolezza, sono tutti principi connessi che nella fase normativa guardano lontano, perché teleologicamente orientati a quella funzione della pena che la Costituzione definisce “rieducativa”»⁷³.

Questo si ritiene sulla base soprattutto delle seguenti tre premesse: innanzitutto la norma di cui all'art. 27, comma 3 non può essere ritenuta meramente programmatica né un semplice criterio di politica criminale; in secondo luogo la finalità rieducativa non può essere circoscritta e confinata alla sola fase dell'esecuzione penale, ma deve necessariamente essere estesa anche a tutti gli altri stadi della dinamica punitiva e *in primis* allo stadio della comminatoria legale; in terzo luogo la funzione rieducativa non coesiste con le altre funzioni della pena – prima fra tutte la funzione retributiva – senza alcun predefinito rapporto di rango, ma, pur non essendo l'unica funzione della pena nel nostro ordinamento, ne rappresenta la funzione primaria⁷⁴.

A queste considerazioni si aggiunge la seguente osservazione: il precetto, ricavabile sempre dall'art. 27, comma 3 Cost., secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità deve essere inteso non restrittivamente come divieto di sanzioni lesive dei diritti inviolabili della persona umana garantiti, come tali, anche al reo, bensì più estensivamente come principio che contribuisce a fondare l'indefettibile esigenza di una proporzione fra pena e reato⁷⁵.

Sulla base di queste premesse si addivene alla conclusione secondo la quale il sindacato ex art. 27, comma 3 Cost. «può... portare a una dichiarazione di illegittimità costituzionale di quelle pene che, già a livello di previsione astratta, risultino *manifestamente sproporzionate* (cioè eccessive) rispetto al perseguimento della finalità rieducativa»⁷⁶.

A questa impostazione potrebbe in teoria essere ascritto il merito di saper affrancare il sindacato sulla misura delle sanzioni penali dal necessario ricorso tanto al *tertium comparationis*, che, come s'è già detto, non è esente da inconvenienti e da controindicazioni, quanto, ancor prima e a monte, allo stesso canone valutativo della ragionevolezza⁷⁷: il superamento di questo canone potrebbe

come le ipotesi di quelle disposizioni legislative che descrivessero il contenuto di una pena attraverso clausole tanto imprecise da trasferire in capo al giudice nella sostanza il compito di definire di volta in volta quel contenuto (come potrebbe essere il caso delle vaghe formule “prescrizioni in ordine... alla dimora” o “alla libertà di locomozione” che il giudice può riempire dei contenuti più variegati): l'A. sottolinea in relazione ad entrambe queste ultime ipotesi che «una prassi [giurisprudenziale] uniforme non varrebbe comunque a sanare il *deficit* di legalità» (15).

⁷³ E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, 3204.

⁷⁴ Questa “concezione” della finalità rieducativa della pena, pur essendo stata in passato negata da non pochi autori i quali ne avevano propugnata un'altra estremamente più limitativa (cfr., *inter alios*, M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 120-121; G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, 1974, 98-99), è oggi in effetti accettata pressoché dalla quasi totalità della dottrina.

⁷⁵ Questa tesi ricostruttiva è dovuta a S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 164.

⁷⁶ Così S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 156; anche F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 375, sembra sostenere come ammissibile questa tesi benché lo stesso A. da un lato tenga a specificare che in questo caso non si passa «per il tramite della proporzione» e dall'altro lato definisca al contempo «remota» l'ipotesi che la funzione rieducativa della pena sia assumibile in un suo contenuto immediatamente incidente sulla misura della pena.

⁷⁷ Per dirla con M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene*, cit., 736-737, «se... si ritiene che la Carta [costituzionale] presenti una serie di prescrizioni (implicite o esplicite) vincolanti il profilo sostanziale della tutela penale, allora il controllo della Corte riguarderà non tanto l'esercizio del potere discrezionale legislativo, ma piuttosto l'eventuale violazione delle prescrizioni medesime».

essere visto con favore non solo perché la sua ambiguità è stata stigmatizzata in dottrina⁷⁸, ma anche per la sua perlomeno parziale incapacità di rappresentare compiutamente un «meta-principio di sintesi»⁷⁹, ovvero di assolvere alla funzione di frapporre ostacoli alla discrezionalità punitiva del legislatore laddove essa si ponga in contrasto con le istanze garantistiche che la Costituzione afferma. Anche questa impostazione però, come l'altra già esaminata, non lascia completamente persuasi. Innanzitutto, l'ipotesi in cui la misura della sanzione penale possa essere sindacata per la violazione del principio di legalità ha un circoscritto ambito di realizzazione.

Per quel che concerne i reati a pena massima indeterminata, la possibilità che essi possano giungere al vaglio della Consulta e che questa li possa dichiarare incostituzionali è un'eventualità che non è suscettibile di verificarsi frequentemente ma che, anzi, è estremamente rara: infatti una norma incriminatrice che indichi soltanto il minimo della pena in quanto tale non può concretizzare un'ipotesi di reato a pena massima indeterminata in quanto essa deve essere letta ed integrata con le disposizioni della parte generale del codice penale che individuano la misura massima per quel tipo di pena e quindi in modo particolare con l'art. 23 cod. pen. che fissa in ventiquattro anni il massimo della reclusione; di conseguenza, soltanto quella singola norma incriminatrice che, nel prevedere l'ammontare minimo della reclusione senza fissarne il massimo, al contempo contenesse una clausola che escludesse espressamente l'applicabilità dell'art. 23 cod. pen. lascerebbe indeterminato ed indeterminabile il massimo della pena e quindi esclusivamente in questo caso potrebbe porsi la questione di costituzionalità di fronte al Giudice delle leggi⁸⁰. Quanto, invece, alle disposizioni che contengono cornici edittali eccessivamente ampie, il problema è costituito non tanto dalla circostanza che si tratta di ipotesi-limite, ovvero quantitativamente assai poco numerose⁸¹, ma quanto e soprattutto dal fatto che – eccezion fatta per i casi di clamorosamente macroscopica distanza fra minimo e massimo – è molto difficile in pratica individuare il *discrimen* fra una cornice edittale eccessivamente dilatata e una che non lo è: questo, s'intende, a meno di non voler rischiare di sconfinare seriamente nel merito politico della scelta del legislatore⁸².

In secondo luogo poi l'impostazione in esame sembra accostare l'art. 27, comma 3 sia nella parte in cui stabilisce il principio della finalità rieducativa della pena sia nella parte in cui prescrive che le pene non possano consistere in trattamenti contrari al senso d'umanità alle previsioni contenute in altre Carte costituzionali e in modo particolare in quella statunitense: il riferimento è fatto alla *Cruel and Unusual Punishment Clause* di cui all'VIII Emendamento, la quale vieta l'inflizione di pene "crudeli ed inconsuete"⁸³.

⁷⁸ Senza poter e voler approfondire questa immane tematica nella presente sede ci si limita soltanto a rimandare per l'esposizione dei motivi che possono supportare un giudizio di ambiguità in relazione al "concetto" di ragionevolezza ad A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976, partic. 117 ss., mentre addirittura qualche autore ha nettamente bollato tale "concetto" come «un solo termine... incerto, polisenso e suscettibile di disparate applicazioni»: così P.G. GRASSO, *Questioni costituzionali in tema di diritto penale militare (In margine ad una sentenza della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 466.

⁷⁹ A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità*, cit., 1457; per una simile definizione cfr. A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza: tre aspetti di una problematica costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2001, 363, che parla di «sovra-struttura di sintesi».

⁸⁰ In tal senso cfr. anche G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 227.

⁸¹ ... perché, anzi, è forse vero l'esatto contrario se si considera che con una novella del 1974 il meccanismo del bilanciamento fra aggravanti ed attenuanti è stato reso applicabile a qualsiasi circostanza con l'effetto di rimettere alla discrezionalità del giudice, per delitti come le lesioni gravi e gravissime o come il furto aggravato, la scelta di pene da un minimo di pochi mesi a un massimo anche al di sopra dei dieci anni.

⁸² Come osserva D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, 188, «anche per questo, il principio di legalità della pena non è riuscito a tradursi in efficace strumento di controllo sulla legislazione ordinaria»; l'A. ribadisce sostanzialmente questa conclusione anche più di recente in *La misura delle pene*, cit., 54.

⁸³ Come è noto, per costante giurisprudenza della *Supreme Court* [cfr. *Louisiana v. Resweber*, 329 U.S. 459 (1947), *Robinson v. California*, 370 U.S. 660, 666-667 (1962) e *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972)], il divieto di pene "crudeli

L'accostamento in parola, che si giustificerebbe perché tanto l'art. 27, comma 3 quanto l'VIII Emendamento consentirebbero un controllo in termini assoluti della sproporzione fra reato e pena, non convince pienamente.

Innanzitutto è vero che a partire dai primi anni del novecento dello scorso secolo e più precisamente dal caso *Weems v. United States*⁸⁴ la Corte Suprema ha inaugurato una giurisprudenza secondo la quale l'VIII Emendamento si riferisce non solo ai metodi punitivi inflitti⁸⁵, ma anche alla relazione fra il crimine commesso e la punizione imposta, poiché "è un precetto di giustizia quello secondo il quale la punizione per il crimine commesso deve essere graduata e proporzionata all'offesa".

Tuttavia, a partire dal caso *Rummel v. Estelle*⁸⁶ la stessa Corte ha avuto modo di precisare che il principio che quella giurisprudenza aveva posto avrebbe potuto trovare applicazione solo nelle "situazioni estreme" e che, pertanto, le Corti federali sarebbero dovute essere assai riluttanti ad intervenire in merito alla proporzionalità delle sentenze se non in casi "estremamente rari".

Il punto di arrivo di questo nuovo orientamento, che fornisce quella che, a giudizio di molti commentatori⁸⁷, rimane un'interpretazione assai restrittiva dell'VIII Emendamento, è il caso *Harmelin v. Michigan*⁸⁸ in cui il giudice Kennedy poteva esporre la tesi del cosiddetto "narrow proportionality principle", ovvero del "ristretto principio di proporzionalità": in base a tale tesi questo principio deve essere applicato in modo limitato perché "la vera funzione di un principio di proporzionalità costituzionale, se esiste, è quella di consentire ai giudici di valutare una pena che un assemblaggio di uomini e donne ha considerato proporzionato e di dire che non lo è. Per quell'impresa nel mondo reale gli standard sembrano così inadeguati che il principio di proporzionalità diventa un invito all'imposizione di valori soggettivi"⁸⁹.

Non è possibile svolgere un approfondimento della giurisprudenza della Corte Suprema in materia: ci si limita solo a ricordare quelli che potrebbero essere considerati uno degli emblemi del nuovo orientamento della stessa Corte, ovvero i casi *Locker v. Andrade*⁹⁰ e *Ewing v. California*⁹¹.

In entrambe le decisioni si trattava di risolvere il problema della costituzionalità della modifica legislativa introdotta nel Codice penale californiano il 7 marzo 1994 – definita, utilizzando il linguaggio mutuato dalla terminologia sportiva, "three strikes and you're out" – la quale prevedeva pene molto severe e addirittura fino all'ergastolo nei confronti di un soggetto condannato per un

ed inconsuete" (o, con terminologia assolutamente identica, "inusuali") attraverso il XIV Amendment si applica a tutti gli Stati dell'Unione: si tratta della *Selective Doctrine of Incorporation* attraverso la quale la *Supreme Court* ha potuto applicare agli Stati, mediante appunto la *Due Process Clause* di cui al XIV Am., quelle previsioni del *Bill of Rights* che la Corte stessa ha considerato fondamentali e connaturate al sistema ordinamentale americano. Sul punto cfr. A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione – L'esperienza statunitense*, Roma, 1974, partic. 317-318, nonché, per la dottrina americana, A.R. AMAR, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, in *The Yale Law Journ.* (vol. 101), 1992, 1193 ss., partic. 1264 ss.; W.R. LA FAVE - J.H. ISRAEL - N.J. KING, *Criminal Procedure*, S. Paul (Minn.), 2000, 50 ss., 70 ss.

⁸⁴ 217 U.S. 349 (1910); il principio espresso da questa sentenza fu anticipato nella *dissenting opinion* manifestata dal giudice Field nella decisione *O'Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323 (1892).

⁸⁵ ... e dunque fondamentalmente alla tortura e alle pene particolarmente cruente in genere: sul punto cfr. l'accurato studio svolto a suo tempo da A.F. GRANUCCI, "Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted": *The Original Meaning*, in *California Law Rev.* (vol. 57), 1969, 839 ss., spec. 845 ss. e 860 ss.

⁸⁶ 445 U.S. 274-275 (1980).

⁸⁷ Cfr. J.J. BRENNAN, *The Supreme Court's Excessive Deference to legislative Bodies under Eight Amendment sentencing Review*, in *The Journ. of Crim. Law & Criminology* (vol. 94), 2004, 551 ss., spec. 574 ss.

⁸⁸ 501 U.S. 957 (1991).

⁸⁹ È opportuno ricordare che in quell'occasione Justice Scalia poteva addirittura negare – con l'eccezione della pena capitale – qualunque connessione fra la *Cruel and Unusual Punishment Clause* e il principio della proporzionalità della pena rispetto al reato. Sul punto vedasi R.S. FRASE, *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment: "Proportionality" Relative to What?*, in *Minn. Law Rev.* (vol. 89), 2005, 588-597.

⁹⁰ 538 U.S. 63 (2003).

⁹¹ 358 U.S. 11 (2003).

crimine e che fosse già stato condannato per uno o per più precedenti reati definiti come “seri” o “violenti” dalla legge. Nel caso *Ewing*, sul quale ci si sofferma, la *Supreme Court*, pur riaffermando la propria precedente giurisprudenza e dunque ribadendo che la previsione dell’VIII Emendamento vieta l’inflizione di pene che siano “gravemente sproporzionate” rispetto al crimine commesso, afferma, tuttavia, che il succitato articolo costituzionale non impedisce che lo Stato della California condanni un criminale recidivo alla prigione a vita senza possibilità di essere rilasciato sulla parola per i primi venticinque anni per il furto di mazze da golf del valore complessivo pressoché pari a poco più di mille dollari⁹².

La Corte sostiene di non potere ergersi ad una sorta di “superlegislatore” avente funzione di sindacare nel merito le scelte del potere legislativo perché lo Stato della California ha la facoltà di punire anche molto duramente i crimini che vengono commessi all’interno della sua giurisdizione al fine di reprimere ed ancor prima di disincentivare la commissione dei reati⁹³: in altri termini, la sentenza della Corte sembra consentire agli Stati e più in particolare ai loro organi legislativi di definire i limiti da attribuire alla previsione di cui all’VIII Emendamento perché tali organi legislativi – osserva la Corte con un’affermazione che rimanda ad alcune tesi sostenute dal giudice Frankfurter⁹⁴ e dal giudice Scalia⁹⁵ – hanno il sostegno della maggioranza della popolazione⁹⁶.

⁹² Da segnalare le *dissenting opinions* dei giudici Breyer e soprattutto Stevens, il quale ultimo in modo particolare osservò che, poiché tutte le tipologie sanzionatorie previste nell’ordinamento statunitense sono sottoposte a *proportionality review*, sarebbe risultato quanto meno strano ed incoerente sottrarre da tale sindacato la pena detentiva in assenza di una disposizione costituzionale esplicita in tale direzione. Da segnalare altresì – come ben ricorda D. GALLIANI, *Riflessioni costituzionalistiche sull’ergastolo entro le maglie dello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1° maggio 2015, 11 nota 35 – che negli USA in quasi tutti gli Stati negli anni più recenti sono state approvate diverse leggi in virtù delle quali alla commissione del terzo reato, indipendentemente dai precedenti, la pena è automaticamente l’ergastolo e questo senza alcuna discrezionalità per il giudice.

⁹³ Si può anche convenire sull’affermazione per cui è competenza dello Stato determinare la politica criminale da perseguire, ma questo a condizione che siffatta politica non violi la Costituzione: come dice W.J. BAUER, *Il regime delle impugnazioni*, in E. AMODIO - M.C. BASSIUNI (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*, Milano, 1988, 233, «negli Stati Uniti vigono ben cinquantuno ordinamenti diversi... ogni Stato è pienamente libero di scegliere l’assetto costituzionale e il sistema penale che ritiene più efficaci, con l’unico limite rappresentato dalla salvaguardia dei diritti garantiti dalla Costituzione degli Stati Uniti».

⁹⁴ Del giudice Felix Frankfurter si veda l’*opinion* espressa nel caso *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 525 (1951), in cui egli, nel porre la “*deference*” alla base del *judicial review*, poteva dire che le “corti non sono corpi rappresentativi ... [ragion per cui] esse devono annullare gli atti di coloro la cui funzione è quella di legiferare soltanto se c’è una base ragionevole per agire in tal modo”; sul punto v. D.J. SOLOVE, *The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights*, in *Iowa Law Rev.* (vol. 84), 1999, 949-950. Il F. aveva esposto la sua visione, del resto, già molti anni prima: cfr. *A Note on Advisory Opinions*, in *Harvard Law Rev.* (vol. 37), 1924, 1007-08, laddove egli esprimeva la propria approvazione nei confronti della tesi della ‘deferenza’ alle interpretazioni costituzionali da parte del Congresso sostenuta in modo particolare da quello che potremmo definire uno dei padri della dottrina del *self-restraint* dei giudici, ovvero J.B. THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Rev.* (vol. 7), 1893, 136. Sul punto vedasi L. PALADIN, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Milano, 1966, 126 e *ivi* note 89 e 90, il quale ricorda con dovizia di particolari che fu il 1937 l’anno d’inizio del nuovo atteggiamento volto a far prevalere “la volontà di evitare l’incondizionata prevalenza degli organi giurisdizionali sui rappresentativi”, mentre per la dottrina americana cfr., fra i tanti, M.J. PERRY, *The Constitution in the Courts – Law or Politics*, New York-Oxford, 1994, 164.

⁹⁵ Ne dà ampiamente conto R.A. BRISBIN, Jr., *The Conservatorism of Antonin Scalia*, in *Pol. Sc. Q.* (vol. 105), 1990, 5, il quale, attraverso l’analisi di tutta una serie di casi, dimostra come lo Scalia «believes in popular control of public policy through representative institutions and in respect for the majority’s policy choices»; cfr. anche C.E. SMITH, *Justice Antonin Scalia and the Supreme Court’s Conservative Moment*, Westport, 1993, 28-36.

⁹⁶ È stato efficacemente fatto notare che, così come la Corte ben potrebbe sindacare la legge statale che, per avventura, costringesse l’imputato a testimoniare contro se stesso in violazione del V Emendamento quand’anche quella legge fosse diretta a promuovere le finalità di una specifica politica criminale dello Stato, non si vede la ragione per la quale la stessa Corte non dovrebbe giudicare della legittimità di una disposizione legislativa in base a cui un giudice ha potuto condannare un individuo ad una pena giudicata sproporzionata: così J.J. BRENNAN, *The Supreme Court’s Excessive Deference*, cit., 578.

Non a caso di fatto l'applicazione del principio di proporzionalità al fine di stabilire se una data punizione sia crudele e inusuale e dunque se sia eccessiva è stata limitata a pochissimi casi⁹⁷, ovvero sostanzialmente quasi soltanto a quelli riguardanti la pena di morte per reati non omicidari⁹⁸ e a quelli inerenti le condanne a vita senza possibilità di *parole* per i giovani criminali⁹⁹.

A conclusione di questo breve *excursus* sulla giurisprudenza della *Supreme Court* statunitense in merito all'VIII Emendamento si può formulare la seguente conclusione.

Se neppure negli USA l'VIII Emendamento ha implicato «la possibilità di dedurre la “giusta misura” della sanzione facendo a meno di ogni parametro e quindi *a priori*»¹⁰⁰, *a fortiori* questo deve essere sostenuto per l'art. 27, comma 3 sol che si consideri che tale ultima disposizione, contrariamente a quella statunitense, impiega un termine, quello di “rieducazione”, che può essere ritenuto, se non «equivoco»¹⁰¹, comunque tale da poter assumere significati diversi a seconda delle visioni politico-criminali dei singoli interpreti¹⁰².

Non solo, ma un altro elemento appare dirimente.

Se anche si aderisse a quell'autorevole dottrina secondo cui la funzione legislativa non è mai libera nel fine ma è «a suo modo... discrezionale, ossia vincolata *pro parte*, doverosa, teleologicamente atteggiata»¹⁰³ e si ritenesse dunque che il *quantum* della sanzione penale deve essere calibrato in modo tale che questa finalisticamente tenda alla rieducazione del soggetto, sarebbe in ogni caso a dir poco assai arduo immaginare che il Giudice delle leggi potesse valutare la proporzione del *quantum* della sanzione penale in funzione esclusivamente del parametro di cui all'art. 27, comma 3 Cost.

Questo si sostiene non tanto perché tale valutazione che la Corte operasse tenderebbe ad avvicinarsi se non addirittura ad identificarsi con il controllo sull'esercizio del potere legislativo nella forma dell'eccesso dai limiti propri di esso, ovvero con il controverso vizio dell'eccesso di potere legislativo¹⁰⁴; né quanto poco fa sostenuto si fonda sul rilievo, pure adombrato in dottrina, secondo

⁹⁷ ... tant'è vero che a tutt'oggi la sentenza *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983), è ricordata come quel caso eccezionale in cui la Corte Suprema ha tentato di definire con precisione al di fuori del contesto della pena capitale che cosa renda una condanna a pena detentiva costituzionalmente illegittima a causa della sua durata eccessiva rispetto alla gravità del reato.

⁹⁸ Cfr. a titolo esemplificativo le sentenze *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977), *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982), *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008).

⁹⁹ Se già in *Roper v. Simmons*, 453 U.S. 551 (2005), la *Supreme Court* ritiene che l'VIII Emendamento vieta la pena capitale per i minori, successivamente il principio viene esteso nei casi *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010) e *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012) nel senso che la pena della condanna a vita *without parole* nei confronti dei minori è in contrasto con l'VIII Emendamento senza che ciò confligga a sua volta con la “regola generale” stabilita nel già citato caso *Harmelin v. Michigan*, mentre nel 2016 nel caso *Montgomery v. Louisiana* la Corte Suprema statuisce che la decisione *Miller* ha affermato una regola di diritto sostanziale applicabile, come tale, retroattivamente alle *mandatory life sentences without the possibility of parole* precedentemente irrogate e divenute definitive.

¹⁰⁰ Così M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene*, cit., 752, secondo cui, tuttavia, il fatto che negli USA «l'oggetto del controllo pare essere... la sproporzione in termini assoluti tra reato e pena... denota il rifiuto di un sindacato a stampo razionalistico, che tenga conto esclusivamente delle esigenze di intima coerenza dell'ordinamento» (751-752).

¹⁰¹ Così S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 156.

¹⁰² In tal senso cfr. le osservazioni di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 95.

¹⁰³ Così F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 348, il quale nega validità alla tesi secondo cui la legge «non può essere sottoposta a vincoli positivi interni di scopo, ma solo a vincoli negativi esterni» (343).

¹⁰⁴ Parla dell'“eccesso di potere legislativo” e della *variatio* linguistica del “sindacato sulla ragionevolezza” come di una «figura – al fondo – unitaria» A. CELOTTO, *Corte costituzionale ed «eccesso di potere legislativo»*, in *Giur. cost.*, 1995, 3724 ss., 3735 e d'altra parte la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 313 del 1995 – relativa alle questioni di costituzionalità degli artt. 342 e 343 cod. pen. – rileva che “perché sia... possibile operare uno scrutinio che direttamente investa il merito delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore... è... necessario che l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso

il quale, «sebbene il rispetto della funzionalità rieducativa di cui la pena è espressione... conservi un'indiscutibile valenza,... non va tuttavia negata la preminenza logica, prima ancora che di contenuti, della legalità formale»¹⁰⁵.

Il motivo che induce ad essere assai perplessi sulla possibilità di valutare il *quantum* di sanzione penale in funzione soltanto del parametro di cui all'art. 27, comma 3 Cost. è, in realtà, un altro ben più assorbente.

È infatti difficilmente immaginabile poter sfuggire alla seguente constatazione davvero poco contestabile: «da un punto di vista assoluto, nessuno può stabilire quale sia, o possa essere, la pena “proporzionata” del furto, e della rapina, e della violenza carnale, e così via dicendo»¹⁰⁶.

Da un lato la proporzione è un “concetto” necessariamente relativo nel senso che ha come «pietra di paragone»¹⁰⁷ le teorie sulla funzione della sanzione penale le quali sono molto diverse le une dalle altre: è chiaro che la valutazione consistente nell'assodare se una data pena possa essere o non essere proporzionata al relativo fatto di reato varia a seconda che venga adottata la teoria retributiva o quella general-preventiva o quella correzionalista o quella rieducativa della pena¹⁰⁸.

Dall'altro lato il giudizio relativo alla proporzione fra la sanzione e il fatto di reato dipende dal rapporto di gravità stabilito fra i reati previsti nell'ordinamento: la Corte potrà anche individuare tutti i fattori che hanno concorso all'opzione legislativa sulla misura della pena e al limite potrà

distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di “eccesso di potere” e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa”.

¹⁰⁵ Così F. CURI, *L'attività «parelegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale*, cit., 1098, la quale ritiene che il principio di legalità abbia una «posizione prodromica e di confine»; anche A. CERRI, *Novità della Corte in tema di oltraggio*, in *Crit. dir.*, 1994, n. 4, 58-60, partic. 59, si mostra alquanto perplesso sulla strumentalizzazione del principio della funzione rieducativa della pena operata al fine di giudicare sull'adeguatezza delle pene. Tuttavia sulla base di quanto più volte significato e in prosieguo non si mancherà di rilevare in questo scritto sembra di poter osservare come il principio di legalità non possa costituire *di per se stesso* un ostacolo tale da impedire o comunque da limitare l'intervento della Corte costituzionale in tema di sindacato sul *quantum* della pena al di fuori dell'utilizzo del canone della ragionevolezza.

¹⁰⁶ Così T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 446, il quale definisce il principio di proporzione «non... di natura “ontologica”, ma assiologica» (443); più di recente A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 804, osserva che «la proporzionalità della misura di una pena che voglia essere rieducativa si sottrae alla precisione del bilancino farmaceutico, caratterizzandosi per un alto tasso di discrezionalità», mentre molto – troppo, poiché l'effetto pratico sarebbe quello di escludere quasi completamente il sindacato della Corte sul *quantum* della pena – più in là si spinge nel ragionamento A. PAGLIARO, *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori*, cit., 776, nella misura in cui sostiene che, «mentre vi è un modo per stabilire se una intera norma penale sia irragionevole (la irragionevolezza qui sta a significare che quella norma contrasta con uno specifico valore proprio del nostro sistema costituzionale), la misura della sanzione una volta che sia stabilito che è ragionevole punire il fatto viene a dipendere esclusivamente da scelte politiche non sindacabili perché proprie del Parlamento. Si rifletta che, una volta abbandonata la regola “occhio per occhio, dente per dente”, non esiste nessun criterio, al di fuori di un giudizio politico-intuitivo, per determinare quale sia la sanzione giusta per un certo fatto. Tanto meno, è possibile determinare se tale presunta irragionevolezza della sola sanzione sia “evidente”».

¹⁰⁷ L'espressione è tratta da J.F. STINNEFORD, *Rethinking Proportionality Under the Cruel and Unusual Punishments Clause*, in *Virginia Law Rev.* (vol. 97), 2011, 915, il quale appunto osserva che «there are four primary theories of punishment that might serve as a *touchstone* for proportionality review: retribution, deterrence, incapacitation, and rehabilitation» (con corsivo nostro).

¹⁰⁸ Non a caso negli USA la Corte Suprema ha dato prova di addivenire a valutazioni molto differenti in punto di proporzionalità delle sanzioni penali proprio perché in alcuni casi ha adottato una certa teoria della funzione della pena e in altri ne ha assunto una ben differente e a questo proposito il già citato caso *Ewing v. California* su cui ci si è in precedenza soffermati sopra nel testo ne è una dimostrazione a dir poco lampante: ne dà ampia contezza J.F. STINNEFORD, *Rethinking Proportionality*, cit., 899 ss., partic. 914-917 e 961 ss.; sottolinea come l'idea di proporzione giochi un ruolo diverso nelle varie teorie della pena E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1958.

altresì ridisegnare il loro intreccio e la ponderazione della loro diversa e reciproca incidenza, ma non potrà mai razionalizzare in termini rigidi la loro «traduzione normativa»¹⁰⁹.

Dalla considerazione che il principio di proporzione è, nel senso anzidetto, un principio non assoluto e che dunque è riconducibile, come direbbe la dottrina tedesca, ad un classico *Tatsachebegriff*, ovvero ad un parametro che, in quanto meta-giuridico, è di difficile “oggettivazione”, non si può che inferire la conseguenza che l’art. 27, comma 3, «non sembra offrire un parametro che consente controlli tecnicamente rigorosi sulla misura della pena»¹¹⁰.

Questa conclusione potrebbe non essere ritenuta valida solo nel caso – che però fa storia a sé – delle pene fisse: si tratta di quelle disposizioni che, anziché prevedere la conformazione tipica della sanzione penale qual è quella normalmente incorniciata tra una soglia minima e un tetto massimo, prescelgono un *quantum* di pena rigido e che dunque determinano ovviamente, se non l’azzeramento, comunque certo una forte riduzione dell’attività di individualizzazione della pena svolta dal giudice all’atto di comminarla.

In questa specifica ipotesi il ricorso al principio di rieducazione di cui all’art. 27, comma 3 Cost. – letto in connessione con il principio di proporzione – potrebbe non solo bastare, ma anche essere addirittura decisivo ai fini del giudizio di contrarietà fra le pene che hanno un *quantum* fisso e la Costituzione.

Infatti, in teoria non si può escludere che vi possano essere tipi di fattispecie di reato che abbraccino situazioni così omogenee fra di loro da autorizzare, sia pure in via di eccezione, la comminatoria di pene fisse: di conseguenza, sulla base della ragionevolezza in forma estrinseca non è possibile aprioristicamente e categoricamente predicare l’incostituzionalità delle pene fisse¹¹¹.

La loro lettura nell’ottica del principio di rieducazione rovescia, però, questa prospettiva perché, quand’anche si appurasse che sul piano oggettivo la pena risulta proporzionata all’intera gamma dei comportamenti oggettivi tipizzati dal legislatore, non sarebbe confutabile che, sul piano personalistico e concreto, la pena può esigere modulazioni differenti a seconda della personalità del soggetto e delle esigenze specialpreventive¹¹²: è chiaro così che in tale prospettiva le pene fisse finiscono di per sé per porsi irrimediabilmente al di fuori del “volto costituzionale” del sistema penale perché precludono qualsiasi valutazione in concreto delle esigenze personalistiche e specialpreventive¹¹³.

¹⁰⁹ Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 374.

¹¹⁰ Così S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 156, il quale, pur sostenendo la tesi secondo la quale sulla base del parametro costituzionale dell’art. 27, comma 3 si può addivenire alla dichiarazione di incostituzionalità di una sanzione penale manifestamente sproporzionata rispetto al perseguimento della finalità rieducativa, è costretto però – e a dire il vero alquanto contraddittoriamente – ad ammettere che sotto questo profilo il controllo della Corte non potrebbe essere, appunto, molto rigoroso.

¹¹¹ Come osserva C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 738, «se la “regola” è rappresentata dalla “discrezionalità”, ogni fattispecie sanzionata con pena *fissa* (qualunque ne sia la *specie*) è per ciò solo *indiziata* di illegittimità: tale “indizio” potrà venir smentito soltanto in seguito a un controllo *strutturale* della fattispecie incriminata. Non si esclude infatti, giustamente, che in ipotesi particolari la pena possa risultare *congrua* ancorché priva di elasticità. Ma ciò può avvenire solo in quanto la particolare struttura della relativa fattispecie la renda “proporzionata” all’intera gamma dei comportamenti tipizzati: in altri termini, qualora l’illecito, per sua stessa conformazione, *non sia graduabile*».

¹¹² Sul punto cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 226, i quali osservano che i principi della personalità della responsabilità penale e della rieducazione del condannato per definizione possono essere valorizzati solo qualora la legge consenta al giudice di adeguare la pena alla colpevolezza del singolo agente e alle sue personali esigenze di rieducazione.

¹¹³ In tal senso cfr. anche R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, cit., 2569, il quale conclude che «in buona sostanza, la rieducazione, oltre a essere una funzione della pena, può essere considerata un vero e proprio principio che si traduce nella necessità di guardare nel volto il reo in carne ed ossa».

Quanto poi al precetto secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, nemmeno esso può essere direttamente posto alla base di un sindacato sul *quantum* di una sanzione penale: tale precetto da un lato non può, se non a prezzo di indebite forzature, essere esteso al di là del divieto nei confronti di chi è *in vinculis* della tortura, delle pene corporali e di quelle che comportano un contenuto eccessivo di sofferenza fisica e psicologica¹¹⁴, potendo tutt'al più essere applicato altresì a quelle sanzioni che pongano in pericolo o che anche solo compromettano il diritto alla salute¹¹⁵; dall'altro lato lo stesso precetto «è assai elastico e la sua interpretazione dipende dalla variabilità della coscienza sociale, non da dogmi preconcepiuti o immutabili»¹¹⁶.

D'altra parte, la Corte costituzionale ha solo in casi molto rari adottato questa seconda impostazione che, come affermato in precedenza, prescinde dal *tertium comparationis* per rifarsi esclusivamente alla violazione del principio di legalità e dei principi ricavabili dall'art. 27, comma 3 Cost.

In riferimento al principio di legalità la Consulta ha avuto modo di dichiarare illegittima una disposizione relativa al reato di violata consegna da parte di militare preposto di guardia a cosa determinata la quale prevedeva la reclusione militare da due a ventiquattro anni.

Con la sentenza n. 299 del 1992 la Consulta da un lato, in un *obiter dictum*, ha affermato a chiare lettere che «la predeterminazione legislativa del massimo di pena irrogabile per un determinato tipo di reato costituisce... un requisito essenziale affinché la discrezionalità giudiziale nella determinazione concreta della pena trovi nella legge il suo limite e la sua regola e non si traduca, invece, in arbitrio», con la conseguenza che «il principio di legalità della pena escluderebbe... la legittimità costituzionale di reati a pena massima indeterminata...»; dall'altro lato la stessa Corte ha potuto dichiarare la disposizione sottoposta al suo vaglio illegittima sulla base del postulato secondo cui «il principio di legalità richiede anche che l'ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 e che manifestamente risulti non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta. Altrimenti la

¹¹⁴ Sul punto cfr. P. PITTARO, *sub art. 27, c. 1, 3 e 4*, in S. BARTOLE - R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 281, il quale fa riferimento a tutte quelle pene che consistono in tecniche di manipolazione della personalità del reo e più in particolare alla lobotomia, alla castrazione, alla somministrazione forzata di farmaci, alla neurochirurgia, all'elettroanestesi, ovvero alle tecniche di condizionamento psicologico.

¹¹⁵ Il significato di tale precetto è quello non di rappresentare semplicemente un'autorizzazione a degradare immotivatamente le libertà del detenuto (o comunque di colui la cui libertà personale è sottoposta a limitazione) purché se ne rispetti la soglia minima di umanità, bensì di ribadire che la funzionalizzazione delle limitazioni delle libertà non può mai violare i fondamenti dell'ordinamento costituzionale: in tal senso cfr. A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 222, il quale trae addirittura la conclusione – non così incontrovertibile per la verità nella sua assolutezza e categoricità – secondo la quale «il divieto di sanzioni penali e inumane o degradanti rappresenta il limite inviolabile che nessun interprete può valicare per il tramite della tecnica del bilanciamento, perché giammai il legislatore potrebbe comprimere le libertà fondamentali a vantaggio di un qualsivoglia interesse di rilievo costituzionale oltre la soglia indicata nel terzo comma, primo periodo, dell'art. 27 Cost.».

¹¹⁶ Così – facendo riferimento a P. NUVOLONE, *Pena*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 792 – S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 164 e *ivi* nota 133, il quale deve ammettere che la possibilità di ritenere tale precetto una delle basi che possono fondare il principio di proporzionalità fra reato e pena incontra difficoltà operative di non poco conto; la tesi secondo cui il precetto in questione è vago ed elastico era già stata sostenuta, oltre che, come poco fa ricordato, dal Nuvolone, da A. SIGISMONDI, *Pene pecuniarie e funzione rieducativa*, in *Giur. cost.*, 1966, 154, il quale *ivi* in nota 39 osservava che, siccome l'espressione «senso di umanità» designa un concetto di contenuto storicamente variabile, «dipenderà dal mutamento del contenuto del concetto di senso di umanità... se delle pene oggi non ritenute contrarie ad esso... lo saranno domani».

predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario¹¹⁷.

In riferimento alla funzione rieducativa della pena il Giudice delle leggi, dopo aver inizialmente operato di fatto una sostanziale *interpretatio abrogans* dell'art. 27, comma 3 Cost.¹¹⁸, certamente ne ha nel corso del tempo sempre di più valorizzato la portata che, come è ben noto, non è stata confinata nello stadio dell'esecuzione penitenziaria, ma è stata estesa al "momento" dell'inflizione della pena da parte del giudice e soprattutto allo stadio della comminatoria legale¹¹⁹.

A rinforzo di questa valutazione lo stesso giudice costituzionale ha chiarito *expressis verbis* che la funzione rieducativa della pena non può mai essere sacrificata "sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena"¹²⁰.

Tuttavia, la Corte non ha mai, a quanto risulta, utilizzato il solo parametro rappresentato dall'art. 27, comma 3 per effettuare il sindacato sulla misura della sanzione penale¹²¹.

In altri termini, i giudici costituzionali non hanno mai individuato la base giuridica del principio di proporzionalità della pena nel solo art. 27, terzo comma, Cost., bensì – a partire, peraltro, soltanto dalle sentenze in precedenza ricordate che hanno temperato la tradizionale impostazione adottata dalla Corte – hanno sempre ritenuto quel principio fondato sul combinato disposto di tale norma e dell'art. 3 Cost., come del resto si trova scritto chiaramente nella recente sentenza n. 284 del 2019¹²².

¹¹⁷ Nell'esprimere apprezzamento per la conclusione cui la Corte è addivenuta nella sent. n. 299 del 1992 G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 230, osservano che una norma incriminatrice che prevede un minimo e un massimo enormemente distanti «impone al giudice – come 'legislatore del caso concreto' – di formulare un proprio autonomo giudizio di disvalore sulla stessa figura astratta di reato».

¹¹⁸ La sent. n. 12 del 1966 è l'esempio lampante di quanto osservato sopra nel testo: cfr. M. RUOTOLO, *Obiettivo carcere: guardando al futuro (con un occhio al passato)*, in *Quest. giust.*, 2015, n. 2, 56, il quale osserva che in quella sentenza il finalismo rieducativo veniva considerato come «elemento quasi accessorio della pena».

¹¹⁹ È stato così valorizzato il principio secondo il quale «le pene devono tendere alla rieducazione, non "alla putrefazione" del reo»: così A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 800. Per quanto riguarda la fase della commisurazione della pena da parte del giudice, in realtà, le problematiche sono maggiori perché, come si è evidenziato da più parti, l'art. 133 cod. pen. non prende posizione sui fini della pena in quella fase e così potrebbe consentire al giudice scelte personali e non controllabili con conseguenti esiti radicalmente diversi quanto alla misura della pena: cfr. in tal senso le osservazioni di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 34 ss., mentre G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 232, aggiungono che, per quanto sia vero che il giudice nell'applicare l'art. 133 suddetto dovrebbe orientarsi tenendo a mente la prioritaria assegnazione alla pena del fine della rieducazione sotto il limite segnato dalla colpevolezza per il singolo fatto, tuttavia «un legislatore davvero rispettoso del principio di legalità dovrebbe parlar chiaro, indicando *espressamente* al giudice la strada da seguire nella scelta fra le varie funzioni della pena».

¹²⁰ Così la sent. n. 149 del 2018; sul punto cfr. le osservazioni di E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., 18-19, nonché, volendolo, di A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del Giudice delle leggi*, Bari, 2018, partic. 53 ss.

¹²¹ La conclusione deve essere capovolta nell'"ambito" dell'esecuzione penitenziaria come dimostra la sent. n. 149 del 2018 in cui la Corte porta in primo piano l'art. 27, comma 3 Cost., mentre l'art. 3 Cost. è evocato esclusivamente a copertura dell'individualizzazione del trattamento penitenziario che la norma impugnata viola con le sue preclusioni generalizzate e con i suoi automatismi validi per tutti indistintamente: per maggiori ragguagli cfr. A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (Nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio costituzionale (www.osservatorioaic.it)*, 19 novembre 2018, 410-411, il quale osserva quanto segue: «Non inganni il riferimento che la Corte fa al "combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost." (§5): quello svolto non è un sindacato di ragionevolezza del diverso trattamento sanzionatorio di fattispecie dotate di disvalore e di pericolosità sociale comparabili ad altri reati non inclusi nel comma 4 dell'art. 58-*quater* impugnato, "come il giudice *a quo* aveva, in prima battuta, suggerito"... Qui l'art. 3 Cost. serve esclusivamente a ricordare che, come la gente non esiste perché esistono le persone, così non esistono i condannati alla reclusione, ma singole persone reclusi».

¹²² «Nemmeno può ritenersi fondata la censura formulata con riferimento al principio di proporzionalità della pena: principio la cui base giuridica è individuata dal rimettente nel solo art. 27, terzo comma, Cost., ma che la giurisprudenza di questa Corte ritiene fondato sul combinato disposto di tale norma e dell'art. 3 Cost.» (sent. n. 284 del 2019).

Questo “assioma” cui si è sempre attenuta la Corte ha incontrato, a quanto consta, una sola eccezione, ovvero quella rappresentata dalla sentenza n. 168 del 1994.

In questa occasione la Corte si è trovata di fronte alla questione di costituzionalità degli artt. 17 e 22 cod. pen. nella parte in cui non escludevano l’applicabilità della pena dell’ergastolo nei confronti dei minori imputabili per la supposta violazione degli artt. 10, comma 1, 27, comma 3 e 31, comma 2 Cost. e ha dichiarato le norme impugnate illegittime per la ritenuta lesione del combinato disposto degli artt. 31, comma 2 e 27, comma 3 sulla base della seguente considerazione.

Da un lato dall’art. 31, comma 2, che prevede una speciale protezione per l’infanzia e per la gioventù, deriva l’incompatibilità della previsione dell’ergastolo per gli infradiciottenni perché tale previsione accomuna nel medesimo contesto punitivo tutti i soggetti senza tenere in considerazione la particolare condizione minorile.

Dall’altro lato questa diversificazione imposta dall’art. 31, comma 2 fa assumere all’art. 27, comma 3, relativamente ai minorenni, un significato distinto da quello che è riferibile alla generalità dei soggetti quanto alla funzione rieducativa della pena, la quale per i soggetti minori di età deve essere considerata, “se non esclusiva, certamente preminente”¹²³.

È di palese evidenza che in questa occasione la Corte non fa riferimento né all’art. 3 Cost., né al solo art. 27, comma 3 Cost.¹²⁴: la stessa Corte non può che utilizzare infatti anche l’art. 31, comma 2 Cost. per poter dichiarare incostituzionale la disposizione che non esclude l’applicabilità della pena dell’ergastolo per i minori imputabili¹²⁵.

È inoltre chiaramente inconfutabile che neppure nella pronuncia n. 299 del 1992 prima ricordata la Corte ha necessità di ricorrere al *tertium comparationis* a supporto della decisione di incostituzionalità; tuttavia non c’è dubbio che nell’occasione veniva in considerazione un caso a dir poco macroscopico di pena eccessivamente dilatata, ovvero da due a ventiquattro anni: si tratta di un caso dunque isolato¹²⁶.

Infine non sembra che la Corte abbia valorizzato il principio della funzione rieducativa della pena neppure in merito alle pene fisse, le quali dunque sono rimaste confinate in un «campo...

¹²³ Si potrebbe così concludere – lasciando la parola al giudice Kagan estensore della già citata sentenza *Miller v. Alabama* del 2012 – che i minori, soprattutto se giovanissimi, “sono costituzionalmente diversi dagli adulti ai fini della condanna”. Giustamente fa notare A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell’ergastolo*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 5 marzo 2013, 4 nota 15, che la dichiarazione di incostituzionalità del carcere a vita per i minori che si ricava dalla sent. n. 168 del 1994 è tanto più importante quanto più si considera che questi sarebbero potuti comunque essere ammessi alla liberazione condizionale in qualsiasi momento dell’esecuzione della pena e – quel che più conta – qualunque ne fosse stata la durata.

¹²⁴ È stato osservato che nella sent. n. 168 del 1994 il principio della funzione rieducativa della pena non passa per il tramite della proporzione perché «in effetti è colpito l’ambito soggettivo di applicazione della pena perpetua e non già la sua comminatoria rispetto ad un determinato reato o classe di reati»: così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 375 nota 51.

¹²⁵ Non a caso è stato osservato che l’attenta lettura della sent. n. 168 del 1994 dimostra come «da solo... il finalismo rieducativo non basti per soppiantare in toto le istanze di prevenzione generale che sovrintendono la previsione legale astratta dell’ergastolo per la normalità dei consociati»: P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D’ORLANDO e L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 105.

¹²⁶ Si tratta di un caso così macroscopico che esso sembra violare il principio di determinatezza addirittura nella “versione” che ne ha dato la Corte costituzionale nella famosa sent. n. 96 del 1981 in materia di plagio laddove i giudici costituzionali osservarono che tutte le norme penali debbono fare riferimento a fenomeni che appaiono concretamente ed empiricamente verificabili: nella disposizione sottoposta all’esame del Giudice delle leggi nella sent. n. 299 invece la determinazione legislativa della pena appariva già *ictu oculi* del tutto scollegata da alcuna sotto-fattispecie ipoteticamente immaginabile: in tal senso cfr. limpidamente C.F. GROSSO, *Illegittimità delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1479.

tradizionalmente inaccessibile»¹²⁷ almeno fino alla sentenza n. 222 del 2018 di cui si parlerà in seguito.

È pur vero che nella sentenza n. 50 del 1980 la Corte ha affermato che “l’adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento contribuisce da un lato, a rendere quanto più possibile «personale» la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall’art. 27, primo comma; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile «finalizzata», nella prospettiva dell’art. 27, terzo comma, Cost.” e che dunque “in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono... in armonia con il «volto costituzionale» del sistema penale”¹²⁸.

Tuttavia, in quella stessa sentenza la Corte si affretta anche a precisare che il dubbio d’illegittimità costituzionale in riferimento alle pene fisse “potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente «proporzionata» rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato”.

Del resto, nella giurisprudenza successiva alla decisione n. 50 del 1980 il Giudice delle leggi ha ritenuto necessario rintracciare un termine di raffronto valido per “ricostruire” la disciplina sanzionatoria demolita in assenza del quale la questione di costituzionalità relativa alle pene fisse è pressoché sempre stata dichiarata inammissibile¹²⁹: questo senza contare poi che la stessa Corte ha avuto modo di precisare che l’affermazione contenuta nella sentenza n. 50 del 1980 relativa alla tendenziale contrarietà delle pene fisse al “volto costituzionale” dell’illecito penale deve intendersi riferita alle pene fisse nel loro complesso ma “non ai trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, ai fini dell’adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete” e dunque non “nell’ipotesi di comminatoria, per un determinato illecito, di una pena pecuniaria fissa, congiunta ad una pena detentiva dotata di una forbice edittale”¹³⁰.

Da ultimo occorre ricordare che anche in riferimento al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità la Corte non ha mai provveduto ad estendere il suo raggio di applicazione al principio di proporzione fra reato e pena, ma ha ritenuto che esso sia un “principio di civiltà [che] deve certamente improntare di sé la disciplina delle pene e della loro esecuzione, e dunque informare tutta l’organizzazione carceraria e l’applicazione delle norme ad essa relative”, concludendo che affinché la restrizione in carcere possa essere ritenuta contraria al senso di umanità “deve verificarsi una situazione di vera e propria incompatibilità tra regime carcerario, comunque disciplinato, e condizioni soggettive del condannato”¹³¹.

¹²⁷ Così V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 353.

¹²⁸ Ha ragione M. D’AMICO, *sub art. 27*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 574, a sostenere che con la sent. n. 50 del 1980 si ha la vera valorizzazione del principio rieducativo purché però – ad avviso di chi scrive – tale tesi sia riferita al passo di questa sentenza riferito sopra nel testo.

¹²⁹ Cfr. la sent. n. 134 del 2012 in cui, posta di fronte alla questione relativa alla pena accessoria del reato di bancarotta, consistente nell’inabilitazione all’esercizio di un’impresa commerciale e nell’incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata di dieci anni, il Giudice costituzionale dichiarò inammissibile la questione sollevata perché, avendo i rimettenti chiesto la sostituzione della norma oggetto con la previsione che l’inabilitazione potesse durare “fino a” dieci anni, la soluzione venne considerata non a rime obbligate, ma “una tra quelle astrattamente ipotizzabili... infatti sarebbe anche possibile prevedere una pena accessoria predeterminata ma non in misura fissa (ad esempio da cinque a dieci anni) o una diversa articolazione delle pene accessorie in rapporto all’entità della pena detentiva”.

¹³⁰ Così l’ord. n. 91 del 2008 che conclude nel senso che “in una simile evenienza, il giudice conserva, agendo anche solo sulla pena detentiva, la possibilità di adeguare la risposta punitiva alle specificità del singolo caso”.

¹³¹ Così la sent. n. 165 del 1996.

4. Il più recente orientamento della Corte costituzionale in merito al sindacato sul quantum della sanzione penale: novità, pregi e difetti

Come si è anticipato in precedenza, in alcune recenti decisioni la Corte costituzionale sembra avere imboccato un nuovo percorso in materia di sindacato sulla misura della sanzione penale.

Questo orientamento, che è stato ritenuto molto innovativo, non segue la seconda impostazione ricordata, che prescinde dal *tertium* e fa riferimento esclusivamente ad alcuni principi costituzionali – quali il principio di legalità e quello della finalità rieducativa della pena – per giustificare un sindacato di costituzionalità della pena.

L'orientamento in questione si muove, al contrario, nel solco tracciato dalla prima impostazione sopra esaminata e, al contempo, ne modifica e sotto alcuni profili ne stravolge l'impianto nei termini che si espliciteranno di qui a poco.

La decisione n. 236 del 2016, sul reato di alterazione di stato, la decisione n. 222 del 2018, sul reato di bancarotta fraudolenta, e la decisione n. 40 del 2019, sul reato per fatti di non lieve entità aventi ad oggetto droghe pesanti, sono le più rilevanti fra le pronunce che possono essere inquadrate nel suddetto orientamento.

Non è il caso in questa sede di soffermarsi analiticamente sul contenuto e sulle particolarità di ognuna di esse tanto più che il rischio sarebbe quello di ripetere osservazioni già svolte da molti altri commentatori.

Giova solo ricordare che il loro impianto concettuale è stato confermato da altre sentenze e in modo particolare dalla decisione n. 233 del 2018, sul reato di contrabbando doganale, dalla decisione n. 88 del 2019, sull'entità della pena e sulla sanzione amministrativa accessoria per i reati di omicidio e di lesioni stradali gravi, dalla decisione n. 99 del 2019, sull'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta in regime di detenzione, e dalla decisione n. 284 del 2019, sul reato di oltraggio a pubblico ufficiale.

Tutte¹³² queste pronunce presentano alcune caratteristiche che le accomuna e che in breve è opportuno ricordare.

Innanzitutto, si tratta di sentenze manipolative di tipo sostitutivo le quali dichiarano l'incostituzionalità della disposizione impugnata nella parte in cui prevede una determinata pena, principale o accessoria, anziché un'altra, che è individuata dal Giudice delle leggi attraverso l'adesione, in alcuni casi, all'indicazione del giudice remittente, oppure, in altri casi, in disaccordo con essa¹³³. In secondo luogo, nel percorso motivazionale attraverso cui giunge ad adottare queste

¹³² Secondo alcuni fra tutte le decisioni sopra riportate nel testo la sent. n. 236 del 2016 sarebbe quella che ancora si basa sul *tertium comparationis* (cfr. R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta*, cit., 970 nota 6) e sulla teoria delle rime obbligate (cfr. A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del Giudice delle leggi*, nella *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 25 novembre 2019, 109-110).

Tuttavia, questa tesi sembra sconfessata sia da quanto si trova testualmente scritto nella sent. n. 236 secondo cui "rimane fermo che le questioni all'attuale esame sollecitano, prima di tutto, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*. Piuttosto, nella prospettazione del giudice *a quo*, l'esito negativo di un tale controllo, in termini di manifesta irragionevolezza per sproporzione tra cornice edittale, da un lato, e disvalore della condotta, dall'altro, viene a disvelarsi «anche» alla luce del più mite trattamento riservato ad altre fattispecie, tra cui, in particolare, quella del primo comma del medesimo art. 567 cod. pen.", sia dal fatto che in effetti la stessa Corte rileva che le fattispecie di cui all'art. 567, comma 1 cod. pen. e all'art. 567, comma 2 cod. pen. sono non identiche, ma neanche disomogenee.

¹³³ Ad esempio, nella sent. n. 222 del 2018 la Corte segue una diversa soluzione rispetto a quella prefigurata dal remittente superando così la prospettazione dell'ordinanza di remissione: a giudizio di S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*,

sentenze sostitutive la Corte non azzerava ma comunque ridimensiona notevolmente il ruolo del *tertium comparationis* e ritiene di poter svolgere un giudizio di ragionevolezza intrinseco non impostato sul diretto raffronto fra la norma censurata e il parametro di riferimento. In terzo luogo, la Corte supera la teoria delle rime obbligate per adottare invece la teoria delle rime possibili¹³⁴, ovvero delle soluzioni costituzionalmente adeguate benché non obbligate: la Corte così individua il sostituto sanzionatorio senza trarlo da una soluzione costituzionalmente necessaria¹³⁵.

Che questo più recente orientamento della Corte sia in grado di produrre un'espansione del sindacato e quindi delle competenze della stessa pare fuori discussione se solo si riflette sui seguenti effetti che esso produce. In primo luogo, nel controllo svolto nel merito dalla Corte costituzionale la discrezionalità del legislatore diventa un «limite relativo»¹³⁶ superabile nella misura in cui nell'ordinamento siano rintracciabili una o più soluzioni costituzionalmente adeguate che si inseriscano «nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore»¹³⁷. In secondo luogo nello svolgimento del sindacato sulla misura delle sanzioni penali la Corte si appropria di ben più ampi spazi, i quali rendono possibili manipolazioni anche piuttosto ardite

2019, n. 1, 184, «ciò... sembra una volta di più suggerire alla dottrina di continuare a interrogarsi sul rapporto tra soluzioni prefigurate (o non prefigurate) dai giudici *a quibus* e risposte del Giudice costituzionale».

¹³⁴ Utilizzano questa espressione S. LEONE, *Illegittima la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione "a rime possibili"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 1, 593; N. CANZIAN, *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe "pesanti" fra divieto di impugnazione del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 2, 1002; D. PICCIONE, *Il silenzioso epitaffio per l'art. 148 c.p.: l'inizio della fine per la differenza di trattamento tra grave infermità fisica e psichica*, in *Giur. cost.*, 2019, 1123 e *ivi* nota 4, il quale discorre di «un'interpretazione delle "rime obbligate" in chiave ampia e non esclusiva».

¹³⁵ Gli studiosi che si sono occupati da vicino di queste decisioni hanno – chi più chi meno – tutti messo in evidenza questi elementi accomunanti: cfr., *inter alios*, A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 794-795, il quale osserva che la Corte «si emancipa dallo schema trilaterale del giudizio di ragionevolezza» e che «il giudice *a quo* non deve più prefigurare il verso della rima obbligata che consenta alla Corte di manipolare la misura edittale della norma censurata»; A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 26 novembre 2019, 165, il quale parla di «rivoluzionario superamento delle "rime obbligate"». In senso contrario sembra andare invece R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 18 febbraio 2019, spec. 151, il quale addirittura osserva che la soluzione adottata dalla Corte nella sent. n. 222 del 2018 era in realtà una soluzione a rime obbligate: da un lato la soluzione indicata dal giudice remittente e basata sull'art. 37 cod. pen. doveva essere scartata non tanto perché "disonica" ma perché *ultra petitum* in quanto oggetto del giudizio non era tanto il *quantum* della pena accessoria (la durata decennale), ma piuttosto la fissità, con la conseguenza che, se si fosse adottata la soluzione basata sull'art. 37 cod. pen., essa avrebbe finito per travolgere non solo la fissità, ma anche il *quantum* di dieci anni dal momento che nell'ipotesi della bancarotta preferenziale punita da uno a cinque anni la durata della pena accessoria sarebbe sempre stata necessariamente inferiore a dieci anni (le ipotesi di bancarotta fraudolenta sono invece punite con la pena della reclusione da tre a dieci anni); dall'altro lato, una volta caduta l'alternativa tra cui scegliere, l'altra soluzione risultava obbligata, ragion per cui, in buona sostanza, per fare salvo il *quantum* di dieci anni non contestato dal giudice rimettente la Corte era "costretta" a scartare la soluzione dell'art. 37 cod. pen. e, per attuare l'individualizzazione, era "costretta" a fare riferimento al "fino a". L'A. conclude così – 151 nota 30, 151-152 (con considerazioni già esplicitate in *Id.*, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità*, cit., 2571) – nel senso che il nuovo principio posto dal recente orientamento della Consulta è il seguente: il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è ammesso anche quando il sistema nel suo complesso offre alla Corte "precisi punti di riferimento" e soluzioni "già esistenti" esse stesse immuni da vizi di legittimità purché una sola soluzione risulti essere costituzionalmente obbligata.

¹³⁶ Così M. RUOTOLO, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il "reo folle"*, in *Giur. cost.*, 2019, 1110; analogamente cfr. F. SIRACUSANO, *Il "reo folle" davanti al Giudice delle leggi: la Corte costituzionale supplisce all'ostinata inerzia del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, 1113, secondo il quale «la discrezionalità del legislatore... può cedere il passo all'ingerenza della Consulta senza operare quale limite assoluto...».

¹³⁷ Così la sent. n. 99 del 2019 e similmente le decc. n. 222 e n. 233 entrambe del 2018, nonché la sent. n. 40 del 2019.

impensabili in una logica di deferenza – limitata solo dalla irragionevolezza perlopiù manifesta – nei confronti delle scelte in questo “ambito” effettuate dal legislatore¹³⁸: a questo proposito è stato addirittura detto che il controllo impostato nella forma della ragionevolezza “in sé” della scelta legislativa consente al Giudice delle leggi di «spingere il proprio vaglio nei sobborghi rimossi della “ratio legis”»¹³⁹. In terzo luogo, l’orientamento in esame si pone il condivisibile obiettivo di allargare il più possibile lo spazio del sindacato della Corte in modo tale da non lasciare zone franche soprattutto in relazione alla protezione dei diritti fondamentali: la Corte non risponde più con la formula *durissima lex, sed lex* più volte implicitamente adottata in assenza di una calzante fattispecie comparativa e pur a fronte di macroscopiche esagerazioni punitive¹⁴⁰.

Se a tutto questo si aggiunge poi il dato di fatto che tale recente indirizzo da un lato si fonda su di un numero abbastanza elevato di pronunce e dall’altro lato sembra ampiamente condiviso a Palazzo della Consulta in considerazione della varietà dei giudici relatori/redattori di tali pronunce¹⁴¹, è facile intuire che si tratta di un *trend* che ha buone probabilità di essere confermato anche in futuro.

Tutto questo premesso, è lecito, però, nutrire più d’una perplessità in merito alla diffusa tesi secondo cui questo orientamento è caratterizzato dall’elemento della dirimente novità.

Innanzitutto, la tesi adottata dalla Corte di far riferimento a rime possibili, ovvero costituzionalmente non obbligate ma solo adeguate, trova un antecedente in una opinione dottrinale.

Essa da tempo aveva ventilato la possibilità che la Corte, una volta constatata l’incostituzionalità della legge sottoposta al suo vaglio ma riscontrata altresì la presenza di più soluzioni normative, potesse dichiarare l’incostituzionalità della stessa legge e al contempo introdurre un profilo ricostruttivo parziale adottando una delle soluzioni possibili per evitare nell’immediato il sorgere di un vuoto normativo peggiorativo. Questo si sosteneva facendo salva la possibilità per il legislatore di intervenire successivamente con una disciplina diversa¹⁴².

Così ha fatto la Corte in queste recenti decisioni in materia penale.

Ma, al di là di questo, a dire il vero è stata la stessa Corte a dare una “spallata” già in tempi meno recenti alle rime obbligate¹⁴³, le quali non a caso «parrebbero, specie dopo Cappato, non godere di buona salute»¹⁴⁴.

¹³⁸ Come dice sinteticamente D. MARTIRE, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”, benché non “obbligate”*, in *Giur. cost.*, 2019, 705, «la discrezionalità del giudice costituzionale sembra... aumentare». Su questo specifico aspetto si ritornerà anche in seguito nello scritto.

¹³⁹ Così V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, cit., 349; tutt’al contrario quel che accade in un giudizio di ragionevolezza estrinseca attraverso il quale «non si controlla... la *voluntas* del legislatore, ma la consequenzialità del ragionamento sviluppato in base alla medesima...»: così si esprimeva A. CERRI, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 98.

¹⁴⁰ Così V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2106-2107.

¹⁴¹ A dimostrazione di ciò basti considerare quanto segue: la sent. n. 236 del 2016 ha come redattore Zanon; la sent. n. 222 del 2018 ha come redattore Viganò; la sent. n. 233 del 2018 ha quale redattore Barbera; la sent. n. 40 del 2019 ha quale redattore Cartabia; la sent. n. 88 del 2019 ha come redattore Amoroso; la sent. n. 99 del 2019 ha come redattore Cartabia; la sent. n. 284 del 2019 ha come redattore Viganò.

¹⁴² Per questa tesi cfr. E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore nel periodo 1987-1989*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 218 ss., sulla scia di un’intuizione dovuta già a Pizzorusso.

¹⁴³ ... la qual cosa già da alcuni anni non è sfuggita, del resto, ad attenta dottrina: cfr. F. MODUGNO, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 295.

¹⁴⁴ Così A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi, 2019/III, 726 nota 65, secondo il quale «a dirla tutta, la malattia che le affligge fa temere il peggio»; a giudizio di F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto)*

Si pensi alla sentenza n. 113 del 2011 con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 cod. proc. pen. "nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo".

Ebbene, trattasi di un dispositivo additivo non propriamente nei limiti canonici delle rime obbligate in quanto le soluzioni che l'ordinamento processuale penale offre per realizzare il principio che la Corte ha posto sono, in realtà, molteplici: la revisione, il ricorso straordinario per cassazione, la restituzione del termine per impugnare, l'incidente di esecuzione fondato sull'inesistenza della sentenza emessa a seguito di processo iniquo.

Non a caso in dottrina è stato evidenziato che con questa pronuncia la Corte «non si limita a esplicitare un principio latente nel sistema, ma inventa qualcosa che non esisteva: un istituto finalizzato a garantire la riapertura in caso di accertamento dell'iniquità del processo» e si è così potuto concludere nel senso che «la distanza da quella creazione "a rime obbligate", individuata tradizionalmente come limite alle sentenze manipolative, risulta enorme»¹⁴⁵: il tutto – si potrebbe aggiungere – con l'aggravante che questa decisione è stata per di più adottata nella materia processual-penalistica in relazione alla quale la Corte ha da sempre riconosciuto come molto ampia la discrezionalità del legislatore.

È proprio però nel settore del diritto penale e più specificamente nel sindacato sulla misura delle sanzioni penali che la Corte ha potuto già in passato porre le basi del più recente orientamento.

L'impostazione secondo la quale tale sindacato deve svolgersi sulla base del metro valutativo della ragionevolezza intesa in senso estrinseco, ovvero incentrata sullo «starting point»¹⁴⁶ del *tertium comparationis*, e deve avere come presupposto che l'esito dell'eliminazione del profilo di irragionevolezza sia una soluzione a rime costituzionalmente obbligate era già stata, a dir così, messa in crisi o comunque temperata da quelle decisioni collocabili fra la fine degli anni settanta e l'inizio degli anni novanta del secolo scorso su cui in precedenza si è già focalizzata l'attenzione e sui cui è bene brevemente ritornare.

Si pensi, per esempio, alla sentenza n. 341 del 1994 in tema di reato di oltraggio a suo tempo ricordata.

L'esito della pronuncia consiste nella dichiarazione di illegittimità del minimo edittale e per far questo la Corte utilizza il canone della ragionevolezza in un primo momento dell'iter argomentativo in forma intrinseca ma nel prosieguo dello stesso iter pure in forma estrinseca, tant'è vero che la stessa Corte argomenta la manifesta irragionevolezza del minimo edittale *anche* in ragione del raffronto con il minimo edittale previsto dall'art. 594 cod. pen. con riferimento al reato di ingiuria.

Il fatto che la Corte senta la necessità nella parte finale della parte motivazionale della sentenza di utilizzare il canone della ragionevolezza anche in forma estrinseca attraverso la comparazione col minimo edittale previsto per il reato di ingiuria si giustifica soltanto perché esso è funzionale al subentro, in sostituzione della pena minima fissata in sei mesi per il reato di oltraggio a pubblico

sensibile, in *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), 6 marzo 2020, 681, «l'esplicito "contenuto normativo" della sent. n. 242/2019 rende difficile d'ora innanzi richiamare la dottrina delle rime obbligate».

¹⁴⁵ Entrambe le citazioni sono tratte da M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, 3311, il quale non per nulla conia, in riferimento appunto alla sent. n. 113 del 2011, la definizione di «additiva di istituto»; anche G. LEO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 52-53, osserva che con la sent. n. 113 del 2011 «le linee estreme della elevata discrezionalità legislativa sono state superate anche là dove sembravano insuperabili...».

¹⁴⁶ L'espressione è dovuta a V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2110.

ufficiale, della soglia minima pari a quindici giorni di detenzione previsti in via generale dall'art. 23 cod. pen., ovvero quella valevole anche per le condotte ascrivibili al reato di ingiuria.

È molto interessante notare un aspetto della sentenza n. 341 del 1994.

Questo aspetto si coglie bene se si considera che la vera novità non risiede tanto – o non solo – nella circostanza che la Corte effettui prima il giudizio di ragionevolezza intrinseco e poi esclusivamente per i motivi poco fa esposti quello in forma estrinseca, ma consiste soprattutto in un altro elemento.

Quando il *tertium* è assunto nel giudizio di ragionevolezza puramente estrinseco esso deve essere non semplicemente caratterizzato da generici tratti di comunanza con la disposizione censurata, ma necessariamente omogeneo rispetto ad essa; nel caso in esame, invece, tale omogeneità da un lato non sussiste e dall'altro non è nemmeno richiesta dalla Corte la quale pare “accontentarsi” che la fattispecie criminosa sottoposta al suo giudizio e il *tertium comparationis* assunto come punto di riferimento siano non del tutto disomogenei, ovvero che presentino “tratti comuni non irrilevanti”.

Questo proprio perché il *tertium comparationis* non assolve alla sua vera e propria funzione, ma serve soltanto ad individuare il trattamento sanzionatorio sostitutivo: solo sulla base di questa premessa si può agevolmente comprendere come nella sentenza n. 341 del 1994 la Corte osservi che “la plurioffensività del reato di oltraggio rende certamente ragionevole un trattamento sanzionatorio più grave di quello riservato all'ingiuria, in relazione alla protezione di un interesse che supera quello della persona fisica e investe il prestigio e quindi il buon andamento della pubblica amministrazione. Ciò non toglie però che nei casi più lievi, il prestigio e il buon andamento della pubblica amministrazione, scalfiti da ben altri comportamenti, appaiono colpiti in modo così irrisorio da non giustificare che la pena minima debba necessariamente essere dodici volte superiore a quella prevista per il reato di ingiuria. Anzi in questi casi è più che mai evidente l'irragionevole bilanciamento tra la tutela dell'amministrazione e del pubblico ufficiale e il valore della libertà personale”¹⁴⁷.

Non deve trarre in inganno la circostanza che in questa occasione la Corte adotti una decisione di accoglimento “secca” con cui spazza via il limite edittale di sei mesi per il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale: infatti occorre fare ricorso al cosiddetto canone della totalità comunemente ritenuto applicabile alle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale¹⁴⁸ e leggere il dispositivo in combinato disposto con la sopra indicata parte finale della motivazione della sentenza.

¹⁴⁷ Cfr. in dottrina A. PAGLIARO, *Oltraggio ad un pubblico ufficiale*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXI, Roma, 1990, 2, secondo il quale «il pubblico ufficiale in quanto agisce al servizio della pubblica amministrazione, e quindi al servizio dello Stato, merita una tutela più accentuata da parte dello Stato stesso. Ciò perché, in questo modo, lo Stato tutela sé medesimo»; F. CURI, *L'attività «paralegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale*, cit., 1100, la quale osserva che «l'oltraggio non costituisce un inutile doppione rispetto alla fattispecie affine dell'ingiuria, poiché in esso è possibile riscontrare come elemento strutturale differenziale il nesso sussistente tra condotta offensiva e esercizio funzionale».

¹⁴⁸ Su tale canone vedansi già le illuminanti pagine di A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, 369-370, il quale osservava che, «benché la giurisprudenza costituzionale conosca esempi di rinvio dal dispositivo alla motivazione...», anche ovi manchi un simile richiamo espresso (in realtà superfluo) non può non ammettersi un analogo tacito legame, dato che la funzione di giustificare ed illustrare il dispositivo è istituzionalmente propria della motivazione. La possibilità di interpretare il dispositivo delle sentenze ricorrendo alla motivazione... appare estensibile alle decisioni della Corte costituzionale, con la sola limitazione che, ove si tratti di sentenze di accoglimento, qui dovrà trattarsi soltanto di interpretazione e non di completamento dei dispositivi con ulteriori statuizioni di cui essi non presentino traccia...»; più di recente R. GRANATA, *Le sentenze e le ordinanze “autointerpretative” della Corte costituzionale fra “novazione” e “ricognizione” del precedente decisa*, Milano, 2009, partic. 9-11, osserva che «fisiologicamente – nel contesto strutturale della decisione – il dispositivo non può compiutamente e correttamente intendersi senza il sussidio della motivazione. E appunto in questo senso è l'orientamento della Corte costituzionale, la quale, ogniqualvolta si trova nella necessità di individuare il *dictum* di una sua precedente decisione, costantemente – enunciando espressamente il principio o facendone di fatto applicazione – ne legge il dispositivo alla luce della motivazione» (11).

Ebbene la tecnica utilizzata nelle decisioni che valgono a comporre l'orientamento più recente del Giudice delle leggi è sostanzialmente accostabile a quella a cui la Corte ha fatto ricorso già nella pronuncia n. 341 del 1994¹⁴⁹.

Anche in queste pronunce, infatti, prima la Consulta svolge un sindacato sulla base del metro della ragionevolezza intrinseca in cui il canone della ragionevolezza «è utilizzato come complemento e in appoggio»¹⁵⁰ in modo particolare al principio della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3 Cost. e solo in seguito la Corte recupera il *tertium*: questo non sparisce dalla scena, ma riappare come mero «*terminus ad quem*»¹⁵¹, quale «punto di riferimento»¹⁵² non necessariamente omogeneo bensì soltanto non disomogeneo rispetto al trattamento sanzionatorio valutato sproporzionato¹⁵³, quale soluzione soltanto adeguata benché “immune da vizi di illegittimità”¹⁵⁴,

¹⁴⁹ Della stessa opinione sono anche D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 52, il quale peraltro fa riferimento non solo alla sent. n. 341 del 1994, ma anche alla sent. n. 409 del 1989; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2017, n. 2, 65, il quale osserva che dalla sent. n. 236 del 2016 – ma queste osservazioni sembrano suscettibili di estensione anche alle successive pronunce della Corte in materia – emerge che, mentre l'ideale di una pena proporzionata rispetto al fatto è compito che compete al legislatore prima – nella definizione del quadro edittale – e al giudice poi – nella determinazione concreta della qualità e della quantità della pena all'interno dei limiti fissati dal legislatore e tenendo conto delle eventuali circostanze aggravanti e attenuanti –, la Corte può e deve “soltanto” assicurarsi che le cogenti indicazioni del legislatore non impongano al giudice di infliggere concretamente pene manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto: questo analogamente a quanto richiede oggi l'art. 49 (3) CDFUE, il quale, stabilendo che l'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato, è significativamente formulato nei termini negativi di divieto di pene sproporzionate (del resto in altra sede l'Autore può esprimere la sua opinione nel senso che ogni giudice nazionale – ivi compresa la stessa Corte costituzionale – è al tempo stesso giudice della Costituzione ma anche di tutti gli “strumenti” internazionali che concorrono al riconoscimento e alla garanzia dei diritti fondamentali della persona: cfr. F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 2, 492-495, partic. 494). Su quest'ultimo profilo si mostra perplesso V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 10 ottobre 2011, 11-12 nota 27, il quale rileva che i singoli Stati risultano vincolati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – ormai inclusa nei trattati ai sensi dell'art. 6 TUE – “esclusivamente in attuazione del diritto dell'Unione” (ai sensi dell'art. 51 della Carta stessa), ragion per cui non si dovrebbe ritenere la Carta uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea e a supporto di ciò l'A. adduce la sent. n. 80 del 2011 Corte cost., nonché la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia a più riprese sia prima sia dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

¹⁵⁰ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, nei Convegni e seminari del sito telematico della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it), 12 novembre 2013, 1.

¹⁵¹ V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2110.

¹⁵² F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit., 64.

¹⁵³ Questo profilo, che emerge in modo estremamente chiaro già dalla lettura della sent. n. 236 del 2016, è di immediata evidenza anche nelle successive pronunce che compongono il recente orientamento in esame.

¹⁵⁴ Così la sent. n. 222 del 2018. Fra l'altro questa precisazione, che ha la sua *ratio* principale nell'esigenza di evitare che la nuova disciplina presenti il medesimo difetto di costituzionalità di quella censurata e che dunque ad una pena sproporzionata se ne sostituisca un'altra altrettanto sproporzionata, pone il seguente interrogativo: qualora, ad esempio, il sostituto sanzionatorio sia già stato dichiarato illegittimo ancorché a causa di un vizio procedurale che nulla ha a che fare con la proporzionalità delle pene, lo stesso può essere ugualmente una soluzione adeguata? A giudizio di C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 18 marzo 2019, 1 ss., parrebbe di dover rispondere a questo interrogativo di sì dalla semplice lettura della sent. n. 40 del 2019 perché essa prenderebbe come punto di riferimento ai fini della sostituzione del quadro edittale dichiarato incostituzionale un minimo edittale che costituiva la misura della pena minima indicata dalla legge Fini-Giovanardi per i fatti non lievi la quale a sua volta era stata dichiarata incostituzionale dalla sent. n. 32 del 2014: l'A. a questo proposito osserva che è «in certa misura imbarazzante» il dato che la misura sanzionatoria sostituita a quella dichiarata incostituzionale sia quella fissata da una disposizione eliminata dall'ordinamento perché «una tale disposizione... non più esistente nell'ordinamento... non avrebbe dovuto essere recuperata neppure al limitato fine di rappresentare un parametro di riferimento per la Corte al momento di individuare il nuovo trattamento sanzionatorio conseguente a una successiva pronuncia di illegittimità costituzionale». Tuttavia si deve considerare da un lato che il minimo edittale

ovvero in funzione di necessario ruolo orientativo nel giudizio ai fini della sostituzione del quadro edittale dichiarato incostituzionale¹⁵⁵.

A dir la verità, in una delle decisioni che vanno a comporre questo recente orientamento la Corte non opera il controllo di ragionevolezza intrinseca in relazione al *quantum* della fattispecie incriminatrice posto al suo vaglio in sé e per sé per giungere poi alla conclusione che quel *quantum* è manifestamente sproporzionato rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato perché si traduce in un ostacolo alla funzione rieducativa della pena.

La Corte invece è posta dinanzi alla questione di costituzionalità relativa al preteso difetto di ragionevolezza del minimo edittale di una fattispecie di reato che punisce certi fatti in materia di produzione, di traffico e di detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope di non lieve entità e relativi alle “droghe pesanti” sulla base del raffronto sia con il massimo edittale disposto da altra fattispecie di reato che punisce i medesimi fatti ma in relazione alle sole “droghe leggere” sia e soprattutto con il massimo edittale previsto da altra fattispecie di reato che incrimina gli stessi fatti ma di lieve entità e riguardanti i diversi “tipi di droghe”. Il giudice rimettente si sofferma in modo particolare sul rapporto fra il minimo della fattispecie che punisce i fatti di non lieve entità e il massimo di quella che incrimina i fatti di lieve entità e osserva che, nonostante la linea di demarcazione “naturalistica” tra le fattispecie “ordinaria” e “lieve” sia talvolta non netta, la divaricazione sanzionatoria di ben quattro anni fra il minimo della prima e il massimo della seconda fattispecie è eccessivamente e quindi irragionevolmente distante con conseguente violazione del principio di proporzionalità e dei principi di colpevolezza e di necessaria finalizzazione rieducativa della pena. In realtà poi la conclusione del giudice *a quo* è che il minimo della fattispecie relativa ai fatti di non lieve entità, individuato in otto anni, debba essere sostituito non con il massimo previsto dalla fattispecie inerente i fatti non lievi – su cui pure lo stesso giudice incentra, come appena detto, il cuore del suo percorso argomentativo –, bensì con il massimo previsto dalla fattispecie relativa alle “droghe leggere”, individuato in sei anni.

La Corte non è chiamata a valutare pertanto la proporzionalità del *quantum* della pena di una fattispecie di reato che si assume omogenea ad altra fattispecie criminosa che prevede una sanzione meno elevata; in questo caso vengono in considerazione tre fattispecie di reato piuttosto disomogenee.

Con la sentenza n. 40 del 2019 il Giudice delle leggi imposta il controllo di ragionevolezza intrinseca sulla base dell’osservazione che indubitabilmente molti casi si collocano in una “zona grigia” che si situa al confine fra la fattispecie di reato relativa ai fatti di non lieve entità e quella inerente i medesimi fatti ma di lieve entità, ragion per cui la circostanza che il minimo edittale del fatto di non lieve entità sia pari al doppio del massimo edittale del fatto lieve dà vita ad “un così vasto iato sanzionatorio” da risultare evidentemente sproporzionato: questo – osserva la Corte – tanto più che l’ampiezza del divario sanzionatorio “condiziona inevitabilmente la valutazione complessiva che il giudice di merito deve compiere al fine di accertare la lieve entità del fatto... con il rischio di dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che a irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte”.

In questo caso il Giudice delle leggi sostituisce la misura della pena minima per i fatti non lievi con una pena che è stata ripetutamente indicata dal legislatore come misura adeguata ai fatti “di

previsto dalla legge Fini-Giovanardi, che prevedeva la pena di sei anni di reclusione, è stato ritenuto illegittimo a causa di un vizio procedurale che nulla ha a che vedere con la proporzionalità delle pene e dall’altro lato che comunque il punto di riferimento assunto quale sostituto sanzionatorio dalla Corte trova il suo fondamento anche in una fattispecie di reato vigente, ovvero nell’art. 73, comma 4 d.p.r. n. 309/1990.

¹⁵⁵ Come dice A. Nisco, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2017, n. 4, 169, «nel giudizio di ragionevolezza intrinseca, il *tertium comparationis* non è necessario per appurare il vizio di incostituzionalità, ma per porvi rimedio».

confine” che nell’articolato e complesso sistema punitivo dei reati connessi al traffico di stupefacenti si pongono al margine inferiore della categoria dei reati più gravi o a quello superiore della categoria dei reati meno gravi: questa pena, che funge dunque da sostituto sanzionatorio, corrisponde al massimo edittale previsto per la fattispecie non lieve relativa alle “droghe leggere”¹⁵⁶.

Anche questa sentenza si pone in linea con l’impostazione finalizzata dapprima a svolgere un sindacato di ragionevolezza intrinseca e solo in un secondo momento a recuperare il *tertium* quale punto di riferimento da cui trarre il sostituto sanzionatorio: la sua particolarità è che tale *tertium* non è recuperato dalla pena prevista da una fattispecie ritenuta non disomogenea a quella che incorpora la pena valutata sproporzionata, ma è desunto da una pena che la Corte trae dal sistema – e più in particolare da ripetute indicazioni del legislatore – e che giudica adeguata ai fatti “di confine” che si situano fra il livello più basso della categoria dei reati più gravi e quello più alto della categoria dei reati meno gravi.

In conclusione il più recente orientamento della Corte, che pur ne mantiene l’impianto di fondo, si distacca però notevolmente dall’impostazione che in linea di massima in precedenza essa stessa aveva adottato in punto di sindacato sul *quantum* delle pene: il Giudice delle leggi, infatti, non sostiene più che laddove manchino “precisi punti di riferimento che possano condurre a sostituzioni costituzionalmente obbligate... né una pronuncia caducatoria né una pronuncia additiva potrebbero introdurre nuove sanzioni penali o trasporre pene edittali da una fattispecie ad un’altra, senza l’esercizio, da parte del giudice delle leggi, di un inammissibile potere discrezionale di scelta”¹⁵⁷.

Tuttavia, e al contempo, la novità di questo indirizzo giurisprudenziale non è così dirompente perché esso sembra soltanto proseguire quanto già avviato da alcune decisioni emesse dalla stessa Corte in passato¹⁵⁸.

Non solo.

Non deve essere inoltre dimenticato che tale novità risulta circoscritta solo ed esclusivamente all’“ambito materiale” del sindacato sul *quantum* della pena, ma non risulta affatto estesa ad altri “settori”: questo è chiaramente dimostrato anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale la quale, al di fuori, appunto, della materia penale, è ferma nel richiedere che il *tertium comparationis*, quale punto di partenza del giudizio della Corte, sia necessariamente omogeneo¹⁵⁹.

¹⁵⁶ A giudizio di D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 57, nella sent. n. 148 del 2016, in cui era stata investita di questione analoga a quella della quale è stata investita con l’ordinanza di rimessione che ha poi dato origine alla sent. n. 40 del 2019, la Corte, lungi dal pronunciarsi – come pure ha fatto – nel senso dell’inammissibilità, sarebbe già dovuta intervenire spostando «verso il basso il minimo edittale previsto per la fattispecie base, collocandolo al livello immediatamente sopra il massimo previsto per l’attenuante»: l’A. sembra prospettare un’ingiustificata differenziazione fra la soluzione che la Corte ha adottato nella sent. n. 236 del 2016 e la posizione che essa stessa ha invece assunto nella sent. n. 148 del 2016 perché in entrambi i casi – secondo l’A. – non veniva in considerazione «una soluzione costituzionalmente obbligata in assoluto», ma esistevano «soluzioni obbligate nel contingente assetto normativo, come unico rimedio tecnicamente possibile per rotture della razionalità intrinseca del sistema sanzionatorio (violazioni del principio d’eguaglianza/ragionevolezza) determinate dalla irragionevole discontinuità fra cornici edittali».

¹⁵⁷ Così la sent. n. 22 del 2007.

¹⁵⁸ Si condivide dunque la definizione, data in relazione a tale recente orientamento, di semplice «temperamento» benché «importante»: così G. AMARELLI, *Proporzionalità e tertium comparationis: la maggiore onerosità dell’oblazione tardiva ambientale rispetto a quella antinfortunistica non è irragionevole*, in *Giur. cost.*, 2019, 935.

¹⁵⁹ Nella sent. n. 54 del 2020 si legge infatti che “quanto all’assunto del rimettente secondo cui diversi “elementi ordinamentali” dimostrerebbero l’omogeneità tra parenti e affini, è sufficiente qui rilevare che i *tertia comparationis* indicati nell’ordinanza non sono adeguati, essendo considerati in modo del tutto decontestualizzato dagli istituti regolati e dalle specifiche *rationes* a essi sottesi. Proprio l’esame delle numerose disposizioni indicate a raffronto dal giudice a quo rende, anzi, evidente la mancanza di elementi che dimostrino la necessità sistematica di garantire una ricorrente e generalizzata omogeneità di trattamento tra parenti e affini dalla quale si possa dedurre la rottura della coerenza dell’ordinamento ad opera della norma censurata”.

Caso mai un problema che potrebbe essere a ragion veduta posto è quello consistente nel capire quale debba essere l'“entità” di sproporzione richiesta dalla Consulta al fine di poter concludere positivamente il vaglio di ragionevolezza intrinseca.

A questo proposito è stata sostenuta una tesi in specifico riferimento alla sentenza n. 236 del 2016 ma suscettibile di estensione anche alle altre decisioni che fanno parte del recente orientamento della Corte in tema di sindacato del *quantum* della pena.

Più in particolare, è stato osservato che la Corte ha ritenuto necessario accertare non una “qualunque” sproporzione del trattamento sanzionatorio, bensì una sua sproporzione “manifesta” ed è stato altresì osservato che questa configurazione debole del riscontro di proporzionalità dovrebbe essere sostituita da uno *strict scrutiny*, ovvero da un vero e proprio test di proporzionalità sul modello di quello adottato dallo stesso Giudice delle leggi in alcune decisioni relative ad altri “ambiti materiali”¹⁶⁰.

Il riferimento è a quelle pronunce, peraltro numericamente esigue, in cui la Consulta ha applicato il cosiddetto canone della razionalità della legge.

Tale canone si basa sull'“esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità”¹⁶¹ e su “criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa [legge]”¹⁶². Il controllo di conformità della legge a questo canone di razionalità si basa sul cosiddetto test di proporzionalità, ovvero su un percorso a tappe che termina con una fase consistente in un “gioco di bilanciamenti” volto a valutare se la norma oggetto di scrutinio prescriba, tra più misure appropriate, quella meno restrittiva degli altri beni costituzionali eventualmente coinvolti dalla stessa norma e dunque se essa stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento dei propri obiettivi¹⁶³: di conseguenza, il controllo di conformità della legge a questo canone è “svincolato da una normativa di raffronto”¹⁶⁴.

Tuttavia, questa tesi non pare condivisibile nei termini che si espongono.

Che la Corte in relazione al rapporto fra pena e fatto di reato non debba necessariamente richiedere una sproporzione in forma macroscopica o comunque palese, ma possa ritenere sufficiente anche una sproporzione di “entità” minore è un auspicio che può trovare adesione.

Quello che lascia perplessi è ritenere che la Corte nell'“ambito” penale e soprattutto in quello del controllo della misura delle sanzioni penali possa ergersi a «istanza di controllo della stessa “congruità effettuale” delle tecniche di tutela penalistica»¹⁶⁵, ovvero possa spingersi fino al punto

¹⁶⁰ In questo senso cfr. V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., partic. 2109 nonché 2112 e *ivi* nota 21, il quale fra l'altro – 2113 e *ivi* nota 23 – in riferimento alla sent. n. 236 del 2016 osserva che un passaggio dell'ordinanza di remissione coltivato soprattutto nella prospettiva dell'art. 8 CEDU – il quale richiede che vi sia una proporzione fra il livello dell'ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata e nei rapporti familiari di ciascun individuo e il legittimo obiettivo della tutela dell'ordine pubblico e della pubblica fede che la stessa disposizione intende perseguire – «avrebbe... offerto il destro per misurare il grado di invasività della opzione punitiva – quale massimo livello di ingerenza dell'autorità pubblica – sui diritti retrostanti, per misurarne in radice la legittimità: ma la Corte – pur non accogliendo la eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura sul punto – sembra affrontare la (complessa) questione in tono minore, evitando percorsi argomentativi decisamente impegnativi, e forse eccedenti rispetto alle necessità del caso scrutinato».

¹⁶¹ Così la sent. n. 421 del 1991.

¹⁶² Così la sent. 87 del 2012, ma cfr. anche la sent. n. 1 del 2014.

¹⁶³ Per una limpida esposizione di questo test ed una sua concreta applicazione nel caso di specie cfr. la sent. n. 23 del 2015.

¹⁶⁴ Così chiaramente la sent. n. 162 del 2014.

¹⁶⁵ L'espressione è tratta da G. FIANDACA, *Controllo penale sull'uso degli additivi alimentari e principi di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1982, I, 640-641, il quale osserva che la Corte si è talvolta atteggiata ad istanza di questo tipo di controllo assumendo a base del suo ragionamento la violazione di principi pur sempre formali come quello di uguaglianza o quale quello di sufficiente determinatezza della fattispecie.

di svolgere un test di proporzionalità sulla falsariga di quello poc' anzi indicato: è in realtà dubitabile che il Giudice delle leggi possa arrivare a verificare – oltretutto senza alcuna normativa di raffronto – se il *quantum* di sanzione penale prescelto discrezionalmente dal legislatore sia proporzionale rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che lo stesso intende perseguire e dunque se fra i vari *quanta* che sarebbero potuti essere previsti dal legislatore il *quantum* effettivamente prescelto sia quello meno restrittivo dei diritti coinvolti dalla norma incriminatrice.

A questa operazione si frappone lo stesso ostacolo che, come si ricorderà, può essere opposto alla possibilità di effettuare un sindacato sul *quantum* della pena esclusivamente parametrato sull'art. 27, comma 3 Cost. e dunque sulla funzione rieducativa della pena: così come è a dir poco arduo stabilire in senso assoluto quale possa essere la pena proporzionata in ordine ai vari reati previsti nell'ordinamento dal momento che la proporzione è un "concetto" relativo ed assiologico condizionato dal rapporto di gravità stabilito fra i diversi reati, per gli stessi motivi è altrettanto difficile – perlomeno senza rischiare di sconfinare in valutazioni di merito come tali precluse dall'art. 28 l. n. 87/1953¹⁶⁶ – valutare se il *quantum* di sanzione penale prescelto dal legislatore sia proporzionale rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che lo stesso intende perseguire e dunque se sia quello che incide nel modo meno limitativo possibile sui diritti fondamentali coinvolti dalla fattispecie di reato¹⁶⁷.

A questo punto è però opportuno soffermarsi sul merito di tale recente orientamento della Consulta: al proposito in dottrina sono state espresse opinioni molto divergenti se non addirittura antitetiche.

Alcuni commentatori hanno rilevato che la Corte attraverso la proporzionalità ha tramutato il sindacato di costituzionalità in un giudizio sostanzialmente libero: «la costruzione della norma conseguente all'applicazione della ragionevolezza – che sia chiaro, causa *sempre* un trauma al principio di divisione dei poteri – sganciata da parametri prestabiliti, diventa il risultato dell'esercizio giurisdizionale di una *funzione legislativa*»¹⁶⁸.

Con particolare riferimento alla sentenza n. 222 del 2018¹⁶⁹ viene osservato che essa ha superato «*tutti i limiti*»¹⁷⁰ e più in particolare i seguenti: ha scardinato la consolidata regola delle rime

¹⁶⁶ Questo indipendentemente e a prescindere dalla valutazione che si voglia dare di questa disposizione che, come è noto, da alcuni è stata giudicata «una ripetizione inutile e tecnicamente oscura dell'art. 134 Cost.» (così L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 1045, alla cui valutazione avrebbe poi aderito F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 906), mentre da altri è stata considerata uno strumento non scorretto di cui la Corte costituzionale può avvalersi per constatare che una determinata scelta del legislatore costituisce esercizio di poteri discrezionali che essa non può sindacare (in tal senso cfr. A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 817) e infine da altri ancora è stata valutata un mezzo che tende ad evitare un intervento innovativo della Corte su aspetti che richiedono una scelta discrezionale e politica del Parlamento e che dunque correttamente – o quantomeno auspicabilmente – introduce un limite di *political question* nella giurisprudenza costituzionale (in tal senso cfr. E. CATELANI, *La determinazione della "questione di legittimità costituzionale" nel giudizio incidentale*, Milano, 1993, 232-233).

¹⁶⁷ A poco servirebbe – come pure fa A. PAGLIARO, *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori*, cit., 775 – addurre quali esempi che contraddicono ai dettami o alla coerenza della logica quello del reato di sequestro di persona la cui pena fosse meno grave per il caso in cui la vittima morisse o per l'ipotesi in cui le vittime fossero di più di una o perfino quello del reato il cui livello di sanzione fosse determinato a sorte oppure mediante pratiche magiche: si tratta all'evidenza di casi che appaiono francamente di scuola e per i quali dunque pare scontata e sottintesa la conclusione dell'A. secondo cui la Consulta ben potrebbe dichiarare «che non di discrezionalità legislativa si tratti, bensì di mero illogico arbitrio».

¹⁶⁸ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 2, 264.

¹⁶⁹ ... ma con osservazioni estese anche alle altre decisioni che sono state citate sopra e in particolare alla sent. n. 40 del 2019: cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 268 nota 39.

¹⁷⁰ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 264.

obbligate come limite agli interventi additivi in materia penale; ha rivitalizzato «la residuale e problematica categoria delle decisioni *sostitutive*»¹⁷¹ per introdurre, in luogo della disposizione vigente, una norma riscritta integralmente; ha stabilito il principio per il quale «qualsiasi disciplina esistente [può] fungere, diciamo così, da *tertium*»¹⁷² e ha così ridotto la ragionevolezza «a *proporzionalità a rime libere*»¹⁷³; ha costruito in ognuna di queste recenti decisioni «una diversa norma sanzionatoria *proporzionata e personalizzata* ma del tutto priva di un referente oggettivo e *omogeneo*»¹⁷⁴; in sostanza «si sostituisce ormai al legislatore: stabilisce il disvalore sociale di una condotta individuale e, quindi, prescrive la relativa sanzione...»¹⁷⁵.

Altri studiosi hanno invece addirittura sostenuto che la Corte avrebbe dato prova di saper svolgere un giudizio di giustizia-giustizia della legge inteso come giudizio di adeguatezza rispetto alla funzione sociale della legge, ovvero quale giudizio nel quale «entra la considerazione dei casi della vita e delle loro esigenze normative»¹⁷⁶.

La premessa di questo ragionamento è che il caso è un accadimento interpretato attraverso categorie di senso e di valore e che tale interpretazione è carica di aspettative, cioè “preme” sul diritto, cosicché alla stregua di tale interpretazione le soluzioni legislative possono essere adeguate o inadeguate al caso ed eventualmente arbitrarie qualora la “pressione” non trovi sbocco nella legge. Questo assioma viene portato a svolgimento e si giunge così alla conclusione che le recenti decisioni della Corte in materia di *quantum* della pena realizzano il legame fra il giudizio di giustizia-giustizia della legge e il caso concreto.

¹⁷¹ A. MORRONE, *op. e loc. ult. cit.* A dir la verità, la definizione delle sentenze sostitutive come di decisioni “problematiche” necessiterebbe di un’adeguata problematizzazione. A parere di chi scrive, se proprio si vuole impiegare tale definizione nei confronti delle manipolative, forse essa sarebbe semmai più adeguata per le additive: questo perlomeno a voler intendere in un certo modo quanto osservato a suo tempo da L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 – luglio 85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, 302, il quale focalizzava l’attenzione sulla circostanza che, mentre nelle additive c’è solo un profilo ricostruttivo o aggiuntivo ma manca quello ablativo dal momento che il vuoto, consistente nell’omissione o nella semplice assenza di disciplina, c’è già prima della sentenza, nelle sostitutive si verifica un effetto caducatorio che crea un vuoto attraverso l’eliminazione di una norma e solo dopo si passa ad un profilo ricostruttivo rivolto a riempire il vuoto prodotto. Al di là di questo, non si vede il motivo per il quale si possa predicare la problematicità solo per le sostitutive in particolare e questo dal momento che la Corte può adottare una decisione sostitutiva «alle medesime condizioni ritenute necessarie per un’additiva»: così G. BRUNELLI, *Dispositivo con clausola generale, natura del tertium e tecnica argomentativa in una recente decisione sostitutiva*, in *Giur. cost.*, 1994, 4119 nota 36.

¹⁷² A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 265.

¹⁷³ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 268; un po’ meno netta ma comunque nella stessa direzione la posizione di R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta*, cit., 976, secondo cui «nel momento in cui la proporzione è valutata rinunciando al *tertium* e si va verso un giudizio intrinseco, l’individuazione della pena finisce per essere nella sostanza non argomentabile».

¹⁷⁴ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 265.

¹⁷⁵ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 268.

¹⁷⁶ Così G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, 176-177, i quali distinguono in seno al vizio di arbitrarietà della legge, ovvero quel vizio in cui incorrono tutte le «*leggi contro la natura del diritto*» (162), l’irrazionalità – la cui verifica si svolge secondo il classico schema triadico e dunque con il *tertium comparationis* «come pietra di paragone che consente di cogliere l’eventuale “rottura” logica dell’ordinamento» (166) –, l’irragionevolezza – il cui controllo avviene con il cosiddetto test di proporzionalità il quale sostanzialmente si esplica nella valutazione dell’eventuale eccedenza dei mezzi rispetto ai fini perseguiti dal legislatore ed impone i “bilanciamenti”, ovvero che «siano preferiti i mezzi che meno sacrificano gli altri beni costituzionali eventualmente coinvolti dalla legge» (171), realizzando così quel canone che, come già detto in precedenza nel corso di questo scritto, la Corte costituzionale in quei pochi casi in cui lo ha applicato ha invece *expressis verbis* definito di razionalità – e, appunto, la giustizia-giustizia. Su quest’ultimo “concetto” cfr. anche G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale*, cit., 206, il quale osserva che «il controllo di *giustizia*... implica una verifica di legittimità interamente esterna all’ordinamento giuridico... in base a criteri *a priori* rispetto ai contenuti dello stesso...».

Il riferimento viene fatto in modo particolare alla sentenza n. 236 del 2016. Il giudice che aveva posto la questione di costituzionalità dell'art. 567 cod. pen., che puniva con la reclusione da cinque a quindici anni l'alterazione di stato civile, aveva a che fare con un uomo convivente con la madre di un bimbo il cui padre naturale si era dileguato e l'alterazione di stato, ovvero la falsa dichiarazione che il bimbo era figlio del convivente, era servita per un fine moralmente apprezzabile, cioè l'attribuzione di un legame familiare al neonato il quale in caso contrario ne sarebbe rimasto privo. Tuttavia, quand'anche fosse stata irrogata la pena nella misura minima e fosse stata riconosciuta l'attenuante dei "motivi di particolare valore morale o sociale" di cui all'art. 62, n. 1 cod. pen., quell'uomo avrebbe comunque dovuto patire la pena del carcere. Questa conclusione – si osserva – è apparsa incostituzionale a causa della manifesta asimmetria fra la specifica e concreta condotta del reo e la sanzione prevista dalla legge e anzi molto probabilmente l'applicazione di quella legge a quel caso avrebbe alimentato una rivolta contro il diritto in nome del senso di giustizia. E allora – si conclude – la Corte, che pure deve necessariamente rivestire le sue argomentazioni con richiami a norme costituzionali e che in effetti così ha fatto anche nel caso di specie invocando gli artt. 3 e 27 Cost., ha esemplarmente e meritoriamente dato prova di saper svolgere «un giudizio esterno delle norme giuridiche che le mette in rapporto con l'esperienza pratica», ovvero un giudizio che «prende in considerazione i casi della vita, non per intendere le norme di diritto, ma per valutare la legittimità di queste ultime»¹⁷⁷.

Pare di poter osservare che entrambe queste posizioni dottrinali, pur se molto distanti fra di loro, sotto molti profili colgono nel vero anche se tutta la questione merita di essere ulteriormente problematizzata.

In primo luogo, non si può non osservare che in queste recenti decisioni sul *quantum* della pena il sostituto sanzionatorio è pur sempre interno all'assetto normativo vigente: come ha osservato il Presidente Lattanzi, la Corte in ogni caso sceglie «una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito»¹⁷⁸.

A questo proposito non pare del tutto convincente eccepire che «la circostanza che la scelta ricada su una delle soluzioni sanzionatorie già esistenti depotenzia – forse – il pericolo di conflitti con il legislatore, ma non fa venir meno la politicità dell'operazione manipolativa»¹⁷⁹.

Se si muove dal postulato secondo il quale «anche solo riducendo il *quantum* di pena... la Corte ha utilizzato la libertà caratteristica di un altro potere, quello legislativo, in quanto ha scelto discrezionalmente il reato cui ancorare la modificazione della misura della pena»¹⁸⁰, allora la legittimità di manipolative sul *quantum* della sanzione penale deve essere censurata sempre: questo non solo nel caso in cui la Corte tragga il sostituto sanzionatorio da una soluzione costituzionalmente non obbligata ma solo adeguata, bensì anche nell'ipotesi in cui la stessa adotti una manipolativa «nonostante la rassicurazione che ci si sia mossi sotto stretta dettatura della Costituzione»¹⁸¹.

¹⁷⁷ Entrambe le ultime citazioni sono tratte da G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., 176, i quali potrebbero trovare una conferma della propria tesi in quell'inciso contenuto nella dec. n. 236 del 2016 in cui la Corte osserva che "laddove emergano sintomi di manifesta irragionevolezza, per sproporzione, di un trattamento sanzionatorio, e l'intervento della Corte costituzionale sia invocato, a fini di giustizia, dai giudici a quibus, questo è possibile, al ricorrere di determinate condizioni" (con corsivo nostro).

¹⁷⁸ G. LATTANZI, *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Le relazioni annuali sulla giurisprudenza costituzionale (<http://www.giurcost.org/cronache/conferenze.html>), 17.

¹⁷⁹ Così A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 803-804.

¹⁸⁰ Così M. D'AMICO, *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 275, secondo la quale l'art. 25, comma 2 Cost. riserva al solo legislatore la scelta sul *quantum* della pena esigendo anche che la misura di essa sia tassativamente determinata.

¹⁸¹ Così S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 12 ottobre 2017, 4.

A poco servirebbe richiedere che nell'adottare la decisione manipolativa in materia penale la Corte debba attenersi tanto ad un criterio formale, in ragione del quale il *tertium* deve trovarsi nella medesima disposizione oggetto di impugnativa, quanto ad un criterio sostanziale, in virtù del quale il *tertium* deve essere scelto sulla base della valorizzazione di alcuni elementi *essenziali* comuni allo stesso *tertium* e alla disposizione oggetto di censura¹⁸²: infatti "il «rigorosissimo» principio di legalità che regge la materia penale e, *amplius*, sanzionatoria"¹⁸³ di cui all'art. 25, comma 2 Cost. ma forse soprattutto la «particolarissima natura delle norme che formano oggetto del principio costituzionale di legalità, dettato dal comma 2 dell'art. 25»¹⁸⁴ impedirebbero *in tutti i casi* la possibilità di emettere decisioni manipolative in punto di *quantum* di sanzione penale perché solo l'organo costituzionale che più direttamente esprime la sovranità popolare, ovvero il legislatore, potrebbe, pur se nel rispetto di alcuni principi cardine della Costituzione, stabilire la qualità e la quantità delle pene edittali¹⁸⁵. Inoltre, a seguire fino in fondo e con coerenza tale ragionamento non sarebbe possibile sfuggire alle seguenti conclusioni: innanzitutto neanche le sentenze di accoglimento parziale in materia penale dovrebbero essere ritenute ammissibili perlomeno in quei casi in cui la portata di tali decisioni fosse non semplicemente riduttiva, bensì "ampliata" dell'area di incriminazione e comportasse, così, un "effetto additivo o sostitutivo", proprio come le manipolative, sulla sfera d'applicazione della fattispecie criminosa¹⁸⁶; in secondo luogo perfino le stesse "letture interpretative" fornite dal Giudice delle leggi dovrebbero essere considerate inammissibili in riferimento alle decisioni tanto di rigetto quanto di accoglimento perché esse, «arricchendo... in maniera non sempre chiara la trama normativa preesistente»¹⁸⁷, violerebbero il principio della riserva di legge in materia penale e quello di determinatezza della fattispecie criminosa.

Questa conclusione però da una parte francamente parrebbe a dir poco eccessiva e dunque difficilmente accettabile perché determinerebbe la pratica conseguenza di impedire alla Corte costituzionale di "intervenire" in materia di precetti e di sanzioni penali pressoché quasi sempre o, meglio ancora, in tutti i casi fuorché in quelli in cui i giudici costituzionali ritenessero di dover adottare una decisione di accoglimento "secca"; dall'altra parte questa conclusione si scontrerebbe anche con la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale: questa, infatti, ha ritenuto di poter emettere decisioni manipolative in riferimento al *quantum* di pena sulla base dell'esistenza di una

¹⁸² In tal senso si esprime M. D'AMICO, Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale, cit., 277.

¹⁸³ Così la sent. n. 109 del 2016.

¹⁸⁴ Così L. PALADIN, Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983, in *Giur. cost.*, 1984, 260, il quale esprime una tesi che sembra preferibile rispetto a quella che fa leva sulla riconduzione alla riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2 Cost. dei limiti che incontra la Corte in materia penale: per maggiori ragguagli sotto questo profilo cfr. A. BONOMI, Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti, cit., 342 ss., partic. 345-346.

¹⁸⁵ E infatti non c'è mancato chi in dottrina ha sostenuto proprio questa tesi così radicale: cfr. C. PEDRAZZI, *Sentenze «manipolative» in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 446, nonché ID., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 647, laddove l'A. osservava che le sentenze manipolative in materia penale «frutto di sottili alchimie... non parlano il linguaggio piano e diretto che si può e si deve pretendere da una legge, come quella penale, la cui ignoranza non è consentita ad alcuno. Troppo poco maneggevoli... per adattarsi a una funzione imperativa... i problematici rinvii tra dispositivo e motivazione».

¹⁸⁶ Gli esempi in tal senso, del resto, non mancano: cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale – Art. 1-84*, Milano, 2004, 26-27; il principio per il quale l'efficacia sostanzialmente riduttiva di una decisione della Corte non basta a giustificare interventi sul *quantum* della pena e più in generale sulla fattispecie di reato era stato già sostenuto a suo tempo da C. PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, cit., 651.

¹⁸⁷ Così F. CURI, *L'attività «paralegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale*, cit., 1095, la quale – *ivi* in nota 18 – prosegue osservando che «anche qualora l'intervento della Corte sia mirato a conseguire effetti favorevoli al reo, esso dovrebbe comunque essere destinato a soccombere rispetto al principio di legalità, dotato a nostro avviso di maggiore pregnanza».

soluzione costituzionalmente obbligata e ha addotto il motivo che si trattava di modificazioni comunque favorevoli al reo in quanto la misura della pena risultava ridotta¹⁸⁸.

Se, invece, quando si discorre di “politicità della manipolazione” in riferimento a questo recente orientamento del Giudice delle leggi si allude al consistente aumento della “discrezionalità” della Corte in materia di sindacato sul *quantum* della pena, allora in effetti non si può che concordare.

È infatti evidente che il “margine d’intervento” del Giudice delle leggi sia molto più ampio quando si tratta non semplicemente di valutare la sussistenza di un’omogeneità fra due fattispecie criminose – operazione, come già detto in precedenza, già di per se stessa peraltro caratterizzata da una non indifferente «aleatorietà»¹⁸⁹ –, bensì di accertare l’esistenza di una non disomogeneità, ovvero di non irrilevanti tratti comuni fra le stesse, e di rintracciare successivamente nel sistema il sostituto sanzionatorio quale soluzione costituzionalmente adeguata.

Sotto quest’ultimo profilo la sentenza n. 40 del 2019, già esaminata poco addietro, può essere adottata come esempio emblematico.

La Corte in questa occasione sostituisce il minimo edittale della fattispecie che incrimina i fatti di non lieve entità relativi alle “droghe pesanti” con il massimo edittale disposto da altra fattispecie di reato che punisce i medesimi fatti ma in relazione alle sole “droghe leggere”: l’operazione della Corte sembra caratterizzata da notevole “discrezionalità” perché le due fattispecie in questione riguardano droghe che qualitativamente sono ben diverse e che quindi appaiono esprimere disvalori piuttosto disomogenei¹⁹⁰.

Rimanendo sempre nel merito di queste recenti decisioni sul *quantum* della pena, anche l’affermazione categorica secondo la quale le rime sarebbero addirittura diventate né più né meno che libere pare eccessiva.

Ammesso che abbia fondamento la tesi secondo cui in tali decisioni «la Corte costituzionale ha fatto proprio quel che dovrebbe evitare: individuare una *propria* soluzione positiva, che è solo una delle tante possibili risposte...»¹⁹¹, allora questa tesi è suscettibile di essere applicata anche a buona parte di *tutta* la categoria delle decisioni manipolative, ivi comprese dunque quelle adottate a rime obbligate.

Vediamo il motivo per il quale si sostiene questa affermazione.

Si può condividere, o meno, la stessa ricostruzione teorica delle rime obbligate, secondo cui, come è noto, la Corte non inventa nulla e non può inventare nulla che, almeno allo stato latente, non sia già presente nell’ordinamento; tuttavia essa non può giustificare tutti i casi di sentenze manipolative.

A fronte di ipotesi in cui la previsione aggiunta è senz’altro «l’unica praticabile alla stregua dei valori costituzionali e della logica del sistema legislativo»¹⁹² e in cui dunque la “innovatività” o la “creatività” della decisione è contenuta entro margini effettivamente ristretti vi sono molti altri casi in cui è invece contestabile il carattere vincolato delle indicazioni normative contenute nella parte

¹⁸⁸ “Nessun ostacolo – al di là di quello generale, legato all’esigenza che l’intervento risulti costituzionalmente vincolato nei contenuti, così da non implicare scelte discrezionali spettanti in via esclusiva al legislatore – incontrano... le sentenze additive *in bonam partem*”: così la sent. n. 109 del 2016.

¹⁸⁹ Così F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 378, secondo il quale «il *tertium comparationis* si rivela in fondo un fattore di aleatorietà del giudizio di costituzionalità».

¹⁹⁰ Sul punto cfr. R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta*, cit., 975-976, il quale si pone la seguente domanda: «per quale ragione tale massimo della fattispecie non lieve riferita alle droghe leggere dovrebbe costituire il minimo della fattispecie non lieve riferita alle droghe pesanti? Questo non ci è dato sapere, se non attraverso un ragionamento che finisce per essere decisamente apodittico, nonché controvertibile» (976); l’A. conclude evidenziando, in relazione alla sentenza n. 40 del 2019, «l’incongruenza» e la «fragilità del ragionamento giustificativo» (976).

¹⁹¹ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 266.

¹⁹² Così A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità*, I), *Ordinamento italiano*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXVIII, Roma, 1992, §§ 2.15.4.4. e 2.15.4.5.

ricostruttiva della pronuncia. In riferimento a questi ultimi casi è più problematico sostenere che la teoria delle rime obbligate è stata «elaborata in funzione di garanzia e limite delle competenze e della legittimazione del giudice costituzionale di fronte alla discrezionalità del legislatore»¹⁹³: infatti in tali casi la Corte finisce per «indicare essa stessa e per tutti il modo di rendere concreti i valori costituzionali dell'ordinamento» e «il modo di ricostruire interpretativamente il sistema legislativo»¹⁹⁴ quando invece, «se davvero di interpretazione si tratta, sia pure attraverso il ricorso a principi impliciti, costituzionali e non costituzionali, il processo che si deve aprire è assai più corale dovendo coinvolgere tutti i soggetti dell'ordinamento e, in particolare, l'autorità giudiziaria»¹⁹⁵.

In conclusione, in questi casi il rischio è che la Corte possa trasformarsi «da giurisdizione di invalidazione in giurisdizione di interpretazione autentica»¹⁹⁶.

A questo proposito risulta più che mai attuale l'ammonimento di quell'autorevole commentatore che metteva in guardia dal pericolo rappresentato dal fatto che, per quanto le rime possano essere «obbligatissime», senza dubbio «quanto al contenuto e al *quomodo* le rime debbono baciarsi per predestinazione; ma resta l'*an*. È qui che si concentra il maggior potenziale di scelta, specialmente quando la Corte si confronta con opzioni politiche attuali»¹⁹⁷: in altri termini, la teoria delle rime obbligate «dice semplicemente che la norma creata dalla Corte deve essere in linea con l'ordinamento; ma il modo d'essere in linea è vario e, tra questa varietà, c'è possibilità di scelta»¹⁹⁸.

Quanto appena osservato non impedisce tuttavia di constatare che in alcune delle decisioni che compongono questo recente orientamento la Corte si è spinta probabilmente troppo in là nell'individuazione della rima costituzionalmente adeguata.

¹⁹³ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 265.

¹⁹⁴ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE - E. CHELI - S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 109, il quale in altra sede specifica altresì che «nessun principio costituzionale è invocabile per argomentare l'aristocratica posizione della Corte costituzionale che pretende di indicare da sola e con efficacia *erga omnes* le norme che valgono a colmare le lacune derivanti dall'incostituzionalità della legge»: così G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 657-658.

¹⁹⁵ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 109, il quale prosegue osservando che «il controllo di costituzionalità, con tutto ciò che presuppone e comporta, è un limite, quanto al principio su cui si fonda, e quanto al contenuto della sua azione, al principio maggioritario. In una costituzione non monistica, che accoglie in sé diversi principi ispiratori, l'organo investito dalla funzione di controllo non partecipa conseguentemente di un fondamento analogo a quello degli organi politicamente attivi ove si esprime il principio di maggioranza» (111): l'A. conclude che in alcuni casi «messi l'uno di fronte all'altro il principio di legittimità costituzionale e il rispetto dell'ordine costituzionale delle competenze» deve essere «fatto prevalere il secondo, a dimostrazione che la funzione di "chiusura" svolta dalla Corte non è senza limiti e condizioni» (115 nota 14); in senso contrario cfr. F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale. Relazione svolta il 26 novembre 1978 a Como, al convegno su «La Costituzione italiana: il disegno originario e la realtà attuale»*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 1251, il quale enfatizza tanto «la natura specifica e positivamente stabilita della giurisprudenza costituzionale accentrata in apposito organo esclusivamente competente a mediare, per così dire, in caso di possibile contrasto, l'ordinamento giuridico a livello legislativo e i principi e programmi della Costituzione» quanto «la natura per nulla "rappresentativa" dei giudici, a fronte della natura parzialmente o, meglio, diversamente rappresentativa della Corte costituzionale».

¹⁹⁶ Così G. RIZZA, *La Corte costituzionale fra politica e diritto: appunti preliminari*, in *Dir. soc.*, 1973, 328, il quale ritiene che solo attraverso questa trasformazione «si potrebbe... fornire di vincolatività *erga omnes* la parte della sentenza manipolatrice che indica la disciplina aggiuntiva o sostitutiva. L'attualizzarsi di tale disciplina resta dunque affidato essenzialmente alla magistratura, la quale, se non potrà più utilizzare la norma eliminata, potrebbe comunque, nella propria autonomia interpretativa, disattendere i risultati dell'interpretazione della Corte, salvo l'obbligo di sollevare la questione di legittimità qualora la ricostruzione di una diversa regolamentazione suscitasse dubbi di incostituzionalità»; un giudizio molto netto sulle manipolative in genere è dato da G.U. RESCIGNO, *Riflessioni sulle sentenze manipolative da un lato e sulla delimitazione della questione di costituzionalità dall'altro, suggerite dalla sent. n. 139 del 1989*, in *Giur. cost.*, 1989, 663, secondo il quale tali sentenze possono «produrre o incostituzionalità altrettanto gravi di quelle sanate o intromissioni ancora più penetranti della Corte nel campo proprio del legislatore».

¹⁹⁷ Entrambe le ultime citazioni sono tratte da L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza*, cit., 323.

¹⁹⁸ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 236.

Si pensi alla sentenza n. 222 del 2018.

La Corte affronta la questione di costituzionalità di una disposizione contenuta nella legge fallimentare. Essa prevedeva che la condanna per uno dei fatti previsti da essa importasse per la durata di dieci anni le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e dell'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa. La Corte dichiara l'illegittimità della disposizione nella parte in cui dispone questa previsione anziché disporre che la condanna per uno di quei fatti comporta "l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni".

A questa conclusione la Corte addivene prendendo, quale criterio sanzionatorio già rinvenibile nell'ordinamento, altre due disposizioni, anch'esse contenute nella stessa legge fallimentare, che prevedono le medesime pene accessorie indicate nella disposizione sottoposta all'esame della Corte, ma dispongono che la loro durata sia stabilita discrezionalmente dal giudice "fino a" un massimo determinato dalla legge, ovvero due anni nel caso di una di queste disposizioni e tre anni nel caso dell'altra.

Tutto questo, tuttavia, non convince fino in fondo.

Infatti il *tertium*, in quanto punto di riferimento per la sostituzione della pena accessoria dichiarata incostituzionale, non è individuato in una grandezza sanzionatoria già rintracciabile nell'ordinamento a corredo di una fattispecie di reato avente tratti almeno non disomogenei rispetto a quelli propri della disposizione sottoposta all'esame della Corte.

Inoltre la scelta della Corte nega apertamente la soluzione prospettata dall'autorità giudiziaria remittente e ricade su due disposizioni che prescrivono l'applicabilità della pena accessoria "fino a" un massimo dalle stesse stabilito.

In altri termini, l'automatismo previsto dalla disposizione impugnata era senza ombra di dubbio illegittimo, ma esso è stato sostituito con una norma che allarga a dismisura il potere discrezionale del giudice che ora può quantificare la durata della pena accessoria addirittura "fino a dieci anni"¹⁹⁹.

Detto questo, è chiaro che l'aspetto più rilevante di queste decisioni recentemente adottate in materia di *quantum* della sanzione penale è quello relativo al mutato rapporto fra la Corte costituzionale e il legislatore da un lato ma, soprattutto, fra la stessa Corte e i giudici dall'altro.

A dire la verità, nei confronti del legislatore questo rapporto è assai meno problematico.

Questa minore problematicità può essere riscontrata sotto due profili.

Il primo riguarda il seguente aspetto evidenziato fin da subito in dottrina.

La Corte nelle decisioni n. 236 del 2016, n. 222 del 2018 e n. 40 del 2019 attenua la "morsa" delle rime obbligate solo nell'ipotesi specifica in cui a seguito del monito espresso in pronuncia di inammissibilità o di rigetto contenente l'invito al legislatore ad esercitare la discrezionalità in concreto lo stesso legislatore non sia intervenuto affatto²⁰⁰.

Dalla constatazione di questo dato di fatto si trae la seguente conclusione: le rime obbligate giustificano un intervento immediato della Corte qualora realmente la lacuna incostituzionale possa da subito essere colmata senza invadere la sfera di discrezionalità del legislatore; le rime obbligate impediscono alla Corte di intervenire subito laddove l'intervento legislativo si riveli indispensabile

¹⁹⁹ Osserva S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta*, cit., 185, che «sarebbe certo eccessivo sostenere che la sanzione risultante dalla sent. n. 222 sia a sua volta illegittima per eccessiva ampiezza della cornice editale. Quando la Corte ha per questa ragione ritenuto contraria al principio di legalità una pena, si trattava di una sanzione anzitutto detentiva, e comunque oscillante tra un minimo di due e un massimo di ben ventiquattro anni (Corte cost., sent. n. 299/1992). È però innegabile che il dispositivo della sent. n. 222 ha non solo corretto, quanto ribaltato la scelta originaria del legislatore».

²⁰⁰ In tal senso cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 26 giugno 2019, 650.

nella scelta delle diverse opzioni per colmare la lacuna incostituzionale; in quest'ultimo caso – e soprattutto se si verte in materia di diritti fondamentali – le rime obbligate non possono impedire alla Corte di intervenire sia pure in “seconda battuta” nel momento in cui la questione torni alla sua attenzione a seguito di monito già rivolto al legislatore affinché questi eserciti la sua discrezionalità trovando una soluzione conforme a Costituzione per rimediare alla già rilevata lacuna²⁰¹.

Che tale profilo renda meno problematico il rapporto fra la Corte e il legislatore perché la prima interviene solo una volta che abbia appurato che il secondo, non rispettando il pressante invito contenuto in una sentenza della stessa Corte, non è a sua volta intervenuto nell'esercizio della sua discrezionalità è senz'altro vero: tuttavia pare di dover osservare che da un lato non è affatto scontato che il Giudice delle leggi in futuro non si possa pronunciare in relazione a questioni che chiamano in causa il sindacato sul *quantum* della pena già in prima battuta, ovvero senza attendere un eventuale intervento legislativo; dall'altro lato a parere di chi scrive non è per nulla auspicabile che la Corte si orienti nella direzione di intervenire in questo “ambito materiale” esclusivamente in seconda battuta perché – soprattutto quando entrano in gioco diritti fondamentali – i giudici costituzionali devono sempre intervenire nell'immediatezza sia pure nei termini che si tenterà di argomentare nella parte conclusiva del presente lavoro.

Quanto al secondo profilo a cui poco addietro si alludeva, in tutte le suddette decisioni la Corte lascia libero di intervenire in qualsiasi momento il legislatore: in considerazione del fatto che la Corte opera a rime non obbligate ma adeguate e che dunque il sostituto sanzionatorio da essa individuato ha natura comunque provvisoria e transitoria il legislatore ben può, nell'ambito della propria discrezionalità, individuare un'altra – e in ipotesi anche più congrua – soluzione sanzionatoria purché quest'ultima ovviamente sia rispettosa dei principi costituzionali.

Dal fatto che queste decisioni manipolative di tipo sostitutivo non sono basate sull'applicazione della teoria delle rime obbligate e che dunque il legislatore è libero successivamente ad esse di intervenire attraverso la rivalutazione della misura della pena manipolata dalla Corte discende anche la seguente conseguenza: mentre nel caso di introduzione da parte del legislatore di una norma che non fosse compatibile con la stessa norma introdotta – *come soluzione costituzionalmente obbligata* – in via additiva o in via sostitutiva si verificherebbe la violazione del giudicato costituzionale²⁰², nessuna lesione in tal senso si produrrebbe qualora il legislatore intervenisse modificando il sostituto sanzionatorio indicato dalla Corte nelle recenti decisioni in esame perché questo sostituto è stato tratto da un soluzione costituzionalmente adeguata²⁰³.

²⁰¹ Così M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 653-654.

²⁰² Cfr. A. LOLLO, *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via incidentale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 28 giugno 2011, 12, mentre F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002, 161, osserva che da questo punto di vista non sussiste alcuna apprezzabile differenza fra additive e sostitutive; in tema di giudicato è da segnalare l'opinione del tutto peculiare espressa in più luoghi da chi ritiene che l'art. 137, ultimo comma Cost. incorpori, sì, certamente un principio – quello relativo alla forza di giudicato costituzionale di tutte le decisioni d'accoglimento – fondamentale dell'ordinamento, ma che ciò non tolga che – eccezion fatta per il principio che sancisce la dignità della persona umana – ogni principio costituzionale, ancorché fondamentale, non può sottrarsi al bilanciamento con i restanti altri: in tal senso, da ultimo, A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2020/I, 169-170 nota 35, il quale, pur dubitando «molto che, una volta ammesso il superamento del giudicato in parola, possa aversi un rifacimento del processo costituzionale già portato a termine e, con esso, l'eventuale “reviviscenza” di legge già caducata dalla Corte, a motivo del carattere istantaneo dell'effetto ablativo», osserva che «potrebbe, però, ammettersi la riproduzione con legge della norma dapprima annullata e, nel caso che la norma riproduttiva dovesse essere impugnata davanti alla Consulta, potrebbe aversene il rigetto della questione che l'abbia ad oggetto, malgrado la violazione del giudicato usualmente, in circostanze siffatte, riconosciuta dallo stesso giudice costituzionale...».

²⁰³ Che una decisione con cui la Corte introducesse un profilo ricostruttivo parziale e in via transitoria adottando una delle soluzioni possibili non vincolerebbe il legislatore il quale ben potrebbe disporre diversamente da quanto

Né pare che si possa sostenere che, nel momento in cui la Corte *sceglie* una determinata disciplina tra quelle astrattamente possibili, tale scelta tende ad assumere «un significato senza dubbio pregnante anche per il legislatore in una prospettiva di riforma»²⁰⁴.

La prassi dimostra infatti che il legislatore in molte occasioni non si è sentito vincolato dalla parte ricostruttiva delle decisioni additive e di quelle sostitutive emesse sulla base della teoria delle rime obbligate e ha così riprodotto norme assolutamente incompatibili con quelle introdotte in via additiva o sostitutiva. È dunque presumibile ritenere allora che lo stesso legislatore *a fortiori* non si sentirà in alcun modo condizionato nella propria discrezionalità nell'ipotesi delle decisioni in esame²⁰⁵.

Quanto al rapporto che viene ad instaurarsi fra la Corte costituzionale e i giudici, le implicazioni di tale rapporto devono, invece, essere maggiormente indagate ed approfondite.

A questo proposito è stato sostenuto che la decisione sostitutiva con cui la Corte individua il sostituto sanzionatorio quale soluzione adeguata nega «al giudice di merito la libertà di interpretazione e applicazione del diritto derivante dall'accoglimento manipolativo, imponendogli come dovrebbe esercitare la funzione giurisdizionale»²⁰⁶.

Questa osservazione critica non erra nella sua impostazione di fondo.

Che per tutti i giudici – ivi compreso il giudice *a quo* – la scelta sanzionatoria della Corte sia da intendersi come vincolante pare infatti fuori discussione²⁰⁷: a dimostrazione dell'assunto è sufficiente leggere la sentenza n. 222 del 2018 nella parte in cui riconosce, sì, nel giudice remittente l'«unico competente a definire il giudizio da cui prende le mosse l'incidente di costituzionalità», ma subito dopo chiarisce che questo deve avvenire alla luce del quadro normativo «come risultante dalla presente pronuncia».

Che da questa impostazione di fondo si possa però inferire la conclusione che la libertà dei giudici di applicazione e di interpretazione del diritto ne risulta limitata o addirittura negata pare fortemente revocabile in dubbio nei termini che a breve saranno esplicitati.

transitoriamente dettato dalla Corte senza con ciò violare il giudicato costituzionale sostiene A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1992, 3707 nota 108.

²⁰⁴ R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta*, cit., 982, nonché ID., *Dalle "rime obbligate"*, cit., 2571 («se... si considera che è il Giudice delle leggi a compiere una scelta tra soluzioni possibili che in definitiva si pongono sullo stesso piano in quanto tutte legittime, nel momento in cui la Corte scarta una determinata soluzione, il rischio è che la soluzione adottata finisca per essere considerata l'unica costituzionalmente possibile. Con la conseguenza ultima che, nel momento in cui si incrementa la discrezionalità della Corte, si vincola in termini ancora più stringenti il legislatore, irrigidendo il sistema»); anche A. PUGIOTTO, *op. e loc. ult. cit.*, in riferimento alla tesi avanzata in dottrina secondo cui la Corte potrebbe, dopo aver dichiarato incostituzionale la legge, introdurre pure un profilo ricostruttivo parziale con cui adottare non la soluzione costituzionalmente obbligata, bensì una delle soluzioni possibili, osserva che, se quella tesi fosse messa in pratica dalla Corte, il Parlamento risulterebbe «*de facto* fortemente condizionato da quella pronuncia, vedendo così circoscritta, e non di poco, la propria discrezionalità legislativa».

²⁰⁵ Sulla base dell'assioma per il quale «il legislatore può sempre intervenire sulle fonti primarie che compongono la situazione normativa in riferimento alla quale la Corte ha ritenuto sussistere l'incostituzionalità» e per il quale il potere della Corte non è dotato del «carattere dell'assolutezza» A. MORELLI, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull'aiuto al suicidio e il «perdurare dell'inerzia legislativa»*, in *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), 11 marzo 2020, 755-756 (cui si devono le precedenti citazioni), nega fondamento alla tesi secondo la quale, riconoscendosi alla Corte la possibilità di delimitare il perimetro della discrezionalità legislativa (cosa che, peraltro, essa già da tempo fa) e la stessa opzione di reputare di volta in volta eventualmente sacrificabile quest'ultima, si finirebbe con l'attribuire all'organo di giustizia costituzionale una sorta di *Kompetenz-Kompetenz*, ovvero un potere incompatibile con la logica dei pesi e dei contrappesi dello Stato costituzionale.

²⁰⁶ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 264.

²⁰⁷ Ed infatti in dottrina l'assunto è condiviso pressoché da tutti coloro che hanno analizzato questo recente orientamento della Consulta: cfr., *inter alios*, A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 796; A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità*, cit., 165.

Innanzitutto, sembra difficilmente contestabile che l'attribuzione di un valore non vincolante *erga omnes iudices*, bensì semplicemente persuasivo del sostituto sanzionatorio avrebbe comportato conseguenze inaccettabili per l'ordinamento.

Intanto una volta dichiarato illegittimo il *quantum* della pena e sostituito con altro *quantum* in virtù di una dichiarazione d'incostituzionalità consentire ai giudici l'assunzione di decisioni potenzialmente differenti in punto di rideterminazione *in mitius*, in sede di incidente di esecuzione, dell'entità della pena già definitivamente irrogata sarebbe inaccettabile per ragioni di certezza giuridica e di eguaglianza di trattamento.

È noto che le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione hanno potuto chiaramente precisare che l'incidente di esecuzione è lo strumento processuale tramite cui pervenire alla rideterminazione della pena nell'ipotesi in cui la declaratoria di incostituzionalità abbia intaccato non il precetto, ma solo la sanzione prevista dal legislatore per la sua violazione: il percorso argomentativo delle Sezioni Unite si basa sulla tesi secondo la quale, benché nessuna norma preveda espressamente la possibilità per il giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena in seguito ad una pronuncia di illegittimità, tuttavia rientra nella *ratio* dell'art. 30, comma 4 l. n. 87/1953 "l'impedire che una sanzione penale, per quanto inflitta con una sanzione divenuta irrevocabile, venga ingiustamente sofferta sulla base di una norma dichiarata successivamente incostituzionale"²⁰⁸.

Tanto premesso, è evidente che proprio quelle ragioni di certezza giuridica e di uguaglianza di trattamento rendono indispensabile che l'unità di base utilizzabile dal giudice dell'esecuzione nel ricalcolare il *quantum* della pena sia offerta – per tutti – dal sostituto sanzionatorio indicato nel dispositivo della sentenza costituzionale: in caso contrario, infatti, il rischio concreto sarebbe quello di ricalibrare in misura del tutto disomogenea le pena in esecuzione.

In secondo luogo le conseguenze derivanti dal riconoscere efficacia non vincolante al sostituto sanzionatorio sarebbero negative anche per i giudici della cognizione perché, come è stato ben osservato, «una babele giurisprudenziale... sarebbe certamente insopportabile in un ambito, la misura della pena, che più di tutti non ammette alcuna anarchia quanto alla sua cornice edittale»²⁰⁹: anzi, da questo punto di vista non potrebbe arrivare in soccorso nemmeno l'eventuale formazione di un diritto vivente giurisprudenziale su di un determinato delta punitivo²¹⁰ perché tale diritto vivente si porrebbe in contrasto col principio di determinatezza delle fattispecie criminose il quale impone che tanto il precetto quanto anche l'opzione sanzionatoria siano chiari e precisi già a partire dalla promulgazione della legge incriminatrice²¹¹.

La tesi secondo cui la parte integrativa della decisione con cui la Corte interviene sul *quantum* della pena debba esplicare un effetto vincolante viene sostenuta anche da chi ritiene, in riferimento alle manipolative adottate dalla Corte sulla base delle rime obbligate, che esse producono, sì, un effetto caducatorio *erga omnes*, ma solo in riferimento al profilo ablatorio e non invece in merito all'integrazione normativa: questo perché quest'ultima dovrebbe valere come proposta ermeneutica capace di imporsi a tutti i giudici non *ope constitutionis*, bensì eventualmente

²⁰⁸ Così la Cass. Sez. Un. Pen., 24 ottobre 2013, Ercolano, su cui vedasi F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2014, n. 1, 250 ss., nonché anche Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, Gatto, su cui G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena incostituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 17 ottobre 2014, 1 ss.

²⁰⁹ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 807.

²¹⁰ ... al limite diverso da quello indicato dalla Consulta nella sentenza di accoglimento sostitutiva.

²¹¹ Che il principio di determinatezza debba essere inteso in questo senso – perlomeno in riferimento alle fattispecie criminose dal momento che per le misure di prevenzione personali, a giudizio della Consulta, acquista un peso predominante il diritto vivente giurisprudenziale (cfr. la sent. n. 24 del 2019) – lo sostiene la Corte costituzionale nella sua più recente e (almeno sotto questo profilo) condivisibilissima giurisprudenza: cfr. le dec. n. 115 del 2018 e n. 24 del 2019, ribadite sul punto dalla dec. n. 141 del 2019 in materia di reato di favoreggiamento della prostituzione.

attraverso il fatto estrinseco di un conforme e ripetuto comportamento applicativo dell'autorità giudiziaria²¹². Coloro che sostengono questa tesi, infatti, tengono a precisare che dubitabilmente si può ammettere che nella materia penale il profilo integrativo proposto dalla Corte costituzionale possa essere sviluppato dal diritto vivente giurisprudenziale e in esso tradotto: questo perché nell'ambito penalistico vigono il divieto di analogia e il principio di determinatezza della fattispecie²¹³.

A quanto da ultimo osservato si potrebbe formulare una seria obiezione: nel caso del recente orientamento della giurisprudenza costituzionale le decisioni sostitutive sono emesse sulla base non di rime costituzionalmente obbligate, bensì di rime soltanto adeguate benché interne al sistema.

Questa obiezione coglie un aspetto centrale della problematica in oggetto: un conto, infatti, è il vincolo che discende nei confronti dei giudici dalla parte ricostruttiva di una decisione sostitutiva adottata a rime costituzionalmente obbligate; un altro e diverso conto è il vincolo che discende nei confronti degli stessi giudici dalla parte ricostruttiva di una decisione sostitutiva emessa a rime costituzionalmente solo adeguate.

È noto ai più che la Corte costituzionale ha – tranne che in alcune eccezionali occasioni²¹⁴ – sempre opposto lo scudo della formula processuale dell'inammissibilità nelle ipotesi in cui il giudice *a quo* ha chiesto alla Corte stessa di “rivedere la sua posizione”, ovvero di rivalutare nel complesso e di fare così venire meno il “risultato sostanziale” raggiunto in merito ad una precedente decisione manipolativa sul *quantum* della pena: la scelta di rispondere con la decisione di inammissibilità è stata giustificata dalla Consulta attraverso l'argomentazione secondo la quale l'autorità remittente aveva attivato arbitrariamente il meccanismo del giudizio incidentale al solo fine di sindacare nel merito il contenuto di una decisione costituzionale di accoglimento.

Nel caso però del recente orientamento della Corte in esame in questo scritto la questione si presenta assai diversamente.

Di fronte ad una decisione manipolativa/sostitutiva adottata senza l'ancoraggio alle rime obbligate è evidente che i giudici comuni potranno “contestare” il suo profilo ricostruttivo relativo al *quantum* della pena chiedendo alla Corte di “tornare sui propri passi”: questo senza che le ordinanze di rimessione rivolte a questo scopo possano essere considerate «suicide» o

²¹² Com'è noto, la tesi è sostenuta da A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente*, cit., partic. 3680, il quale conclude così nel senso che gli effetti della decisione costituzionale in riferimento alla sua parte integrativa «vanno considerati come eventuali “co-effetti”, “conseguenze indirette” della decisione medesima, ma attribuibili nell'*an*, nel quando e nel *quomodo* all'opera corale dei giudici ordinari in attesa dell'eventuale intervento legislativo» (3681); lo stesso Autore più recentemente ha ribadito che il profilo integrativo della sentenza manipolativa è potenzialmente in grado di dare vita ad un rinnovato diritto vivente in sostituzione di quello dichiarato illegittimo col profilo ablativo della medesima sentenza mentre «il resto vien da sé», ragion per cui «tutti gli interventi additivi della Corte, di antico e nuovo conio, non sono per loro natura autoapplicativi»: così A. PUGIOTTO, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 2016, n. 1, 164-165.

²¹³ Così A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente*, cit., 3710 nota 113, il quale osserva che questo ostacolo potrebbe forse in ipotesi essere superato solo «facendo leva sull'ammissibilità di un'interpretazione giudiziaria estensiva in materia penale (non vietata, se distinta e distinguibile da quella analogica)»; va anche precisato che, al di là di quest'ultima osservazione dell'A., lo stesso A. comunque – 3708 nota 111 – si dimostra alquanto dubbioso sulla possibilità di estendere la sua tesi sostenuta in linea generale in relazione alle sentenze additive – tesi che poco sopra nel testo è stata sia pure sinteticamente ricordata – anche alle decisioni sostitutive.

²¹⁴ Per ragguagli cfr. A. CERRI, *Appunti sul c.d. “giudicato costituzionale”*, in *Giur. it.*, 2009, 2832 e *ivi* note 17 e 18, il quale ricorda alcune decisioni in cui la Corte ha avuto modo di ribaltare gli esiti di precedente accoglimento o di interpretare in senso restrittivo gli effetti di antecedente sentenza d'accoglimento in relazione al mutato contesto sistematico; volendo, A. BONOMI, *Le questioni di legittimità costituzionale relative a disposizioni su cui è già intervenuta sentenza di accoglimento: aspetti problematici*, in *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, 26 novembre 2016, spec. 31 ss.

«kamikaze»²¹⁵, ovvero senza che la stessa Corte possa trincerarsi dietro l'argomentazione secondo la quale il fine di quella "contestazione" è quello di una sostanziale elusione della forza cogente della precedente pronuncia di incostituzionalità e della violazione del principio della non impugnabilità delle decisioni della Consulta.

Più in particolare, non potrebbero essere opposti gli artt. 136 e 137 della Costituzione nei confronti di tale "contestazione".

Da un lato il sostituto sanzionatorio indicato dalla Corte è una soluzione adeguata e non costituzionalmente imposta: questa precisazione è fondamentale perché, se è contestata da una schiera nutrita di commentatori già la stessa tesi secondo cui, qualora la componente additiva o sostitutiva sia effettivamente vincolata costituendo essa l'unica soluzione costituzionalmente legittima percorribile, il *decisum* deve essere ritenuto interamente coperto dal giudicato costituzionale²¹⁶, *a fortiori* sarà ancora molto più difficile sostenere quella stessa tesi nell'ipotesi in cui la parte ricostruttiva della manipolativa non sia la soluzione costituzionalmente obbligata, ma sia solo quella adeguata²¹⁷.

Dall'altro lato non pare che possa neanche essere opposto il principio di inimpugnabilità delle sentenze della Corte. Nonostante proprio in riferimento alle decisioni sostitutive sia stato sostenuto come «la sentenza "di accoglimento" della Corte, indubbiamente dotata della forza di legge..., sia... priva del "valore" di legge e, come tale, non più sottoponibile alla stessa Corte costituzionale per un

²¹⁵ Entrambe le espressioni sono tratte da P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l'inoppugnabilità e conferma l'esistenza (precaria) nel sistema delle fonti delle leggi "tamquam non essent" anche in materia penale. Osservazioni a Corte cost., ord. n. 184/2017*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2017, n. 2, 5 e 9.

²¹⁶ La tesi in esame, benché sostenuta comunemente in dottrina (cfr., *inter alios*, G. CONSO, *La giustizia costituzionale nel 1990*, in *Giur. cost.*, 1991, 926; L.A. MAZZAROLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000, 82-83; F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 192), ha ricevuto autorevoli obiezioni: cfr. G. RIZZA, *La Corte costituzionale fra politica e diritto*, cit., 327, secondo il quale a voler adottare la tesi comunemente sostenuta in dottrina mancherebbe il mezzo per eliminare il precetto introdotto con efficacia *erga omnes* dalla Corte qualora la stessa Corte, muovendo da una certa interpretazione della disposizione costituzionale "D", dichiarasse incostituzionale la disposizione legislativa "d" e introducesse in aggiunta la disciplina correttiva "d1" e qualora in seguito la Corte medesima, mutando il proprio orientamento sulla portata generale di "D", ne adottasse una diversa interpretazione alla stregua della quale "d1" risulta costituzionalmente illegittima (l'A. peraltro osserva anche che tutt'al più i giudici potrebbero ricorrere all'espedito di sollevare la questione di legittimità di "d" in quanto operante nella giurisprudenza in modo tale da dar luogo a "d1" e la Corte potrebbe così ripronunciarsi correggendo la situazione); A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente*, cit., 3699 note 88 e 90; G. BASCHERINI, *La diversa valenza della «manifesta infondatezza» e della «manifesta inammissibilità» di una questione che investa gli esiti normativi di una precedente sentenza additiva di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1997, 680; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto – Art. 1-9*, Bologna-Roma, 2011, partic. 547 e 549, il quale osserva che il giudicato «comprende soltanto la dichiarazione d'incostituzionalità della disposizione o norma (compresa eventualmente la "creazione" di quest'ultima in via interpretativa) ma non anche la "creazione" della norma destinata a subentrarle»; C. CUPELLI, *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 9 gennaio 2018, 9-10, il quale, in riferimento a problema in parte diverso ma comunque connesso e più in particolare alla questione di costituzionalità sollevata su una norma penale che, in quanto abrogata da una legge ritenuta viziata e dunque annullata dalla Corte, è stata "ripristinata" nell'ordinamento giuridico, osserva che tale questione consiste non in una «revisione di una precedente pronuncia, sulla quale è sceso il giudicato costituzionale, quanto piuttosto in una diversa richiesta di scrutinio costituzionale, al metro dei principi del diritto penale, di una norma attualmente e pienamente vigente» e conclude così che «non può certo ritenersi che la reviviscenza di una norma abrogata produca, come conseguenza ulteriore, la sottrazione della relativa disciplina – quale "zona grigia" dell'ordinamento – al vaglio della Corte, a meno di non volere riconoscere alla norma che rivive una peculiare capacità di resistenza persino al sindacato di costituzionalità».

²¹⁷ Non è un caso che, essendo il sostituto sanzionatorio una soluzione solo adeguata e non costituzionalmente imposta, sia netto il giudizio di A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 809, secondo il quale «arduo è invocare a sua difesa lo scudo dell'art. 136 Cost.»; sul punto cfr. già le osservazioni svolte, sebbene in termini molto più generali, da F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, 2001, 442-443.

ipotetico giudizio sulla sua legittimità costituzionale»²¹⁸, sembra preferibile convenire con la tesi secondo la quale il principio sopra indicato implica che queste non possano essere assoggettate ad un'impugnazione proponibile dinanzi ad un'autorità diversa rispetto alla Corte²¹⁹, ma non preclude categoricamente alla stessa Corte di poter riesaminare le proprie precedenti decisioni²²⁰ di accoglimento manipolative: questa tesi trova conforto, del resto, anche in alcune decisioni del Giudice delle leggi²²¹.

In conclusione, non è possibile ritenere il sostituto sanzionatorio indicato dalla Corte nelle decisioni recenti sul *quantum* della pena in esame in questa sede come una sorta di norma «costituzionalmente blindata»²²² e dunque «irreversibile»²²³ quasi che fosse una specie di “supernorma” insuscettibile di modifica da parte della stessa Corte²²⁴.

²¹⁸ Così F. MODUGNO, *Corollari del principio di “legittimità costituzionale” e sentenze “sostitutive” della Corte*, in *Giur. cost.*, 1969, I, 104, il quale osserva che la “precisazione” contenuta nel dispositivo della dichiarazione d'illegittimità costituzionale e espressa dalla preposizione “anziché” «fa tutt'uno con la “dichiarazione” e... non tollera una diversa interpretazione di quest'ultimo. Essa è appunto una “precisazione” e non già una “giustificazione” e, come tale, trova l'esatto collocamento nel dispositivo e non soltanto nella motivazione. Altrimenti opinando, si dovrebbe parlare di un “dispositivo” sbagliato e, come tale, suscettibile di correzioni ed impugnazioni... ciò che contrasta puntualmente con quanto disposto, a proposito della definitività delle decisioni della Corte, dall'ultimo capoverso dell'art. 137 Cost.» (103-104); anche C. CONSOLO, *Le decisioni della Corte costituzionale debbono essere suscettibili di revocazione? Il commento*, in *Il Corr. giur.*, 1989, n. 6, 654, negava che l'art. 137 potesse essere letto nell'esclusivo senso di escludere l'ammissibilità costituzionale delle sole impugnazioni lesive dell'indipendenza e della supremazia della Corte in quanto devolute ad organi diversi perché «senonché, così letta, la norma costituzionale si rivela davvero superflua...; a quale organo, in suo difetto, si sarebbe comunque potuta ritenere ammessa una impugnazione? Non certo al Capo dello Stato, alle Camere e neppure alla Corte di Cassazione ex artt. 111 Cost. (sebbene i costituenti, nell'introdurre, all'ultimo momento, la norma in questione, proprio quest'ultima possibilità avessero paventata...)».

²¹⁹ ... perché, se così accadesse, le ipotetiche competenze di questa diversa autorità «porrebbero in forse la sovranità e l'indipendenza dell'organo di giustizia costituzionale»: così L.P. COMOGLIO, *Inoppugnabilità e limiti di correzione delle pronunce costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1991, 1530.

²²⁰ Cfr. L.P. COMOGLIO, *op. e loc. cit.*, il quale osserva che ad opinare diversamente si dovrebbe allora rinnegare – con un'operazione che secondo l'A. «parrebbe *contra rationem*» – il potere della Corte, in veste di giudice *a quo*, di sottoporre a riesame interpretativo talune delle sue pronunzie al fine di ricostruirne o di chiarirne la *ratio* decisoria nell'ambito di un esame rettificativo dinanzi a sé; M. D'AMICO, *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*, cit., 272, la quale osserva che il principio posto dall'art. 137 Cost. sarebbe eluso solo qualora i giudici tentassero «con i propri strumenti interpretativi di disapplicare o di applicare diversamente le “statuizioni” della Corte» perché tale disposizione «non vieta affatto alla Corte di modificare le proprie decisioni, bensì, più semplicemente, impedisce che altre autorità possano sindacarle o disapplicarle»; G. BASCHERINI, *La diversa valenza della «manifesta infondatezza»*, cit., 677 nota 19; A. CERRI, *Appunti sul c.d. “giudicato costituzionale”*, cit., 2831; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 549-550, la cui posizione però è un po' particolare perché l'A., pur partendo dall'assunto che la Corte non può ritornare sulle proprie sentenze d'accoglimento le quali non sono in alcun modo impugnabili ma possono, semmai, costituire soltanto l'oggetto di un eventuale provvedimento di correzione ad opera della Corte stessa, osserva al contempo che questo vincolo è limitato al solo *decisum* e non riguarda né le motivazioni delle sentenze d'accoglimento – fatta salva la possibilità d'integrare il dispositivo con la motivazione sia in presenza sia in mancanza di un esplicito richiamo – né le valutazioni che la sentenza eventualmente contenga circa i suoi effetti normativi o relativi a quelli di precedenti sentenze.

²²¹ Cfr. quanto già detto e gli Autori citati alla precedente nota 214 e nel testo sopra.

²²² L'espressione è tratta da F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale*, cit., 165 nota 81.

²²³ Così P. GIOCOLI NACCI, *L'Anti-Montesquieu (tramonto del principio della distinzione delle funzioni)*, Bari, 1989, 152, secondo cui le prescrizioni, emanate dal giudice costituzionale, di carattere materialmente legislativo «diventano irreversibili, non potendo essere abrogate perché la legge non può incidere sulle decisioni giurisdizionali e deve rispettare il giudicato...», e non potendo neanche essere “annullate” dallo stesso organo del controllo sulle leggi, sia perché leggi non sono sia perché le decisioni di questo incidono sulla norma e non consentono un riesame della questione quando sono dichiarative della illegittimità (art. 136, 1° comma, cost.): l'A. però riferisce all'evidenza queste considerazioni alle manipolative adottate sulla base delle rime obbligate.

²²⁴ Sul punto per altre osservazioni cfr. F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, cit., 443-444.

E questo fa sì che si possa a ragion veduta parlare, in riferimento al sostituto sanzionatorio indicato dalla Corte nelle decisioni più recenti in esame, di «instabile stabilità»²²⁵.

Si dirà che da tempo questa forma di “contestazione” non è più attuata dai giudici comuni in riferimento alle manipolative e in particolare a quelle adottate in materia penale, così come sono oramai un retaggio del passato i casi ancora più estremi di vera e propria «ribellione»²²⁶ posti in essere dagli stessi giudici: il riferimento è sia ai casi in cui i giudici hanno ritenuto che l’effetto della manipolativa, pur se incisiva solo in punto di *quantum*, fosse però quello di eliminare dall’ordinamento l’intera disposizione incriminatrice, sia ai casi in cui le autorità giudiziarie hanno ritenuto di dover assegnare effetto vincolante alla sola parte ablatoria del dispositivo manipolativo e non anche alla parte che poneva il sostituto sanzionatorio²²⁷.

Che tutte queste forme più o meno radicali di “contestazione” siano ormai solo un ricordo di tempi andati è senz’altro vero, ma ciò non esclude in linea di principio che altri casi di “ribellione” del tipo di quelli sopra ricordati possano essere nuovamente posti in essere nei confronti delle decisioni più recenti adottate dalla Corte in materia penale e di quelle, analoghe ad esse, che in futuro dovessero essere emesse.

Non solo, ma non può nemmeno escludersi che le autorità giudiziarie possano, laddove se ne presentasse la possibilità, proseguire «in solitaria, quasi regale autarchia»²²⁸, ovvero in piena autosufficienza, l’opera intrapresa dalla Corte costituzionale nelle recenti decisioni.

La Consulta ha valutato che il *quantum* della pena relativo ad una certa fattispecie criminosa è sproporzionato e a quel punto dichiara l’incostituzionalità di quel *quantum* e provvede al contempo ad individuare un sostituto sanzionatorio tratto dal “sistema” quale soluzione costituzionalmente non obbligata ma comunque adeguata e vincolante nei confronti dei giudici.

Tanto premesso, come ci insegna il noto “seguito giudiziario” delle decisioni manipolative della Corte che avevano introdotto la possibilità della *demonstratio in bonam partem* in relazione alle norme del codice di procedura penale che disponevano una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per alcune fattispecie di reato²²⁹, è ben possibile che si verifichi la seguente operazione: le autorità giudiziarie, al limite ritenendo di poter fare riferimento a *obiter dicta* o a passaggi argomentativi contenuti nella motivazione della sentenza della Consulta, potrebbero decidere di estendere in via analogica²³⁰ il sostituto sanzionatorio individuato dalla stessa Consulta

²²⁵ Così A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 809.

²²⁶ L’espressione è tratta da R. D’ALESSIO, *Una sentenza-legge in materia penale? L’inoppugnabilità della sentenza della Corte e la «ribellione dei giudici»*, in *Giur. cost.*, 1990, 79, la quale così definiva le contestazioni operate dai giudici comuni nei confronti della sent. n. 409 del 1989 – già ricordata in precedenza nel corso di questo scritto – la quale, a giudizio dell’Autrice, era tale da «fuoriuscire dagli schemi consolidati della giurisprudenza della Corte».

²²⁷ Come ricorda E. LAMARQUE, *Il «seguito» delle sentenze manipolative della Corte costituzionale presso i giudici comuni*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 104 e *ivi* nota 47, rarissima è l’ipotesi più grave in assoluto di “ribellione” da parte dei giudici, ovvero quella consistente nell’applicare la disposizione di legge oggetto della sentenza manipolativa come se la sentenza non fosse mai intervenuta, tant’è vero che l’Autrice ricorda il solo caso della “ribellione” esplicitatasi in tal senso da parte dei giudici nei confronti della dec. n. 190 del 1970 della Consulta.

²²⁸ Così G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale e l’illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 6 novembre 2012, 2.

²²⁹ Sul “seguito giudiziario” inerente alla “vicenda” sopra esposta nel testo e sulle problematiche di vario genere che esso ha posto cfr. M. CHIAVARIO, *Ancora libertà “ch’è sì cara”... e qualche interrogativo sul rispetto dei confini di ruoli istituzionali*, in *La legisl. pen.*, 2012, 1 ss.; G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale*, cit., 1 ss.

²³⁰ In realtà, che si tratti propriamente di un’estensione in via analogica o in via invece sistematica è oggetto di discussione in dottrina: cfr. rispettivamente per la prima soluzione M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 20 marzo 2012, 1 ss., mentre per la seconda P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, in *Guida al diritto*, 2012, n. 11, 58 ss.

ad altre fattispecie criminose “sovrapponibili” a quella posta all’esame dei giudici costituzionali; si verificherebbe così né più né meno che una dichiarazione di illegittimità consequenziale operata dal giudice comune quando essa dovrebbe invece essere riservata esclusivamente al Giudice delle leggi²³¹.

Non basta.

Le autorità giudiziarie sembrano orientate nei tempi più recenti a configurare gli effetti delle manipolative sul *quantum* della pena nei termini di una vera e propria manipolatività testuale e a ritenerli suscettibili di introdurre puntuali modificazioni testuali, mediante sostituzioni, della disposizione incriminatrice oggetto della pronuncia. Qualora le stesse continuassero su questa strada, si avrebbe la seguente conseguenza: il potere interpretativo dei giudici, lungi dal venire compresso o eliminato, si trarrebbe inalterato sul sostituto sanzionatorio risultante dalla manipolazione compiuta dal Giudice delle leggi.

Se a quanto appena osservato si aggiunge poi che il dispositivo delle decisioni della Corte costituzionale per comune riconoscimento deve essere letto ed interpretato, come già ricordato in precedenza nel corso di questo scritto, alla luce della motivazione, si trae facilmente la conclusione che la parte ricostruttiva che indica il sostituto sanzionatorio può prestarsi ad un’interpretazione più libera e più creativa di quella che le “normali” leggi generalmente consentono²³².

In altri termini, ancorché si dichiari soggetto alla parte integrativa della manipolativa così come se si trattasse di una legge, il giudice che si accinga ad applicare questa parte integrativa e in particolare il sostituto sanzionatorio disporrà, al contrario di quanto avverrebbe nel caso in cui dovesse fare applicazione di una disposizione legislativa, della possibilità di servirsi anche della motivazione della sentenza costituzionale «per raggiungere nel caso concreto il risultato interpretativo che egli ritiene migliore, e cioè meglio rispondente alle esigenze di giustizia sostanziale»²³³: il tutto con l’aggravante che questi esiti interpretativi sarebbero ben poco rispettosi del principio costituzionale di determinatezza delle fattispecie criminose, il quale impone che anche la sanzione penale sia formulata in modo chiaro e preciso fin già dalla promulgazione della legge e

²³¹ Pare di poter assolutamente condividere l’opinione in proposito manifestata da E. LAMARQUE, *La translatio iudicii e gli effetti delle sentenze manipolative della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2007, n. 9, 974, la quale osserva che «estendere la dichiarazione di incostituzionalità ad altre disposizioni di legge non espressamente indicate nel dispositivo, ma ricavabili soltanto dagli argomenti della motivazione della sentenza costituzionale, significa accedere ad una forma estrema di interpretazione conforme a Costituzione che sconfinava nella disapplicazione della legge ritenuta incostituzionale, vietatissima al giudice comune, e nella conseguente elusione, altrettanto vietata nel nostro ordinamento, del sindacato accentrato di costituzionalità affidato alla Corte costituzionale»; in senso almeno parzialmente difforme cfr. invece M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge*, cit., 5.

²³² È stato efficacemente detto a questo proposito – parafrasando la nota immagine di Calamandrei che parlava del giudice come di quel soggetto a cui spetta di aprire, o meno, il “portone” di accesso al sindacato della Corte costituzionale – che «i giudici... sono non solo i “portieri”, ma anche gli “uscieri” del sindacato di costituzionalità delle leggi»: così A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente*, cit., 3696 e *ivi* nota 82; anche A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 547, osserva che la distinzione fra dispositivo e motivazione non può essere intesa topograficamente nel senso che «tutte le espressioni linguistiche collocate dopo il tradizionale «P.Q.M.» vincolino e tutte quelle che lo precedono no», ma va interpretata in senso logico, ovvero nel senso che nel *decisum* «rientrano... tutte le argomentazioni volte ad individuare e delimitare le disposizioni o le norme dichiarate incostituzionali, mentre fanno parte della motivazione tutte le argomentazioni volte ad illustrare perché la disposizione o la norma è incostituzionale».

²³³ Così E. LAMARQUE, *La translatio iudicii e gli effetti delle sentenze manipolative della Corte costituzionale*, cit., 973-974, la quale osserva che addirittura in alcuni casi il canone della totalità porta i giudici comuni a sostenere letture riduttive o ampliative dello stesso dispositivo manipolativo cui pure il giudice afferma di sentirsi integralmente vincolato: «si tratta però» – precisa l’Autrice – «di operazioni interpretative sicuramente scorrette. Infatti, ridurre la portata della lettera del dispositivo della sentenza costituzionale tramite il ricorso alla sua motivazione assomiglia molto ad una forma di velata resistenza o ribellione, vietata al giudice comune, dall’efficacia generale delle sentenze costituzionali di accoglimento sancita dall’art. 136 Cost.» (974).

non che essa sia il frutto dell'attività di interpretazione da parte dei giudici non solo del dispositivo, ma altresì delle argomentazioni contenute nella motivazione della sentenza costituzionale²³⁴.

Si potrebbe così concludere che, se – come è stato sostenuto e come pare in effetti condivisibile – l'obiettivo di queste recenti decisioni in materia di *quantum* della sanzione penale è quello di tracciare una «regola categorica... idonea meglio a garantire certezza, uniformità applicativa e protezione dei diritti individuali» attraverso «una “spinta accentratrice” ed un ridimensionamento della fiducia nel ruolo dei giudici ordinari nell'attuazione della Costituzione in sede interpretativo-applicativa (di commisurazione della pena, in questo caso)»²³⁵, allora questo obiettivo non ha buone probabilità di trovare realizzazione: per i motivi esposti poco sopra, infatti, è lecito nutrire dubbi sulla riuscita di questa spinta accentratrice e sul ridimensionamento del ruolo dei giudici.

Per concludere sul più recente indirizzo della Corte sul *quantum* della pena analizzato in questa sede si può osservare che, analogamente alle due impostazioni a cui si è fatto riferimento in precedenza nel presente scritto, esso presenta pregi e difetti.

Quanto ai meriti, indubbiamente tali devono essere considerati tanto il ricorso ad un giudizio di ragionevolezza intrinseca per valutare la sproporzione della sanzione rispetto al fatto di reato quanto l'affrancamento dal troppo rigido vincolo costituito dalle rime obbligate per approdare al più “elastico” criterio delle rime possibili le quali consentono di trarre dal sistema un sostituto sanzionatorio costituzionalmente non obbligato ma soltanto adeguato.

E fra i meriti deve essere aggiunto anche il seguente: nel giudizio di ragionevolezza estrinseca, come si è già potuto osservare in precedenza, la Corte può solo intervenire di fronte a fattispecie di reato assunte e valutate come omogenee e tuttavia trattate da un punto di vista sanzionatorio in modo irragionevolmente diverso, ma non può intervenire nell'opposta ipotesi di fattispecie criminose del tutto diverse eppure trattate sotto il profilo sanzionatorio in modo irragionevolmente uguale: questo a causa dell'assenza di un *tertium* da cui trarre il sostituto sanzionatorio.

Invece in questo più recente orientamento la Corte nell'ipotesi da ultimo prospettata ha possibilità di intervento: essa infatti valuta l'irragionevolezza non estrinseca, bensì intrinseca del *quantum* sottoposto al suo vaglio e questo può fare anche alla luce dell'identità con altro *quantum* previsto per fattispecie di reato di diversa gravità rispetto a quella che incorpora il *quantum* oggetto di esame della Consulta; successivamente la stessa Corte ben può – aderendo, o meno, all'indicazione dell'autorità remittente – trarre dal sistema un sostituto sanzionatorio nei termini più volte esplicitati e propri di questo nuovo orientamento.

Quanto agli inconvenienti che tale recente orientamento porta con sé, non resta che rinviare a quanto si è tentato di argomentare in precedenza a cui si intende aggiungere un ulteriore inconveniente.

²³⁴ Del resto, e più in generale, in dottrina è stata posta in dubbio l'ammissibilità delle manipolative in materia penale già per il sol fatto stesso che la formulazione del precetto – e della relativa sanzione penale – verrebbe almeno in parte affidata alle argomentazioni contenute nella motivazione della sentenza costituzionale: la tesi è di F.C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 349-350, ma cfr. anche M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 17 novembre 2016, 20, secondo la quale «le sentenze manipolative della Corte... pronunciate in *bonam partem* (fatto salvo il caso della bestemmia) hanno... un peso (sebbene limitato) nel processo di indebolimento del principio di precisione»; si esprimeva nel senso che le “produzioni normative” della Corte debbono «sottostare alle stesse condizioni – diciamo, di idoneità contenutistica – cui il legislatore è tenuto nel ‘determinare’ i tipi di reato» D. PULITANO, *Sciopero e categorie penalistiche*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.* 1982, IV, 323.

²³⁵ G. INSOLERA, *Discrezionalità legislativa in materia penale-sanzionatoria ed effettività della tutela dei diritti fondamentali. La Corte prosegue il suo “nuovo corso” e invalida la pena minima dell'art. 73, c. 1, T.U. Stupefacenti*, in *L'Ind. pen.*, 2019, 265, il quale osserva che la Corte traccia questa regola categorica «anche a costo di percorrere un iter logico-giuridico problematico».

Il riferimento è alla problematica ipotesi in cui alla Corte sia sottoposta la questione di costituzionalità non del minimo edittale o del massimo edittale, bensì della sanzione complessivamente considerata.

Si ponga infatti l'ipotesi che la Consulta, posta di fronte alla *quaestio* dell'intero trattamento sanzionatorio di una certa fattispecie, all'esito del sindacato intrinseco lo valuti sproporzionato e che a quel punto rinvenga nell'ordinamento altra fattispecie incriminatrice non disomogenea, ovvero, come detto più volte, che presenti non irrilevanti tratti comuni rispetto a quella il cui *quantum* sanzionatorio è posto all'attenzione della Corte: ebbene proprio in virtù della circostanza che le due fattispecie non sono perfettamente "sovrapponibili", ma, per quanto presentino degli elementi comuni, comunque mantengono differenze strutturali in questa ipotesi la Corte potrebbe non ritenere possibile – neanche come soluzione soltanto adeguata – parificare *quoad penam* le due fattispecie.

Si consideri l'esempio emblematico in cui una delle due fattispecie criminose, a differenza dell'altra, abbia carattere plurioffensivo, ovvero leda o metta in pericolo non un solo bene o interesse giuridico, bensì più beni o interessi diversi²³⁶.

Un conto è ritenere, ad esempio, che in virtù della non disomogeneità delle due fattispecie di reato il minimo edittale dell'una possa essere sostituito con quello dell'altra: in questo caso ognuna di esse manterrebbe un diverso massimo edittale, diversità che ben sarebbe giustificata in considerazione del fatto che il carattere plurioffensivo dell'una rende certamente ragionevole un trattamento sanzionatorio più grave di quello riservato all'altra.

Altro e ben diverso conto è equiparare le due fattispecie in relazione all'intero trattamento sanzionatorio: questa operazione sarebbe impraticabile proprio a causa del carattere della plurioffensività presente nell'una ma assente invece nell'altra²³⁷.

²³⁶ Per la definizione di reato plurioffensivo e per la enucleazione delle sue caratteristiche cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, PG, Milano, 1991, 166; in senso contrario alla stessa individuazione della categoria dei reati plurioffensivi o comunque nel senso di un suo ridimensionamento cfr. A. PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1965, 398 nota 16, mentre C. FIORE, *Diritto penale*, PG, Volume primo, Torino, 1993, 190-191, sostiene che la denominazione di reati plurioffensivi deve essere riservata soltanto a quelle ipotesi in cui la plurioffensività del fatto derivi necessariamente dalla struttura della condotta incriminata come nel caso, ad esempio, della rapina ove si aggredisce sempre e ad un tempo il patrimonio del soggetto passivo e l'incolumità personale o la libertà morale dello stesso e non invece nel caso, sempre a titolo esemplificativo, della calunnia perché, anche se accanto all'interesse alla corretta amministrazione della giustizia penale risulta di regola aggredito un interesse – o anche più di uno – del calunniato (reputazione, libertà personale, credito commerciale ecc...), tale interesse non è comunque rilevante ai fini della configurazione della fattispecie.

²³⁷ Non a caso proprio queste considerazioni sono state alla base del ragionamento condotto in relazione alla più volte menzionata sent. n. 341 del 1994 da R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali*, cit., 2819, il quale rileva che l'ordinanza di rimessione – contrariamente a quanto avevano fatto le ordinanze di rinvio che in precedenza relativamente allo stesso reato avevano sollevato questioni di costituzionalità, le quali non a caso erano sempre state dichiarate infondate dalla Corte [con l'unica eccezione, come ricorda lo stesso R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali*, cit., 2818-2819 nota 20, dell'ord. n. 127 del 1989 in merito alla quale va ricordato da un lato che in quell'occasione era stata, sì, sollevata questione di costituzionalità in riferimento soltanto al limite edittale della pena prevista dall'art. 341 cod. pen., ma in relazione alla violazione dell'art. 27, comma 3 Cost., con la conseguenza che la Corte, in ossequio alla sua giurisprudenza del tempo, rispose che quel parametro sarebbe potuto essere fatto valere solo nella fase esecutiva della pena e dall'altro lato che in quell'occasione né il giudice *a quo*, né la Consulta avevano preso in considerazione la possibilità di applicare, a seguito dell'annullamento della norma *sub iudice*, il limite minimo previsto dall'art. 23 cod. pen. cosicché è ragionevole pensare che la dichiarazione di infondatezza fosse derivata dal «timore di pervenire ad una depenalizzazione – sia pure temporanea – della fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale» (così R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali*, cit., 2819 nota 20)] – aveva sollevato la *quaestio* in relazione all'illegittimità non della sanzione complessiva, ovvero considerata nella sua globalità, del reato di oltraggio, bensì solo del minimo edittale della pena prevista per lo stesso: di conseguenza – prosegue l'A. – la Corte non è stata costretta a parificare *quoad penam* le due fattispecie di cui agli artt. 341 e 594 cod. pen., ovvero sia rispettivamente il reato di oltraggio e quello di ingiuria – la qual cosa non sarebbe stata probabilmente

Non è intenzione di chi scrive esprimere in relazione a tale ultimo indirizzo della Corte un giudizio favorevole alla prevalenza dei meriti sugli inconvenienti né palesare una valutazione opposta.

Quel che è certo però è che da esso emerge la seguente impostazione di fondo che risulta di intuitiva ed innegabile evidenza: «l'assenza di una norma di comparazione, o la sua omessa indicazione da parte del rimettente, compromette comunque l'accoglimento della questione di costituzionalità»²³⁸.

In altri termini, se il giudice *a quo* non indica un *quantum* che possa essere ritenuto soluzione adeguata e dunque tale da costituire il sostituto sanzionatorio del *quantum* giudicato sproporzionato o se comunque la Corte, andando di diverso avviso rispetto all'indicazione del *quantum* sostitutivo operata dall'autorità remittente, non riesce autonomamente a rinvenire nel sistema un tale sostituto sanzionatorio, la stessa Corte è impossibilitata ad intervenire.

Insomma, il Giudice delle leggi ritiene sempre necessaria l'individuazione di una diversa cornice edittale applicabile all'incriminazione: tale cornice non è più necessariamente costituzionalmente obbligata, ma deve esserci pena la dichiarazione di inammissibilità della questione sollevata.

5. Conclusioni: una proposta di soluzione

La conclusione di tutto questo ragionamento fin qui condotto non può essere altro che la seguente: l'intervento del Giudice delle leggi nell'"ambito materiale" del sindacato sul *quantum* delle sanzioni penali è a dir poco molto problematico.

Tuttavia, a parere di chi scrive esiste ed è possibile rinvenire, se non una "via d'uscita", quanto meno una soluzione alternativa e più appagante rispetto a quelle che discendono dalle impostazioni adottate finora dalla Corte costituzionale in questo "settore".

È bene premettere in via preliminare che il problema non è tanto quello di stabilire quale impostazione assumere per poter sindacare il *quantum* della pena in sede di giudizio di costituzionalità, ovvero se quella che fa riferimento al classico giudizio di ragionevolezza estrinseco o quella che assume a fondamento il giudizio di ragionevolezza intrinseco oppure quella che prescinde dalla ragionevolezza ma si basa sulla diretta violazione da parte della sanzione penale di specifici principi costituzionali.

Il problema davvero centrale, in realtà, è stabilire quale tipo di decisione la Corte possa emettere una volta che, adottando l'una o l'altra di queste impostazioni, abbia assodato la sproporzione del *quantum*.

Sulla base delle argomentazioni esposte in precedenza pare di poter ritenere foriera di alcune conseguenze molto problematiche la scelta di adottare decisioni manipolative e in particolare sostitutive tanto se fondate su una soluzione costituzionalmente obbligata quanto se basate su una soluzione costituzionalmente adeguata.

Né si può ritenere praticabile da parte della Corte l'opzione di ricorrere all'additiva di principio.

praticabile in considerazione del fatto che, nonostante la sperequazione riscontrabile nel trattamento sanzionatorio per i due reati dovesse indubbiamente essere ritenuta eccessiva e quindi censurabile, comunque, come ben poteva rilevare lo stesso Giudice delle leggi nella parte motivazione della sent. n. 341, una qualche differenza fra le due fattispecie sussisteva stante il carattere plurioffensivo del reato di oltraggio che rendeva certamente ragionevole un trattamento sanzionatorio più grave di quello riservato all'ingiuria -, bensì ha ben potuto «individuare, ex art. 23 c.p., il nuovo minimo edittale da applicare al posto di quello dichiarato illegittimo» e conseguentemente «censurare la norma *sub iudice*, ma senza per questo dover pervenire né ad una depenalizzazione (sia pur temporanea) della fattispecie in oggetto, né ad una parificazione complessiva della pena prevista per il reato di oltraggio rispetto a quella contemplata in relazione all'ingiuria»: così R. PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza delle sanzioni penali*, cit., 2820.

²³⁸ A. NISCO, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 169.

Benché in qualche caso il vincolo rappresentato dalle rime obbligate sia stato «abilmente aggirato dalla Corte – beninteso quando lo ha potuto e voluto fare –... attraverso la sofisticata tecnica decisoria delle sentenze c.d. additive di principio»²³⁹, questa tipologia decisoria appare inadeguata al “campo” del diritto penale sostanziale: è lo stesso Presidente Lattanzi ad affermare chiaramente che in questo “campo” «non possono mai trascurarsi prioritarie esigenze di certezza e conoscibilità delle disposizioni, tali da sconsigliare l’impiego di altre forme decisorie a minor tasso di determinatezza, come quelle delle pronunce additive di principio, ove un ruolo fondamentale di ricomposizione del tessuto normativo è affidato, in difetto di un intervento legislativo, al giudice comune»²⁴⁰.

Non rimane, allora, che la via della decisione di accoglimento “secco”.

Questa decisione non potrebbe però incidere unicamente sulla sanzione penale perché, se così facesse, il risultato sarebbe quello di far rimanere “in vita” un precetto sfornito di sanzione²⁴¹.

A questo proposito è ben vero che la Consulta in qualche caso ha annullato solo la sanzione sulla base dell’argomentazione secondo cui in questo modo non si sarebbe creato un vuoto, ma si sarebbe verificata la riespansione di una disciplina punitiva più generale: basti pensare alla più volte citata sentenza n. 26 del 1979 in materia di reati militari nella quale la Corte nel dispositivo dichiara, sì, l’illegittimità della disposizione impugnata solo nella parte relativa alla misura della pena, ma in sede di motivazione suggerisce ai giudici di applicare le sanzioni previste dalla legge penale comune.

Tuttavia, quella sentenza da un lato fu oggetto di vere e proprie forme di “ribellione” sul modello di quelle cui s’è già fatto riferimento in questo scritto e dall’altro lato comunque fu la causa di un «caos giurisprudenziale»²⁴² foriero di grande confusione.

Né si può immaginare che la Corte possa limitarsi a travolgere il solo minimo edittale della pena o il solo massimo edittale della pena.

Anche a non voler considerare che nella recente sentenza n. 284 del 2019 la Corte sembra aver consentito il sindacato sul massimo edittale della sanzione penale soltanto sulla base di alcune ben precise – e molto discutibili – condizioni²⁴³, in ogni caso, qualora ritenesse possibile svolgere un tale controllo sul massimo edittale, la stessa Corte non potrebbe annullarlo *sic et simpliciter* perché la mancata individuazione di un altro *quantum* in sostituzione di esso significherebbe l’automatica applicazione dell’art. 23 cod. pen. che fissa in generale il massimo della reclusione in ventiquattro

²³⁹ Così A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità*, cit., 157, il quale pure riconosce ed ammette –163-164 – che solo in parte grazie alle additive di principio si può aggirare il limite delle rime obbligate; molto più netto e deciso il giudizio, invece, di A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., 807 nota 77, a giudizio del quale l’additiva di principio è una «tipologia decisoria... inadeguata al campo del diritto penale sostanziale».

²⁴⁰ Così G. LATTANZI, *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale 2018*, cit., 17.

²⁴¹ In tal senso cfr. anche M. RUOTOLO, *Un caso di «irragionevole» ragionevolezza*, cit., 856. Ed infatti non a caso la Corte si è sempre premurata nelle sue pronunce di accoglimento di indicare – o in dispositivo o in motivazione – il trattamento sanzionatorio subentrante alla censura così come ha fatto del resto anche nel più recente orientamento in punto di sindacato sul *quantum* della pena: sul punto cfr. S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena*, cit., 3-4 nota 8, la quale ricorda a questo proposito l’ormai lontano precedente della sent. n. 218 del 1974 che però, come si dirà meglio poco oltre sopra nel testo, ad avviso di chi scrive è da inquadrare in un’ipotesi diversa, ovvero in quella in cui la Corte dichiara incostituzionale non semplicemente la sanzione, bensì il precetto o comunque parte di esso.

²⁴² L’espressione è tratta da A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4205 nota 16, in riferimento, peraltro, ad un’altra sentenza che avrebbe successivamente alla sent. n. 26 del 1979 originato una multiforme varietà di risposte da parte dei giudici comuni, ovvero alla sent. – anch’essa già evidenziata nel corso di questo scritto – n. 409 del 1989.

²⁴³ Per maggiori ragguagli ed approfondimenti sul punto cfr., volendo, A. BONOMI, *La sentenza n. 284 del 2019 sul reato di oltraggio a pubblico ufficiale: novità in tema di controllo sulla ragionevolezza intrinseca sub specie di proporzione della sanzione penale?*, di prossima pubblicazione.

anni²⁴⁴: questo ovviamente comporterebbe se non altro l'inammissibile conseguenza di stabilire per un reato di gravità non così elevata da richiedere un massimo di ben ventiquattro anni di reclusione un massimo, appunto, così alto.

Alla stessa conclusione sarebbe lecito addivenire se fosse travolto il minimo edittale: anche in questo caso ne conseguirebbe che al giudice sarebbe lasciata la scelta di individuare la pena adeguata tra il minimo legale della reclusione fissato in quindici giorni dall'art. 23 cod. pen. e il massimo edittale che di volta in volta venisse in considerazione, con l'inaccettabile conseguenza che il minimo di quindici giorni potrebbe essere troppo basso in riferimento ad alcune tipologie di condotte sussumibili nel raggio di applicazione della fattispecie criminosa.

Non solo, ma l'impraticabilità di questa soluzione emerge *ictu oculi* sol che si osservi che il risultato dell'eliminazione del minimo edittale o del massimo edittale potrebbe comportare un eccessivo allargamento della forbice edittale: ciò rende la soluzione in esame improponibile per gli stessi motivi che in precedenza sono stati esposti in relazione alle pene macroscopicamente ampie.

Nell'ipotesi di facile verifica in cui, infatti, la dilatazione fra il minimo ed il massimo dovesse essere enorme – ad esempio fra quindici giorni e quindici anni²⁴⁵ – si profilerebbe la violazione del principio di legalità della pena nei termini che in precedenza nel corso di questo scritto sono già stati esposti.

Non resta allora che una soluzione che non è stata coltivata in dottrina se si esclude qualche timida ed isolata eccezione²⁴⁶, ma che, a parere di chi scrive, è da ritenere quella foriera dei minori inconvenienti: una volta che, sia pure con «oculata pacatezza»²⁴⁷, avesse appurato la sproporzione del *quantum*, la Corte dovrebbe adottare una decisione di illegittimità costituzionale “secca” in relazione all'intera fattispecie incriminatrice e questo sia in presenza di una soluzione costituzionalmente obbligata sia, e a maggior ragione, in assenza di una soluzione normativa costituzionalmente necessitata²⁴⁸.

Quello che al massimo si potrebbe richiedere alla Corte è di accompagnare – come suggerito da qualche commentatore²⁴⁹ – tale decisione con l'indicazione al legislatore dei criteri a cui attenersi nella determinazione della sanzione penale.

²⁴⁴ Stesso ragionamento andrebbe svolto ovviamente nell'ipotesi in cui la sanzione consistesse non nella reclusione, bensì nella multa: in questo caso si applicherebbe automaticamente l'art. 24 cod. pen. che al primo comma fissa in generale il massimo della multa in cinquantamila Euro e al secondo comma, per i delitti determinati da motivi di lucro, prevede che, se la legge stabilisce soltanto la pena della reclusione, il giudice può aggiungere la multa fino ad un massimo di venticinquemila Euro.

²⁴⁵ Questa assai dilatata forbice edittale si sarebbe venuta a determinare, ad esempio, qualora la Corte avesse scelto di travolgere il minimo edittale nel caso della sent. n. 236 del 2016: in tal senso cfr. anche P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità*, cit., 192 nota 44.

²⁴⁶ Ha ventilato questa soluzione pur comunque in forma alquanto dubitativa A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente*, cit., 3710-3711 nota 113, il quale osservava che «si dovrebbe forse concludere nel senso che le pronunce d'incostituzionalità della Corte in materia penale possono essere soltanto di tipo caducatorio, dovendo necessariamente seguire ad esse un intervento legislativo, ed essendo preclusa ogni integrazione normativa per via ermeneutica ad opera dell'autorità giudiziaria».

²⁴⁷ S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena*, cit., 136.

²⁴⁸ Del resto, la tesi secondo la quale, una volta accertata l'incostituzionalità della disposizione impugnata, l'assenza di un'unica soluzione normativa costituzionalmente necessitata è certamente preclusiva di un intervento additivo ma non anche di una pronuncia di accoglimento semplice è stata da tempo – in riferimento peraltro non al circoscritto e specifico “campo” penale, bensì a tutti gli “ambiti materiali” – sostenuta da autorevole dottrina: cfr. L. CARLASSARE, *Un inquietante esempio di «inammissibilità» a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1322-1324, la quale in buona sostanza evidenziava che a ritenere diversamente al fine di non normare in luogo del legislatore la Corte sarebbe addivenuta ad abdicare al proprio ruolo di “giudice” chiamato istituzionalmente a rimuovere le incostituzionalità presenti nell'ordinamento.

²⁴⁹ In tal senso cfr. M. LUCIANI, *Una legislazione penale più coerente*, in *Giur. cost.*, 1996, 372, il quale, a dire il vero, dopo aver osservato che «l'astratta definizione della sanzione “giusta”, a prescindere dal contesto in cui il legislatore ha

Questa soluzione dal punto di vista teorico sembra sostenibile per un duplice ordine di ragioni: innanzitutto nessuno ritiene né ha mai ritenuto che gli ostacoli, a cui in precedenza s'è già fatto riferimento, che si frappongono all'adozione di decisioni manipolative in materia penale possano valere anche in ordine alle decisioni di incostituzionalità "secca" delle fattispecie incriminatrici; in secondo luogo travolgere l'intera fattispecie incriminatrice dopo aver valutato la sproporzione del *quantum* sanzionatorio dopotutto non significa altro se non che «voler giustiziare sino in fondo il principio di proporzionalità della pena»²⁵⁰.

Ed è proprio sulla base di quanto appena osservato che non sembra automaticamente ineludibile la conclusione secondo la quale anche laddove la sanzione prevista dalla norma incriminatrice si palesasse «abnorme (in sé considerata o anche alla luce della sproporzione rispetto alla più mite pena prevista per una condotta evidentemente più offensiva) al Giudice costituzionale sarebbe precluso il ricorso ad una declaratoria di illegittimità costituzionale che non determini una emenda "in riferimento a grandezze già rinvenibili nell'ordinamento"» perché il sindacato sulla misura della sanzione penale «non può in ogni caso, indipendentemente da come condotto, fare a meno di un valido termine di raffronto, trattandosi di operazione rilevante per accertare l'illegittimità della norma, ma soprattutto indispensabile per dichiararla. Un sindacato di ragionevolezza intrinseca "incompiuto", insomma...»²⁵¹.

Del resto, è certamente vero che la Consulta ha ritenuto di poter incidere, sempre nel rispetto dei limiti dei poteri che le sono propri, sulla misura della pena "solo rintracciando all'interno dell'ordinamento vigente una adeguata disposizione sanzionatoria sostitutiva di quella dichiarata costituzionalmente illegittima... in modo da non lasciare vuoti legislativi"²⁵².

Tuttavia è anche ed altrettanto vero che è stata proprio la stessa Corte costituzionale paradossalmente a percorrere la "strada" che si è poco fa suggerita: ci riferisce in primo luogo alla già citata sentenza n. 299 del 1992 in cui il Giudice delle leggi, dopo aver rilevato l'eccessiva dilatazione della forbice edittale, in sede di dispositivo non ha semplicemente travolto quest'ultima, bensì ha dichiarato incostituzionale l'intera fattispecie incriminatrice; si allude in secondo luogo alla meno recente sentenza n. 218 del 1974 in cui la Corte, dopo aver verificato che due fattispecie diverse e contemplate in un'unica ed indifferenziata disposizione erano punite con la medesima sanzione e aver così assodato «un'insufficiente ponderazione della materia da parte del legislatore»²⁵³, non ha annullato la sola sanzione, ma ha travolto la fattispecie o, meglio ancora,

collocato la sua scelta, non sembra possibile» prefigura due soluzioni di cui l'una in alternativa all'altra, ovvero la declaratoria di incostituzionalità "secca" eventualmente accompagnata, appunto, dall'indicazione al legislatore dei criteri di determinazione della sanzione oppure – ma per quanto già detto nel corso di questo scritto questa seconda soluzione non sembra condivisibile – l'additiva di principio.

²⁵⁰ Così F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit., 66, il quale tuttavia ritiene che questa strada sia anch'essa «comunque gravid[a] di incognite».

²⁵¹ Entrambe le citazioni sono tratte da S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena*, cit., 29-30, la quale pure molto correttamente ritiene che in tema di controllo delle sanzioni penali questa sia «la vera nota dolente».

²⁵² Così la sent. n. 179 del 2017 con la quale fra l'altro la Corte fa una carrellata di tutti i suoi vari interventi in materia penale specificandone limiti e condizioni.

²⁵³ Così A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza*, cit., 2162, il quale ritiene che probabilmente nel caso di specie alla Corte è sorto «il dubbio che sia avvenuta, nella fretta del legiferare, una confusione fra fattispecie distinte»: l'A. conclude con osservazioni più generali mettendo in evidenza che «il sindacato condotto alla stregua del principio di eguaglianza presenta, almeno sovente, carattere sintomatologico, attiene bensì alla razionalità obbiettiva delle scelte ma anche alla subiettiva ponderazione di esse; prende l'avvio dalla constatazione di analogie e diversità, ma poi sbocca, almeno quasi sempre, nel valutare l'avvenuta ponderazione di esse da parte del legislatore» (2163).

quella parte di essa che “si riferisce al soggetto che, pur avendo l’assicurazione, è sorpreso a cacciare privo dei soli documenti dimostrativi”²⁵⁴.

L’unico ostacolo contro il quale potrebbe infrangersi questa soluzione è che in virtù di essa una lacuna di criminalizzazione verrebbe a prodursi nell’ordinamento non sulla base di una scelta politico-legislativa né di un annullamento in sede di giudizio di costituzionalità dovuto alla riscontrata violazione da parte del precetto di un determinato principio costituzionale, bensì soltanto sulla base degli effetti indiretti che la dichiarazione di incostituzionalità del *quantum* provoca “a cascata” su tutta la fattispecie di reato²⁵⁵: insomma, solo la sanzione penale è, in quanto sproporzionata, viziata, ma il vizio che la inficia è evidentemente così grave da propagarsi anche al precetto.

In riferimento a queste ultime osservazioni è necessario ricordare che comunque il vincolo del giudicato non opererebbe nei confronti del legislatore in riferimento al precetto, ma esplicherebbe riflessi solo in ordine al *quantum*: per ritenere, infatti, concretizzata la violazione di tale vincolo è necessario non solo che il legislatore reintroduca una disposizione legislativa tale che da essa possa essere ricavata una norma identica²⁵⁶ a quella precedentemente dichiarata incostituzionale, ma anche che tale “nuova” norma si trovi, nel momento di un eventuale secondo giudizio di costituzionalità, nello stesso preciso rapporto con le norme costituzionali parametro in cui si era trovata quella “vecchia” nel corso del primo giudizio.

E questo ovviamente non accadrebbe nel caso di specie in cui il legislatore ben potrebbe riapprovare una fattispecie incriminatrice identica alla precedente dal lato del precetto dovendo solo diversamente delineare il *quantum* sanzionatorio.

Non solo, ma da un punto di vista pratico il rischio che a seguito della decisione di annullamento dell’intera fattispecie incriminatrice si determini una lacuna di criminalizzazione è piuttosto ridotto: infatti nella maggioranza dei casi sarebbe difficilmente ipotizzabile la concreta impunità di chi commettesse il fatto previsto dalla norma dichiarata incostituzionale perché quel fatto verosimilmente resterebbe punibile ad altro titolo delittuoso²⁵⁷.

Qualora poi quel fatto non potesse risultare punibile ad altro titolo delittuoso, la sua depenalizzazione risulterebbe problematica nell’ipotesi in cui la previsione punitiva del medesimo fatto avesse trovato il suo fondamento giustificativo nell’esigenza di tutelare un particolare interesse assolutamente meritevole di protezione: è evidente che in questo caso sarebbe necessario o comunque auspicabile il successivo intervento del legislatore a colmare il vuoto causato dalla sentenza caducatoria della Corte, anche se non si può non constatare che si tratta di un intervento che è incerto nell’*an* e che molto spesso, come l’esperienza pratica dimostra, è comunque tardivo quando addirittura non è proprio omesso.

²⁵⁴ La Corte infatti nella fattispecie dichiara l’incostituzionalità di una norma la quale parifica, nella pena, ipotesi profondamente estranee l’una rispetto all’altra, ovvero la mancanza di assicurazione sulla caccia e la temporanea impossibilità di fornire la prova relativa, e dunque in buona sostanza ritiene la pena prevista dalla norma in questione adeguata alla sola infrazione più grave: in tal senso cfr. anche A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza*, cit., 2160 e 2164.

²⁵⁵ È infatti principio chiaro in sede di giurisprudenza costituzionale quello per il quale “è rimesso alla scelta discrezionale del legislatore, purché non manifestamente irragionevole, valutare quando e in quali limiti debba trovare impiego lo strumento della sanzione penale, che per sua natura costituisce *extrema ratio*, da riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali”: così la sent. n. 273 del 2010 che sul punto riprende pedissequamente l’antecedente sent. n. 317 del 1996.

²⁵⁶ Sul dilemma consistente nell’appurare se debba trattarsi di norma *in toto* identica o anche soltanto analoga cfr., volendo, A. BONOMI, *Ai fini della violazione del giudicato costituzionale è necessario che la legge dichiarata incostituzionale e quella riproduttiva siano perfettamente identiche?*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 13 ottobre 2013, 1 ss.

²⁵⁷ In tal senso si esprime anche F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia*, cit., 66; sul punto cfr. pure le osservazioni svolte in passato da A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, cit., 207 nota 42.

Quest'ultima constatazione certamente coglie nel vero, ma è anche vero che dopotutto «la Corte non può arrestarsi per l'impossibilità di risolvere in via interinale un problema che è conseguente, ma non attinente al suo sindacato: essa già trova nella "discrezionalità legislativa" un limite rigoroso alla decisione delle questioni di costituzionalità *ex art. 3 Cost.*, e non può vedersene imposto un altro sol perché dal suo intervento nascerebbero temporanee storture»²⁵⁸: è la stessa Corte d'altra parte ad affermare che, se "qualunque decisione di accoglimento produce effetti sistemici... questa Corte non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale... nell'ambito del sistema"²⁵⁹.

In conclusione, ammettendo come vero che «sul versante delle pene... il sistema penale mostra il suo volto oscuro, meno razionale e meno razionalizzabile»²⁶⁰, allora la soluzione qui proposta potrebbe essere un tentativo di rendere il "volto" di quel sistema meno oscuro, più razionale e più razionalizzabile.

²⁵⁸ Così C. PIACENTINI, *Reati di insubordinazione militare: diversità delle fattispecie e congruità delle pene*, cit., 383; di recente R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni a margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 4, 759, ha osservato che «anche la Corte – si potrebbe dire – fa quello che il legislatore le lascia fare, o la costringe a fare» concludendo così che «la causa prima dei supposti "sconfinamenti" della Corte andrebbe cercata nell'abulia del legislatore che, non solo ha consentito alla Corte di allargarsi, ma l'ha costretta a farlo...».

²⁵⁹ Così la sent. n. 149 del 2018 che riprende letteralmente un'affermazione già contenuta nella antecedente sent. n. 317 del 2009.

²⁶⁰ D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 22-24.

ANNA LORENZETTI
La giurisprudenza costituzionale sulla maternità reclusa.
Il punto sullo stato dell'arte

SOMMARIO: 1. La complessità della condizione delle madri detenute. – 2. Le evoluzioni della giurisprudenza costituzionale, fra interesse del minore, esigenze di difesa sociale e statuto costituzionale della pena. – 3. Imprigionare la maternità: le operazioni di bilanciamento fra evoluzioni normative, prospettive di (necessaria?) riforma.

1. La complessità della condizione delle madri detenute

Il presente contributo intende ripercorrere la giurisprudenza costituzionale sulla condizione delle madri detenute, vicenda particolarmente complessa per la difficoltà di conciliare l'espletamento della funzione materna con le modalità di espiazione della pena nell'odierno contesto italiano¹.

Per quanto possa apparire contenuta nei numeri, riguardando poche decine di persone², si tratta di una vicenda che invoca una peculiare attenzione costituzionale sulla base del rilievo per cui la pena di una madre genera effetti esiziali sulla prole "rubando l'infanzia" nei termini di continuità, affettività e serenità del rapporto genitoriale³. Spesso infatti la madre reclusa è l'unica responsabile della cura del minore che, a seguito della detenzione, si trova a dover "scontare" una pena senza aver commesso alcun reato, con un profondo condizionamento sia sul piano affettivo, sia materiale⁴. L'espiazione di una pena da parte del minore può risultare, in primo luogo, dalla sua "carcerizzazione" quando la condanna della madre giunga nei primi sei anni di vita del bambino, periodo in cui l'ordinamento ne consente la permanenza presso l'istituto penitenziario, all'interno delle cd. "sezioni nido"⁵, dunque in un contesto povero di stimoli, in cui diviene un "detenuto collaterale"⁶. Vi è però la non meno gravosa alternativa dell'allontanamento del minore dalla madre condannata, che genera una frattura, spesso brusca e inattesa, del legame affettivo⁷, questione ben presente anche nelle agende politiche sovranazionali che hanno messo a tema la specificità della

¹ Per un inquadramento delle questioni giuridiche, v. D.M. SCHIRÒ, *Detenute madri*, in *Digesto pen.*, Agg., vol. IX, Utet, Torino, 2016, 242 ss.; F. FIORENTIN, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. mer.*, 11, 11, 2626; se si vuole, il mio *Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro*, in *Questione giustizia* (<http://www.questionegiustizia.it/>), 2, 2019.

² Al 29 febbraio 2020, le detenute madri con figli al seguito presenti negli istituti penitenziari italiani erano 54 e 59 i minori. Sono 26 le detenute con cittadinanza italiana, con 30 minori al seguito e 28 cittadine straniere, con 29 minori al seguito. Ricorda G. FABINI, *Donne e carcere: quale genere di detenzione?*, (Antigone, XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione – Torna il carcere), che nell'imminenza del varo della l. 40/2001, si ebbe il maggior numero di bambini reclusi (83) in ragione dei ristretti requisiti per le misure alternative.

³ L'espressione è di M.P. GIUFFRIDA, *Studio sulle donne ristrette negli istituti penitenziari*, DAP, Gruppo di lavoro ICAM, Roma, 3 aprile 2009.

⁴ L. RAVAGNANI, C.A. ROMANO, *Women in Prison. Indagine sulla detenzione femminile in Italia*, Pensa, Lecce, 2013, 184.

⁵ Attualmente, sono 19 le sezioni "nido" presenti nell'Istituto femminile di Roma-Rebibbia e nelle 18 sezioni femminili degli istituti di Agrigento, Avellino, Bologna, Cagliari, Castrovillari, Firenze "Sollicciano", Foggia, Forlì, Genova, Messina, Milano Bollate, Perugia, Pesaro, "Giuseppe Panzera" di Reggio Calabria, Sassari, Teramo, Torino e Trento. Si ricordi pure la presenza di bambini sotto i tre anni negli Istituti penali per minorenni (lpm) che vengono poi rapidamente assegnati a Case famiglia protette. V. Relazione al Parlamento del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà (d'ora in avanti, Relazione Garante), presentata il 27 marzo 2019, 66-67. Quando la madre sia ammessa a una misura alternativa, la pena può essere espiata presso gli altri luoghi previsti per legge (su cui, v. *infra*).

⁶ O. ROBERTSON, *Collateral Convicts: Children of incarcerated parents. Recommendations and good practice from the UN Committee on the Rights of the Child Day of General Discussion 2011*, Quaker United Nations Office, Human Rights & Refugees Publications, March 2012.

⁷ V. J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, in AA.VV., *Donne ristrette*, cit., 120 ss.

vicenda⁸.

Proprio in ragione della peculiarità della condizione, la “maternità reclusa” ha riscosso un significativo interesse da parte del legislatore, con l’introduzione di una serie di normative che, negli anni, hanno progressivamente esteso le tutele del rapporto con la prole e, attraverso di questo, per la maternità vissuta durante la detenzione⁹.

Attualmente, per la madre detenuta, l’ordinamento prevede la possibilità di accedere a una serie di istituti diversamente articolati in ragione dell’età e della disabilità del minore, della gravità dei reati commessi, in specie con alcune preclusioni in caso di reati cd. “ostativi”¹⁰, ma anche della sussistenza del pericolo di fuga o di commissione di altri delitti¹¹. Per quanto riguarda l’età, le tutele sono regolate attraverso la previsione di benefici penitenziari in caso di prole fino ai tre¹², sei¹³ e dieci anni di vita¹⁴, non prevedendosi più alcun beneficio particolare se la carcerazione avvenga

⁸ V. le Risoluzioni del Parlamento europeo del 26.5.1989, sulla situazione di donne e bambini in carcere; del 13.3.2008, sulla particolare situazione delle donne detenute e l’impatto dell’incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare; del 15.12.2011, sulle condizioni detentive nell’UE; del 27.11.2014, sul 25° anniversario della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia; del 5.10.2017, sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione. V. anche le Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, tra cui le Raccomandazioni R(87)3 e R(2006)2, sulle regole penitenziarie europee; la Raccomandazione R(2000)1469, sulle madri ed i neonati in carcere; la Raccomandazione R(2018)5, concernente i bambini figli di detenuti.

⁹ Si ricordino l. 10.6.1986, n. 663, «Modifiche alla legge sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà»; d.l. 13.5.1991, n. 152, conv. mod. l. 12.7.1991, n. 203; d.l. 14.6.1993, n. 187, conv. mod. l. 12.8.1993, n. 296; l. 27.5.1998, n. 165, cd. “Legge Simeone” (che ha aumentato prima a cinque poi a dieci anni l’età soglia del figlio in presenza della quale la madre può essere ammessa alla detenzione domiciliare); d.l. 24.11.2000, n. 341, conv. mod. 19.1.2001, n. 4; l. 8.3.2001, n. 40, «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori», cd. “Legge Finocchiaro” (allora ministra per le pari opportunità) o “legge otto marzo” (poiché approvata in questa data), su cui v. P. CANEVELLI, *Misure alternative al carcere a tutela delle detenute madri. Il commento*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 807; L. CESARIS, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (l. 8.3.2001 n. 40)*, in *Legisl. pen.*, 2002, 547; l. 5.12.2005, n. 251; l. 21.4.2011, n. 62, «Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori»; d.l. 1.7.2013, n. 78, conv. mod. l. 9.8.2013, n. 94; d.l. 23.12.2013, n. 146, conv. mod. 21.2.2014, n. 10. V. G. MANTOVANI, *La de-carcerizzazione delle madri nell’interesse dei figli minorenni: quali prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 1/2018; Id., *La marginalizzazione del carcere in funzione di tutela della relazione madre-figlio*, in AA.VV., *Donne ristrette*, a cura di G. Mantovani, L’edizioni, Milano, 2018, 196 ss.

¹⁰ Si tratta dei reati ex art. 4-bis o.p.

¹¹ In tale caso, vi è la possibilità di ricorrere a benefici penitenziari, ad esempio, alla detenzione domiciliare ordinaria, quando sia possibile disporre il rinvio obbligatorio o facoltativo dell’esecuzione della pena a prescindere dall’entità della pena da espiare (art. 47-ter, comma 1, o.p.), alla detenzione domiciliare speciale (Art. 47-quinquies, comma 1-bis, o.p.), dunque anche per le madri condannate a pene detentive superiori a quattro anni, o che devono ancora scontare più di quattro anni di pena, purché abbiano già scontato almeno un terzo della pena, ovvero almeno quindici anni in caso di condanna all’ergastolo, diversamente dovendosi scontare la pena presso un istituto penitenziario.

¹² In questa fascia di età, la madre può tenere con sé la prole (art. 11, comma 9, o.p.), anche se reclusa per una misura cautelare (art. 285 c.p.p.).

¹³ Fino ai sei anni della prole, l’ordinamento prevede che la prima parte di pena (un terzo o quindici anni in caso di ergastolo) possa essere espiata dalla madre convivente presso un I.C.A.M.; salvo esigenze eccezionali, la custodia cautelare in carcere non è ammessa (art. 275, comma 4, c.p.p.) e spetta al giudice la valutazione sulla possibilità di una misura cautelare presso gli ICAM, quando esigenze eccezionali impediscano il ricorso a misure ancor meno invasive (art. 285-bis, c.p.p.).

¹⁴ Fino all’età di dieci anni del bambino con lei convivente, alla madre è riconosciuta l’assistenza extramuraria e la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare (art. 21-bis o.p.), che può essere attuata oltre che nell’abitazione anche in altro luogo di privata dimora oppure in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, come in case famiglia protette (art. 47-ter o.p.). Se non vi sono le condizioni per accedere alla detenzione domiciliare ordinaria e nei medesimi luoghi ritenuti per questa idonei, è pure possibile accedere alla detenzione domiciliare speciale, quando non vi sia pericolo di recidiva o di fuga. Tale misura è prevista anche per le pene di lunga durata, potendo accedervi «dopo l’espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l’espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all’ergastolo» (art. 47-quinquies o.p.), se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli.

quando il bambino ha già compiuto i dieci anni¹⁵.

Vi è poi una diversa modulazione anche in base al motivo della privazione della libertà personale, se in applicazione di una misura cautelare o di una condanna, o ancora rispetto alla lunghezza della pena già scontata o residua.

Sono così previste misure alternative, come la detenzione domiciliare (ordinaria o speciale)¹⁶, ma pure la possibilità di una assistenza extramuraria alla prole¹⁷, della temporanea libertà della madre¹⁸ e dell'espiazione presso i cd. "istituti a custodia attenuata per detenute madri" (in sigla, I.C.A.M.) – pensati per offrire un ambiente familiare anche attraverso sistemi di sicurezza non percepibili come tali dai bambini – o nelle case-famiglia protette, la cui attuazione è ancora oggi molto condizionata dalla discontinuità dei finanziamenti e dalla scarsa presenza sul territorio¹⁹.

In via di approssimazione, può riconoscersi come l'ordinamento tenda a evitare l'ingresso in carcere di una madre, con l'espiazione della pena in luoghi ritenuti idonei (la propria abitazione o se non disponibile altri luoghi di privata dimora, luoghi pubblici di cura, assistenza o accoglienza, come le case-famiglia protette), quando non vi sia un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga e salvo casi eccezionali.

Il complesso quadro delineato sul piano normativo consente di valorizzare l'obiettivo dei diversi istituti che è di tutelare, in primo luogo, la prole e il fascio di diritti e libertà che attorno a essa gravitano, nonché le funzioni di cura che essa richiede. Come diretto precipitato, a risulterne tutelata sarà anche la condizione materna (e in parte genitoriale²⁰) e dunque i diritti e le libertà della madre detenuta, dando forma a un bilanciamento complesso rispetto ai contro-interessi della difesa sociale, della pretesa punitiva da parte dello Stato, del rispetto delle regole che alla pretesa di espiazione della pena sono sottese.

2. Le evoluzioni della giurisprudenza costituzionale fra interesse del minore, esigenze di difesa sociale e statuto costituzionale della pena

Il tema della "maternità reclusa" è stato attraversato – in specie nell'ultimo decennio – da una copiosa giurisprudenza costituzionale che, in via di prima approssimazione e con le specifiche che saranno ricordate, può individuarsi come decisamente rivolta a riconoscere una tutela primaria alla instaurazione o al mantenimento di un rapporto quanto più possibile "normale" tra madri detenute e figli in tenera età ma soprattutto al fascio dei diritti e delle libertà del minore, soggetto particolarmente meritevole di protezione e incolpevolmente coinvolto dalla vicenda detentiva della

¹⁵ V. art. 47-*quinquies*, comma 8, lett. b), o.p., ex art. 21-*bis* o.p. Residua la sola possibilità della proroga della detenzione domiciliare speciale già concessa, qualora ricorrano i requisiti per l'applicazione della semilibertà (art. 47-*quinquies*, comma 8, lett. a), o.p.).

¹⁶ Artt. 47-*ter* e 47-*quinquies* o.p. I due istituti – che condividono la medesima finalità di garantire la continuità della cura del minore, evitando l'ingresso in carcere dei minori in tenera età – hanno presupposti diversi, poiché la detenzione domiciliare "ordinaria" può essere disposta quando la pena da espiare non sia superiore a quattro anni, mentre quella speciale riguarda persone che devono scontare una pena maggiore e richiede che non vi sia un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti; entrambe le misure sono primariamente indirizzate a consentire la cura dei figli minori. V. Corte cost. sentt. 76/2017; 239/2014; 177/2009.

¹⁷ Art. 21-*bis* o.p.

¹⁸ V. il rinvio della pena, obbligatorio nei riguardi di una donna in stato di gravidanza o che abbia partorito da meno di sei mesi (art. 146 c.p.) e facoltativo nel caso di una madre di prole di età inferiore ai tre anni (artt. 147, 211-*bis* c.p.).

¹⁹ Sull'esperienza delle case famiglia, v. A. TOLLIS, *Le case famiglia protette e il "caso milanese"*, in AA.VV., *Donne ristrette*, cit., 330 ss.

²⁰ Come si vedrà, in presenza di specifiche condizioni, vi è stata una estensione anche ai padri delle tutele previste per le madri detenute.

genitrice²¹.

Particolare rilevanza è stata riconosciuta all'interesse del figlio minore nel mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione, posto che si tratta di un interesse complesso, articolato in diverse situazioni giuridiche²², che hanno trovato tutela anche nell'ordinamento internazionale²³.

Fondando le proprie decisioni sul prioritario interesse del minore a mantenere un rapporto con la madre, la Corte è stata chiamata a intervenire su una pluralità di ambiti, temi e istituti.

In tema di detenzione domiciliare speciale, prevista a favore delle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni, ha dichiarato l'incostituzionalità della previsione che non consentiva l'esclusione dal divieto previsto nei casi di reati ostativi²⁴, in presenza degli ulteriori requisiti di legge, ossia l'assenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti²⁵.

Rispetto alle persone condannate per reati ostativi, la Corte ha precisato la necessità di verificare il bilanciamento fra l'interesse del minore a beneficiare in modo continuativo dell'affetto e delle

²¹ Corte Cost. 239/2014, su cui V. A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in Arch. pen., n. 3/2014; M.T. TRAPASSO, *Osservazioni a prima lettura*, in Arch. Pen.; L. PACE, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in Giur. cost., 5/2014, 3948 ss.; F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in Giur. cost., 5/2014, 3940 ss.; G. TABASCO, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in Arch. pen., 3, 2015; U. ZINGALES, *Benefici penitenziari alle madri di bambini con età inferiore a 10 anni. Commento alla sentenza n. 239 del 22 ottobre 2014 della Corte Costituzionale*, in Minorigiust., 2/2015, 186 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it), 27.10.2014; F. CASSIBBA, *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un'incursione sul diritto vivente*, in Arch. pen.; Corte cost. sent. 177/2009, su cui v. C. FIORIO, *Detenzione domiciliare e allontanamento non autorizzato: una decisione nell'interesse del minore*, in Giur. cost., 3/2009, 1986 ss.; 350/2003; 76/2017, su cui v. G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it), 5/2017, 321 ss.; P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in Giur. cost., 2017, 733; A. MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit.*, in Dir. pen. proc., 2017, 1047; L. PACE, *Premminente interesse del minore e automatismi legislativi alla luce della sentenza costituzionale n. 76 del 2017*, in Studium Iuris, 2017, 1453; D. MONE, *Bambini e madri in carcere. Il rapporto detenute madri e figli fra esigenze di sicurezza sociale, dignità umana e diritti del bambino*, in Diritto pubblico europeo, Rassegna online (<http://www.serena.unina.it/index.php/dperonline>), 2, 2017; M. TIBERIO, *La detenzione domiciliare speciale nella lettura della Corte costituzionale*, in Arch. Nuova proc. Pen., 6, 2017, 593 ss.; S. TOGNAZZI, *La detenzione domiciliare della madre: bilanciamento tra tutela della collettività e tutela del minore*, in Diritto penale e processo, 8, 2018, 1034 ss.; E. FARINELLI, *Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello "speciale interesse del minore"*, in Processo penale e giustizia (<http://www.processopenaleegustizia.it/>), 5/2017, 872. V. D.M. SCHIRÒ, *L'interesse del minore*, cit., 119, che analizza la giurisprudenza costituzionale nella prospettiva del minore coinvolto.

²² V. Corte cost. sent. 17/2017, su cui E. APRILE, in Cass. pen., 2017, 1465; v. E. ANDOLFATTO, *Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 275, comma IV, c.p.p.*, Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it), 3, 2017, 286-288; A. GASPARRE, *Presunzione di adeguatezza della custodia cautelare e tutela del minore*, in Cass. pen., 2017, 3174; M. CAREDDA, *Il limite d'età del figlio per il divieto di custodia cautelare in carcere del genitore: automatismo ragionevole?*, in Giur. cost., 2017, 98. V. Corte cost. sentt. 239/2014; 7/2013, su cui v. V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it); Corte cost. sent. 31/2012.

²³ Corte cost. sentt. 31/2012; 7/2013. V. art. 3, comma 1, Convenzione sui diritti del fanciullo; art. 24, comma 2, CFUE.

²⁴ Art. 4-bis, comma 1, o.p.

²⁵ Corte cost. sent. 239/2014.

cure materne e le contrapposte esigenze, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena. Infatti, affinché l'interesse del minore non resti irragionevolmente recessivo rispetto alle esigenze di protezione della società dal crimine, «occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata [...] in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi [...] che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni»²⁶.

Per quanto non sia «in principio vietato alla legge differenziare il trattamento penitenziario delle madri condannate, a seconda della gravità del delitto commesso», la Corte ha tuttavia riconosciuto che l'assoluta preclusione per i reati ostativi è certamente lesiva dell'interesse del minore, in nome della tutela costituzionale della maternità (art. 31, co. 2, Cost.). Occorre infatti strutturare il bilanciamento fra la pretesa punitiva statale e le esigenze, che pur dovrebbero essere preminenti, di tutela della maternità e del minore, la cui esclusione finirebbe per vanificare la *ratio* ispiratrice della detenzione domiciliare speciale, volta primariamente a ripristinare la convivenza tra madri e figli²⁷.

Sempre in nome del preminente interesse del minore, le medesime tutele previste, attraverso l'accesso alla detenzione domiciliare ordinaria²⁸ e speciale²⁹ della madre, per i figli fino a una certa età, sono state estese, a prescindere dall'età, anche in caso di figlio totalmente disabile con essa convivente.

Ancora richiamando il primario obiettivo di preservare il rapporto madre-figlio, la Corte ha dichiarato la manifesta irragionevolezza della norma che punisce l'allontanamento dal domicilio di una madre sottoposta a detenzione domiciliare ordinaria, trattandosi di una disposizione che impone un trattamento deteriore a carico di colei che abbia da scontare una pena pari o inferiore a quattro anni, rispetto a quello previsto per la madre che, in uguali condizioni, debba ancora espiare una pena di durata maggiore³⁰. Proprio sulla scia di tale pronuncia e richiamando in gran parte le argomentazioni, la stessa questione è stata posta rispetto all'istituto della detenzione domiciliare speciale e rispetto alla posizione del padre ammesso alla misura alternativa in ragione dell'impossibilità della madre, consentendo alla Corte di dichiarare l'incostituzionalità del reato di allontanamento soltanto se superiore alle dodici ore, alla luce della identica finalità delle due misure alternative, ossia garantire la cura del minore evitando il suo ingresso nell'istituto penitenziario³¹.

²⁶ Corte cost. sentt. 239/2014; 76/2017.

²⁷ Corte cost. sent. 76/2017.

²⁸ Corte cost. sent. 350/2003, L. FILIPPI, *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare*, in *Giur. cost.*, 2003, 3643, e G. REPETTO, *La detenzione domiciliare può essere concessa anche alla madre di figlio disabile, ovvero l'irriducibile concretezza del giudizio incidentale*, in *Giur. cost.*, 2004, 754.

²⁹ Corte cost. sent. 18/2020, su cui v. il mio *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta nel suo rapporto con la prole. Note a margine della sentenza 18 del 2020*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), in corso di pubblicazione.

³⁰ Corte cost. sent. 177/2009.

³¹ Corte cost. sent. 211/2018, avente a oggetto l'art. 47-ter, comma 1, lett. b), e 8, o.p. Rilevando un contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevolezza della distinzione, la pronuncia ha equiparato le discipline della detenzione domiciliare speciale e di quella ordinaria, rifiutando l'automatismo della rilevanza penale dell'allontanamento superiore alle 12 ore dal proprio domicilio per il padre detenuto. Soltanto la prima infatti consentiva di considerare l'allontanamento ingiustificato dal domicilio della madre ammessa alla detenzione domiciliare speciale per prendersi cura dei figli (art. 47-quinquies, comma 7) come reato di evasione (*ex art.* 385 c.p.) nel solo caso in cui si fosse protratto per più di dodici ore (art. 47-sexies, comma 2, o.p.), prevedendo invece la possibilità di revoca della misura per le assenze di durata inferiore (art. 47-sexies, comma 1, o.p.). Era dunque lasciato al giudice il compito di esaminare la vicenda concreta, rifiutando ogni automatismo e riconoscendo "il giusto peso" all'interesse del minore. Per la detenzione domiciliare ordinaria, invece, la previsione del reato vi era a prescindere dalla durata dell'allontanamento ingiustificato, configurando un paradosso poiché alle madri che avevano pene inferiori da scontare veniva riservata una maggiore durezza sanzionatoria. È stata così dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 47-ter, comma 1, lett. a), o.p., nella parte in cui non prevede l'applicazione del trattamento più flessibile anche agli allontanamenti in

In nome della tutela della relazione genitoriale e della maternità, il giudice delle leggi è poi intervenuto dichiarando l'illegittimità della disposizione che esclude il detenuto condannato per reati ostativi che non abbia ancora espiato almeno un terzo della pena dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni³².

Ancora valorizzando la tutela della prole attraverso il mantenimento della relazione materna, la giurisprudenza costituzionale è intervenuta scardinando il requisito della necessaria collaborazione con la giustizia quale causa di esclusione dai benefici di espiazione all'esterno. Ha infatti ritenuto che se anche la strategia di contrasto della criminalità organizzata vada certamente perseguita tramite l'introduzione di uno sbarramento alla fruizione di benefici penitenziari dipendenti dalla valutazione del progresso trattamentale del condannato, che la condotta collaborativa attesta, non appare costituzionalmente legittimo ammettere che la preclusione investa una misura finalizzata in modo preminente alla tutela dell'interesse di un soggetto distinto e, al tempo stesso, di particolarissimo rilievo, quale quello del minore in tenera età a fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo fisio-psichico. In tal modo, infatti, si farebbe infatti gravare la scelta della persona condannata di non collaborare alla lotta al crimine organizzato, su un soggetto terzo, estraneo tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna³³.

Con una pronuncia di manifesta infondatezza, la Consulta è anche intervenuta in tema di rinvio obbligatorio della pena detentiva nei confronti di donna incinta o madre di prole di età inferiore a un anno ritenendo, ancora una volta prevalente sull'interesse dello Stato all'esecuzione immediata della pena la protezione del rapporto madre-figlio in un ambiente idoneo. Il giudizio aveva a oggetto la disposizione che non consente al giudice di negare il differimento dell'esecuzione, qualora lo ritenga non adeguato alle finalità di prevenzione generale e la detenzione domiciliare non sia idonea a prevenire il rischio di recidiva³⁴. La Corte ha però ritenuto non irragionevole la disposizione censurata e ribadito come il rinvio del momento esecutivo non esclude la funzione di intimidazione e dissuasione della pena, poiché non si tratta di una rinuncia *sine die* della potestà punitiva statale. Nel bilanciamento fra diritti e interessi contrapposti, l'evocato rischio di una strumentalizzazione della maternità con lo scopo di ottenere il rinvio dell'esecuzione della pena è infatti già stato considerato dal legislatore attraverso la previsione tra le condizioni ostative alla concessione del differimento³⁵ della dichiarazione di decadenza della madre dalla potestà sul figlio e l'abbandono o l'affidamento del figlio ad altri³⁶.

caso di detenzione domiciliare ordinaria. Per un commento, v. D. SIBILIO, *Detenzione domiciliare 'ordinaria' del padre di prole di età inferiore a 10 anni ed evasione: la Corte costituzionale limita la rilevanza penale del fatto all'allontanamento superiore a 12 ore, come nell'ipotesi della detenzione domiciliare 'speciale'*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it).

³² Corte cost. sent. 174/2018, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 21-bis o.p., per contrasto con l'art. 31 (restando assorbiti i parametri artt. 3, 29, 30 Cost.); v. D.M. SCHIRÒ, *L'interesse del minore*, cit., 105-124; M. PICCHI, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziari*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 15.3.2019; M.C. SAPORITO, *Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento*, in *Processo Penale e Giustizia* (<http://www.processopenaleegiustizia.it/>), 1, 2019; G. MARRA, *La Corte costituzionale prosegue l'opera di smantellamento delle preclusioni "rigide" all'accesso ai benefici penitenziari*, in *ilPenalista* (<http://ilpenalista.it/>), 22 ottobre 2018; A. LO CALZO, *Il diritto all'assistenza e alla cura nella prospettiva costituzionale tra eguaglianza e diversità*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 3, 2018, 211 ss. Sul tema, v. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4, 2017, 18.

³³ Corte cost. sent. 239/2014, ripresa da sent. 76/2017.

³⁴ Art. 146, comma 1, nn. 1) e 2), c.p.

³⁵ Corte cost. sent. 145/2009; ord. 260/2009, P. COMUCCI, *Il rinvio obbligatorio dell'esecuzione nei confronti di condannata-madre al vaglio della Corte costituzionale*, in *Corr. mer.*, n. 1/2009, 59 ss.

³⁶ Art. 146, comma 2, c.p.

Ancora, la Corte è intervenuta circa la sanzione accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale inizialmente prevista come automatica, senza possibilità alcuna per il giudice di valutare il caso concreto³⁷. Se in un primo momento aveva avallato l'automatismo sanzionatorio ricordando come proprio per i casi di rilevata incapacità genitoriale la legge aveva previsto la possibilità di assegnare la cura del minore a terze persone³⁸, successivamente è intervenuta dichiarando l'incostituzionalità dell'automatismo, in nome della centralità del minore e dei suoi interessi³⁹ che devono essere valutati nella vicenda concreta, anche in ragione della tipologia di reati. Si pensi alla peculiarità rappresentata da vicende che riguardano la criminalità organizzata, laddove talvolta sono proprio le madri a fare da «anello di congiunzione tra i minori e la criminalità organizzata»⁴⁰. Tuttavia, pur dovendosi necessariamente considerare in modo diverso le condotte criminose compiute dalla genitrice, è comunque da ritenere che neppure nel caso di crimini efferati possa presumersi – in modo assoluto e insuperabile – l'inidoneità genitoriale, piuttosto dovendosi attivare gli organismi di riferimento per la tutela del minore⁴¹.

Se nella giurisprudenza costituzionale può riconoscersi una evoluzione, deve però porsi in evidenza come le tutele della relazione materna e, di rimando, della maternità reclusa abbiano comunque incontrato alcuni limiti, alla ricerca di una incessante e faticosa verifica circa la compatibilità costituzionale delle disposizioni in materia di accesso ai benefici penitenziari. Pure a fronte dell'«elevato» rango dell'interesse del minore a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, non può infatti non ritenersi come debba profilarsi un bilanciamento con gli

³⁷ Art. 569 c.p., allora potestà genitoriale.

³⁸ Corte cost. sent. 723/1988.

³⁹ Corte cost. sent. 31/2012, su cui v. J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., 114 ss.; L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1585; S. LARIZZA, *Alterazione di stato: illegittima l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. e processo*, 2012, 597; G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà di genitore per il delitto di alterazione di stato*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 27 febbraio 2012; M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, 377; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 4909).

V. anche Corte cost. sent. 7/2013, ancora in occasione del vaglio di legittimità dell'art. 569 c.p., nella parte in cui prevedeva che conseguisse la perdita di diritto della responsabilità genitoriale alla condanna pronunciata nei confronti del genitore ritenuto responsabile del delitto di soppressione di stato, art. 566, comma 2, c.p.; su cui v. S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 554; M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p. sempre in nome del dio minore*, in *Giur. cost.*, 2013, 176; V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 2, 2013, 199.

⁴⁰ Così, «Risoluzione in materia di tutela dei minori nel quadro della lotta alla criminalità organizzata», approvata dal Consiglio Superiore della Magistratura con delibera del 31 ottobre 2017.

⁴¹ G. MANTOVANI, *La de-carcerizzazione delle madri*, cit., 239. Proprio in riferimento alla criminalità organizzata, la Risoluzione CSM del 2017 ricordava l'importanza di una «eventuale previsione di un obbligo per il giudice ordinario di comunicare al Tribunale per i minorenni e al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni competenti provvedimenti limitativi della libertà personale o i procedimenti in corso nei confronti di soggetti coinvolti nelle associazioni mafiose che abbiano figli di età inferiore agli anni 18, consentirebbe di intervenire adottando i provvedimenti di cui agli artt. 330 e ss. c.c.». Appare ovvio che nel caso di decadenza dalla responsabilità genitoriale ex art. 330 c.c. si verrebbe a generare una condizione ostativa alla fruizione del beneficio volto alla salvaguardia del benessere psico-fisico della prole, venendo meno il presupposto stesso del beneficio, ossia il rapporto affettivo da salvaguardare e il rapporto di convivenza da non interrompere bruscamente. Nella Risoluzione del 27 luglio 2006, dedicata alla «Disciplina delle esigenze della tutela della maternità e dei figli minori dei detenuti, con particolare riferimento all'esercizio dei poteri del magistrato di sorveglianza e del Tribunale per i minorenni», il CSM ha rilevato che la decadenza ex art. 330 c.c. e l'abbandono materno sono «situazioni che possono comportare accertamenti istruttori complessi presso il Tribunale per i Minorenni, talora impossibili per i soggetti che usano alias o irregolarmente presenti nel territorio dello Stato». Lo rileva G. MANTOVANI, *La de-carcerizzazione delle madri*, cit., 231-232.

interessi contrapposti, pure di rilievo costituzionale, quali sono quelli di difesa sociale, sottesi alla necessaria esecuzione della pena. Tale bilanciamento è rimesso alle scelte discrezionali del legislatore e può realizzarsi attraverso regole che determinano, in astratto, i limiti entro i quali i diversi principi possono trovare contemperata tutela⁴², dovendosi lasciare al giudice qualsiasi verifica di appropriatezza nel caso concreto.

In termini generali, può rilevarsi come la Corte abbia nettamente respinto gli automatismi legislativi basati su indici presuntivi, che comportino il totale sacrificio dell'interesse del minore, non consentendo al giudice un'analisi del caso concreto nella sua peculiarità. Qualsiasi bilanciamento – operato in astratto dal legislatore – fra le esigenze di difesa sociale e la tutela della posizione del minore attraverso la salvaguardia del rapporto materno, deve infatti essere verificato per come si pone in quell'incerto del mestiere di vivere⁴³, che solo che condizioni concrete della concreta vicenda consentono di comprendere⁴⁴. Soltanto così potrà realmente dirsi invero il principio della necessaria individualizzazione della pena, non soltanto in ragione del fatto commesso, ma pure della persona coinvolta (*rectius*, delle persone coinvolte).

La giurisprudenza costituzionale circa la condizione delle madri detenute conferma dunque le linee di tendenza che la Corte ha tracciato in ambito penitenziario⁴⁵, quanto alla individualizzazione⁴⁶ e proporzionalità della pena⁴⁷.

In proposito, il giudice delle leggi ha precisato come «le esigenze collettive di sicurezza e gli obiettivi generali di politica criminale non possono essere perseguiti attraverso l'assoluto sacrificio della condizione della madre e del suo rapporto con la prole», dovendosi rimettere al prudente apprezzamento del giudice la verifica delle caratteristiche del caso concreto, ad esempio, quanto all'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga⁴⁸.

Per quanto le tutele siano state coniate in riferimento alla condizione della madre detenuta, la giurisprudenza ha pure esteso, sia pure in via residuale e non completa⁴⁹, al padre i benefici riconosciuti nel caso in cui la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, ancora valorizzando la migliore tutela della posizione del bambino⁵⁰. Secondo la Corte, in materia di detenzione domiciliare, in presenza di prole di età inferiore ai tre anni e di assenza della madre per decesso o per assoluta impossibilità ad adempiere la funzione di cura del minore, il riconoscimento dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, su cui è ordinato il matrimonio, e il riconoscimento dei diritti della famiglia, il dovere-diritto dei genitori di cura della prole con pari responsabilità, nonché le provvidenze che la legge deve disporre affinché siano assolti i compiti dei genitori nei casi di loro incapacità, come pure la tutela dell'infanzia che chiede alla Repubblica di

⁴² Corte cost. sentt. 17/2017; 177/2009.

⁴³ Si ricordino le preziose parole della Corte costituzionale, nella pronuncia sul riconoscimento dei figli nati da rapporti incestuosi (sent. 494/2002).

⁴⁴ Corte cost. sentt. 239/2014; 76/2017; 177/2009; 211/2018; 174/2018; 31/2012.

⁴⁵ Sul rifiuto di automatismi, v. Corte cost. sentt. 40 e 253/2019; 149/2018; 78/2007; 418/1998; 161 e 173/1997; 186/1995; 306/1993; 282/1989.

⁴⁶ Corte cost. sentt. 149/2018; 90/2017; 255 e 257/2006; 436/1999; 306/1993; 282/1989.

⁴⁷ *Inter alia*, Corte cost. sentt. 255 e 257/2006; 299/1992.

⁴⁸ Corte cost. 76/2017, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, o.p., limitatamente alle parole «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*».

⁴⁹ Secondo M.T. ZAMPOGNA, L.N. MEAZZA, *La tutela del rapporto genitoriale tra i padri detenuti in custodia cautelare e i figli minori: profili di illegittimità costituzionale*, in *Giur. Pen.*, le disposizioni che prevedono tutele a favore della sola madre sarebbero incostituzionali.

⁵⁰ Corte cost. sent. 211/2018 che, sulla base dell'identità di *ratio* dell'istituto, ha esteso al padre detenuto ammesso alla detenzione domiciliare speciale in ragione dell'impossibilità da parte della madre, il non automatismo della configurazione del reato di evasione nel caso di allontanamento dal proprio domicilio per un tempo maggiore delle 12 ore.

favorire gli istituti necessari a tale scopo, consentono l'estensione dei benefici anche al padre. Si tratta infatti di un complesso di eminenti valori che rendono radicale l'incompatibilità della previsione a favore delle sole madri, con l'art. 3, in connessione con gli artt. 29, 30 e 31 Cost.⁵¹.

3. Imprigionare la maternità: le operazioni di bilanciamento fra evoluzioni normative e prospettive di (necessaria?) riforma

Occorre tener conto di come il tema della "maternità reclusa" si inserisca in modo problematico in un contesto già di per sé particolarmente complesso, come quello carcerario, in cui spesso si assiste a quel tradimento del senso costituzionale della pena che la dottrina non ha mancato di segnalare⁵², anche in ragione delle condizioni materiali dell'espiazione.

Si pensi al tema del sovraffollamento⁵³, ma anche alla povertà delle attività trattamentali o alla tensione che spesso emerge rispetto alla tutela dei diritti e delle libertà delle persone reclusi, in particolare in ambito sanitario ed educativo⁵⁴, che pongono in dubbio l'inveramento del principio per cui le pene devono tendere alla rieducazione della persona condannata⁵⁵.

Rispetto alle generali condizioni della detenzione, la maternità reclusa andrebbe poi contestualizzata nella specifica prospettiva del fiaccamento dei legami familiari che genera⁵⁶ ma anche nella peculiarità che alla criminalità femminile gli studi riconoscono, ad esempio, quanto all'essere per lo più espressione di marginalità sociale⁵⁷.

Si tratta inoltre di una vicenda poco analizzata⁵⁸, poco conosciuta e rappresentata, marginale,

⁵¹ Corte cost. sent. 215/1990.

⁵² Valorizza il portato di questa affermazione dell'art. 27, comma 3, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), aprile 2014. Sul tema, v. gli studi M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; AA.VV., *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; AA.VV., *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, a cura di M. Ruotolo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

⁵³ La dottrina sul tema è significativa, soprattutto a seguito della condanna della Corte di Strasburgo su "caso Torreggiani". V. almeno A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, 2016, 1204, e i significativi scritti di Alessandro Albano e Francesco Picozzi, tra cui v. da ultimo "Conoscere per deliberare"? *Lo strano caso delle statistiche europee sul sovraffollamento carcerario*, in *Cass. Pen.*, 3, 2020, in corso di pubblicazione.

⁵⁴ Sia consentito un rinvio a *Le "zone d'ombra" dei diritti sociali: la tutela della dignità delle persone detenute fra strumenti di soft law e discrezionalità amministrativa*, in AA. VV., *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, a cura di P. Bonetti - A. Cardone - A. Cassatella - F. Cortese - A. Deffenu - A. Guazzarotti, Aracne, Roma, 2014, 229-246.

⁵⁵ Valorizza il portato di questa affermazione dell'art. 27, comma 3, A. Pugiottio, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), aprile 2014.

⁵⁶ S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2, 2015.

⁵⁷ Ad es. furto, rapina, truffa, violazione della legge sulla droga, sfruttamento della prostituzione, riduzione in schiavitù; così rileva J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., 122, richiamando la dottrina secondo cui spesso le donne con prole sono reclusi per reati e spesso non possono fruire di misure alternative poiché senza il necessario requisito del domicilio ai fini della detenzione domiciliare, spesso trattandosi di donne straniere e/o rom e sinti.

⁵⁸ AA. VV., *Donne ristrette*, cit.; L. RAVAGNANI, C.A. ROMANO, *Women in Prison*, cit., 13. N. GANDUS, C. TONELLI (a cura di), *Doppia pena. Il carcere delle donne*, Milano-Udine, Mimesis, 2019; V. però gli studi di C. PECORELLA, C. JUANATEY DORADO, *Madres con hijos en prision: una vision comparada de los sistemas penitenciarios espanol e italiano*, in AA. VV., *Derechos de condenado y necesidad de pena*, a cura di C. Juanatey Dorado - N. Sanchez-Moraleda Vilches, Aranzadi, 2018, 311-341; ID., *Donne in carcere. Una ricerca empirica tra le donne detenute nella Casa di Reclusione di Milano-Bollate*, in AA. VV., *La pena, ancora. Fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero - F. Viganò - F. Basile - G.L. Gatta, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2018, 663-689.

quasi invisibile⁵⁹, anche perché collocata in un ambito pensato prevalentemente al maschile⁶⁰, aspetto che interroga problematicamente sulla compatibilità degli istituti previsti e delle modalità di espiazione della pena, rispetto alla specificità della condizione.

Pur nella sicura evoluzione normativa attraversata, i monitoraggi evidenziano ancora oggi una difficoltà nell'applicazione delle tutele esistenti per le madri, così come delle possibilità volte a rendere il carcere una *extrema ratio*⁶¹. A influire in maniera decisiva sulle tutele previste vi è anche la tendenziale inadeguatezza degli spazi ai bisogni del bambino, ad esempio, per la mancanza di spazi esterni adibiti (o da adibire) a giochi, per la presenza di sbarre, porte blindate e cancelli, ma anche di forti rumori che nella società esterna non esistono (ad esempio, per aprire i chiavistelli), di poca luce e aria all'interno degli istituti; ancora, si pensi alla non adeguata presenza di personale specializzato e di volontari, di convenzioni per l'inserimento scolastico, di possibilità per i bambini di uscire con i volontari, aspetti che profondamente condizionano lo sviluppo delle capacità di apprendimento del bambino delle fasi cruciali della sua crescita⁶².

La questione si è mostrata con ancor più vistosa drammaticità anche in occasione dell'emergenza sanitaria determinata dalla pandemia da Covid-19 che, in un quadro generale di profonda complessità in tema di carcere con il verificarsi di rivolte e sommosse in molti istituti⁶³, ha visto una facilitazione nell'accesso alle misure alternative per alcune donne detenute con i propri figli⁶⁴.

Appare certo come l'interesse del minore incolpevolmente coinvolto dalla detenzione della madre dovrebbe sempre prevalere orientando le decisioni della magistratura laddove possano idealmente contrapporsi a controinteressi che, se dotati di copertura costituzionale, richiedono comunque una attenta valutazione.

A partire dal caso concreto andrebbe così impostata ogni operazione di bilanciamento, dovendosi tuttavia attentamente verificare la comparabilità dei principi o valori che trovano ingresso. Si pensi al caso della difesa sociale che, pure, è stata riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁵ e

Nel 2016, l'associazione mondiale delle magistrato (International Association Women Judges, in sigla I.A.W.J.) ha promosso una conferenza mondiale sul tema, come pure l'Associazione Nazionale Donne Magistrato (A.D.M.I.), sempre nello stesso anno, il proprio convegno associativo, i cui atti sono confluiti in AA. Vv., *Donne e carcere*, cit., e in specie nello scritto, C.M. LENDARO, *Dalla 13^a Conferenza biennale 2016 I.A.W.J.-International Association Women Judges – (Washington D.C., 2016) al Convegno A.D.M.I. "Donne e carcere – normativa, criticità e soluzioni" (Lecce, 2016)*, 239 ss.

⁵⁹ C. CANTONE, *La detenzione al femminile*, in AA. Vv., *Donne e carcere*, cit., 185 ss., rileva la specificità non soltanto dell'analisi criminologica, ma anche di quella psico-sociale e trattamentale, evidenziando come la marginalità numerica che deriva da una netta sproporzione fra donne e uomini in stato di detenzione porta con sé il rischio di rendere invisibile la condizione femminile. V. *La criminalità femminile come differenza tra i sessi; teorie classiche*, in *Psicolab* (<https://www.psicolab.net/>).

⁶⁰ Vi è una diretta corrispondenza rispetto alla società libera nel rilevare come il femminile sia considerato "altro" dal "maschile", con un segno implicito (ma inesorabile) di disvalore su cui si rinvia al dibattito avviato nell'ambito del femminismo. V. S. RONCONI, G. ZUFFA, *Recluse. Lo sguardo della differenza femminile sul carcere*, Ediesse, Roma, 2014.

⁶¹ Gli I.C.A.M. sono presenti a Torino "Lorusso e Cutugno", Milano "San Vittore", Venezia "Giudecca", Cagliari e Lauro; per quanto si tratti di strutture che avrebbero dovuto essere attivate nel 2014, sulla base di un piano straordinario penitenziario non ancora approvato, lo stato dell'arte segna una inattuazione. M.P. GIUFFRIDA, *Studio sulle donne ristrette*, cit.

⁶² Così pone criticamente in evidenza la Relazione del Garante nazionale, cit., 66.

⁶³ Sia consentito un rinvio al mio *Il carcere al tempo dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 3, 2020.

⁶⁴ Ne dà notizia la stampa del 30.3.2020, in riferimento all'uscita dal carcere di quattro madri con altrettanti bambini per differimento della pena, per l'espiazione presso una casa-famiglia protetta e per detenzione domiciliare.

⁶⁵ La giurisprudenza costituzionale ha intercettato un concorso fra la rieducazione da un lato e la prevenzione generale e la difesa sociale dall'altro quali finalità della pena, potendo prevalere ora l'una, ora l'altra, sulla base della discrezionalità del legislatore senza tuttavia poterne del tutto escludere alcuna (*inter alia*, v. Corte cost. sent. 183/2011; richiama anche la riparazione, Corte cost. sent. 179/2017).

convenzionale⁶⁶ come caratterizzante le finalità della pena, di concerto con obiettivi di prevenzione speciale e generale e la rieducazione del condannato. Per quanto presente in maniera costante nel bilanciamento operato dalla Corte, va però ribadito come l'unico riferimento testuale in Costituzione sia la risocializzazione, certamente declinabile nei suoi vari aspetti come «reinserimento nell'ordine sociale»⁶⁷, «reinserimento del reo nel contesto economico e sociale»⁶⁸, «reinserimento nel corpo sociale»⁶⁹, «risocializzazione»⁷⁰, «ravvedimento» o «recupero sociale»⁷¹, «riadattamento alla vita sociale»⁷² o ancora acquisizione di «valori fondamentali della vita sociale»⁷³.

È comunque da richiedere la verifica circa la presenza di un livello minimo di offensività del comportamento dell'autrice del reato, non sempre rinvenibile nei casi di carcerazione delle madri, verificando altresì che il legame genitoriale non venga del tutto compresso o eccessivamente condizionato, perché ad esso sottostà la tutela dell'interesse del bambino coinvolto spesso sacrificato in nome di criteri generali e astratti, soltanto apoditticamente riportati e non motivati.

Un ulteriore esempio di bilanciamento potrebbe individuarsi fra la tutela della relazione materna – che potrebbe ad esempio indurre a recludere il minore con lei convivente – e la tutela dell'infanzia, attraverso la protezione della crescita del bambino dall'esperienza della reclusione di cui va però smontato il potenziale antagonismo. In alcun modo, è infatti da ritenere che la maternità possa essere scissa dalla relazione verticale e dunque dalla tutela del superiore interesse del minore, attraverso la garanzia della cura che questa assicura, senza spazio alcuno all'intenderla quale leva della riabilitazione della donna autrice di reato. Ciò infatti significherebbe ammettere uno scivolamento periglioso, funzionalizzando il minore coinvolto al recupero sociale della madre detenuta che non appare rispettoso della pienezza della sua tutela⁷⁴.

L'interesse del minore dovrebbe altresì essere valutato attraverso il canone dell'idoneità genitoriale, chiedendo una verifica circa il permanere della capacità educativa di chi abbia commesso delle condotte criminose. In merito, la dottrina può dirsi sostanzialmente polarizzata fra due opposte posizioni. Da un lato, è stato ritenuto come neppure la commissione dei più gravi reati possa far presumere l'inidoneità educativa e la "necessità" di interrompere il legame genitoriale a tutela di quei *best interest* che devono sempre prevalere⁷⁵. Dall'altro, si è ipotizzata una forte presunzione di inidoneità genitoriale di chi sia autrice di alcune tipologie di reato poiché la stessa scelta di delinquere la pone in un contrasto frontale e diretto con il dovere di educare i figli alla legalità, obiettivo direttamente proiettato a inserirli nel contesto sociale di riferimento e dunque

⁶⁶ Pure la Corte di Strasburgo ha contribuito a definire un obiettivo multiplo della pena nei termini di "*punishment, deterrence, public protection and rehabilitation*", da ultimo con *Hutchinson c. the United Kingdom*, 17 gennaio 2017, par. 43 (ricorso n. 57592/08), ma v. anche *Murray c. The Netherlands*, 26 aprile 2016 (ricorso n. 10511/10); *Khoroshenko v. Russia*, 30 giugno 2015 (ricorso n. 41418/04); *Vinter and others c. United Kingdom*, 9 luglio 2013, (ricorso n. 66069/09); *James, Wells and Lee c. UK*, 8 settembre 2012 (ricorsi nn. 25119/09, 57715/09 and 57877/09); *Maiorano e altri c. Italia*, Seconda Sezione, 15 dicembre 2009 (ricorso n. 28634/06); *Dickinson v. United Kingdom*, 4 dicembre 2007 (ricorso n. 44362/04); *Mastromatteo c. Italy*, 24 ottobre 2002 (ricorso 37703/97).

⁶⁷ Corte cost. sent. 168/1972.

⁶⁸ Corte cost. sent. 126/1984.

⁶⁹ Corte cost. sent. 274/1983.

⁷⁰ Corte cost. sent. 450/1998.

⁷¹ Corte cost. sent. 271/1998.

⁷² Corte cost. sent. 204/1974.

⁷³ Corte cost. sent. 138/2001. Per una disamina, v. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale, intervento nell'ambito del Master "Diritto penitenziario e Costituzione"* (<https://www.dirittoopenitenziarioecostituzione.it/>).

⁷⁴ G. MANTOVANI, *La marginalizzazione del carcere*, cit., 196 ss.

⁷⁵ V. *supra*, la nota 41.

limite vistoso a un adeguato esercizio della responsabilità genitoriale da parte della madre rea⁷⁶.

Certamente, sono però da evitare modalità che, nell'applicare i benefici a favore delle madri condannate, inneschino il rischio di un uso strumentale della relazione genitoriale, in chiave di pressione ai fini della collaborazione o per lo scardinamento della criminalità organizzata⁷⁷.

Deve infine ricordarsi sulla tendenziale e strutturale incompatibilità della condizione materna con la detenzione, potendosi l'interrogativo circa la ragionevolezza dei limiti previsti in ragione dell'età della prole, individuata quale soglia di (non) garanzia del rapporto affettivo. Ad oggi infatti, il sistema non prevede alcuna tutela quando il bambino abbia già compiuto i dieci anni al momento dell'arresto della madre; al di là di questa soglia-limite, si considera dunque non più meritevole di tutela la relazione materna, per quanto difficilmente il legame affettivo e le necessità di cura possano considerarsi di minore importanza in questo momento della vita⁷⁸. Residua l'ipotesi di una proroga dei benefici già concessi che però di certo non pare esaurire le necessità di tutela della prole in una età nella quale comunque fondamentale è da ritenersi la presenza materna nel processo educativo e di crescita.

Sarebbe dunque da interrogare quanto la fissazione di un limite di età della prole possa rappresentare un automatismo, poiché di fatto rende l'interesse del minore la cui madre viene reclusa cedevole di fronte a esigenze di difesa sociale, peraltro spesso evocate ma non adeguatamente verificate per come si pongono nel caso concreto.

Conclusivamente, va ribadito come dato il valore degli interessi in gioco e la difficoltà di assolutizzare alcun genere di riflessioni, le diverse istanze debbano orientare il bilanciamento senza aprioristicamente gerarchizzare diritti e libertà che – se dotati di copertura costituzionale – non possono essere del tutto sacrificati in nome di non meglio precisate esigenze contrapposte.

Deve dunque essere la concreta vicenda nella sua dimensione oggettiva – mutevole, in primo luogo, in base alla tipologia di condotte commesse – e soggettiva – tenendo conto cioè conto delle persone a vario titolo coinvolte – a orientare le valutazioni della magistratura. Solo così sarà possibile tenere in adeguata considerazione la specificità della condizione detentiva di una madre, ma ancor prima di una donna, ricordando gli studi che hanno mostrato come i reati di cui sono autrici le donne sono più di frequente espressione di marginalità sociale⁷⁹ e chiedono pertanto un intervento che – *ex ante* – consenta di intercettare situazioni di disagio che possono sfociare in forme di criminalità, evitandole. Parallelamente, ricordando come sia stato mostrato il peculiare

⁷⁶ J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., 114 ss.

⁷⁷ Della sanzione accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 569 c.p., allora potestà genitoriale) si è occupata la giurisprudenza costituzionale che, in un primo momento, aveva confermato la compatibilità costituzionale dell'automatismo sanzionatorio (Corte cost. sent. 723/1988). Successivamente, riconoscendo centralità al minore e ai suoi interessi, la Corte ha invece dichiarato l'illegittimità della disposizione che prevedeva come automatica la perdita della responsabilità genitoriale, senza possibilità alcuna per il giudice di valutare il caso concreto (Corte cost. sent. 31/2012). V. anche Corte cost. sent. 7/2013, ancora in occasione del vaglio di legittimità dell'art. 569 c.p., nella parte in cui prevedeva che conseguisse la perdita di diritto della responsabilità genitoriale alla condanna pronunciata nei confronti del genitore ritenuto responsabile del delitto di soppressione di stato, art. 566, comma 2, c.p. V. *supra*, nota 39 del presente scritto.

⁷⁸ Art. 47-*quinquies*, comma 8, lett. b), o.p., *ex art. 21-bis* o.p. A tutela del minore di età superiore ai dieci anni, permane la sola possibilità di ammettere la persona condannata all'assistenza dei figli minori all'esterno dell'istituto, in presenza di requisiti specifici.

⁷⁹ J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, cit., 122, e G. FABINI, *Donne e carcere*, cit. Per quanto esuli dal tema specifico del presente lavoro, si ritiene di interesse segnalare come molte donne vengano condannate alla pena detentiva per crimini applicati al solo genere femminile. Si pensi, in alcuni contesti stranieri, all'adulterio, alla violazione delle regole sull'abbigliamento, alla prostituzione, persino alla violenza sessuale subita che è in reato in molti ordinamenti. Così, ritengono C.A. ROMANO, L. RAVAGNANI, *La detenzione al femminile in una prospettiva sovranazionale*, in D. PAJARDI, R. ADORNO, C.M. LENDARO, C.A. ROMANO (a cura di), *Donne e carcere*, Giuffrè, Milano, 2018, 267 ss. e in specie 276.

atteggiarsi del rapporto fra affettività⁸⁰ e genitorialità⁸¹, nel suo essere caratterizzato da sentimenti di inadeguatezza e di percezione di scarsa autorevolezza genitoriale provocata dalla reclusione⁸², sarebbe importante potenziare gli istituti e benefici già presenti, consentendo così un reale invero delle previsioni legislative che – assai solidamente costruite attorno all’idea del carcere come *extrema ratio* per una madre – si scontrano spesso con l’inattuazione pratica, di fatto vanificandoli⁸³.

Proprio in ragione di tale peculiarità, è però ancor più rilevante che il sistema sia in grado di forgiare una risposta di natura trattamentale adeguata alla condizione della madre detenuta, così da rispettare il principio della individualità della pena, valorizzato dalla giurisprudenza costituzionale, diversamente infrangendosi contro i postulati costituzionali che ne hanno tracciato un ben preciso orientamento teleologico.

Solo così lo Stato potrà assumere con ancora maggior forza il compito di cura che gli è proprio quando priva una persona della libertà personale, rendendo effettiva l’idea che il carcere sia un «luogo di ricostruzione – o a volte di costruzione – del senso di legalità [in cui] non possono essere fatte vivere situazioni che ledono la legalità stessa»⁸⁴. Diversamente, dovrebbe ammettersi che esso sia soltanto uno spazio racchiuso da mura per contenere corpi e perpetrare un’afflizione, disconoscendo il senso costituzionale della pena che la intende come proiettata al recupero della persona alla socialità.

⁸⁰ V. S. RONCONI, *Il carcere delle donne. Insanabili aporie e forza delle soggettività*, in N. GANDUS, C. TONELLI (a cura di), *Doppia pena*, cit., 13 ss.; M.L. FADDA, *La detenzione femminile: questioni e prospettive*, in *Ristretti*, 2010. M. MIRAVALLE, *Quale genere di detenzione? Le donne in carcere in Italia e in Europa*, in G. MANTOVANI (a cura di), *Donne ristrette*, cit., 31 ss.

⁸¹ Si veda in proposito, l’attento lavoro di B. GIORI, *Il diritto all’affettività tra norme e prassi penitenziarie*, in G. MANTOVANI (a cura di), *Donne ristrette*, cit., 59 ss., che richiama la questione dell’accesso alle tecniche di procreazione assistita e le difficoltà di concepimento, ad esempio, per coloro che sono destinate a lasciare l’istituto in età non più fertile (95 ss.).

⁸² I. CASCIARO, *Esecuzione e carcere: uno sguardo alle problematiche femminili*, in AA. VV., *Donne e carcere*, cit., 124; M.L. FADDA, *La detenzione femminile: questioni e prospettive*, in *Ristretti* (<http://ristretti.it/>), 2010. M. MIRAVALLE, *Quale genere di detenzione? Le donne in carcere in Italia e in Europa*, in AA. VV., *Donne ristrette*, cit., 31 ss. V. però L. RAVAGNANI, C.A. ROMANO, *Women in Prison*, cit.; G. FABINI, *Donne e carcere: quale genere di detenzione?*, (Antigone, XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione, cit.).

⁸³ Si tratta dell’auspicio contenuto anche nella Relazione Garante nazionale, cit., 67, che «auspica una piena e ampia applicazione della legge intitolata propriamente alla tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori, nel segno di una riflessione che coinvolga nella ricerca della soluzione tutti i soggetti interessati e responsabili».

⁸⁴ V. Relazione Garante nazionale, cit., 5, che ricorda come «La detenzione di una donna con i propri figli deve essere sempre una misura estrema; se adottata, richiede una grande attenzione da parte del personale, sia nei confronti delle madri che nei confronti dei bambini» (66).

VALENTINA PUPO

**Accesso ai permessi premio nei reati ostativi:
cade la preclusione assoluta in nome della funzione rieducativa della pena**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le questioni prospettate dai giudici *a quibus*. – 3. Precisazioni preliminari della Corte costituzionale. – 4. La soluzione della Corte costituzionale nell’ottica della ridefinizione delle preclusioni assolute per l’accesso ai benefici premiali. – 5. Le motivazioni di un accoglimento circoscritto entro limiti precisi. – 6. Considerazioni finali.

1. Premessa

La sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale ha risolto una questione di legittimità prospettata in relazione ad una disposizione dell’ordinamento penitenziario che precludeva la concessione di permessi premio ai detenuti per i delitti di cui all’art. 416-*bis* c.p.¹ e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal medesimo articolo o con la finalità di agevolare le associazioni in esso previste, nell’ipotesi di mancanza di una loro collaborazione con la giustizia, ai sensi dell’art. 58-*ter* ord. pen. L’art. 4-*bis*, co. I, della legge 26 luglio 1975, n. 354², difatti, non consentiva di accordare permessi premio in forza della presunzione assoluta che l’assenza di collaborazione fosse indicativa della perdurante attualità di collegamenti con il sodalizio criminale, e dunque della perdurante pericolosità sociale del condannato.

Si tratta di una sentenza che si inserisce, quindi, in quel filone di pronunce del giudice delle leggi che, nel corso del tempo, ha avuto ad oggetto la normativa relativa all’esecuzione penale³, rimodellata in alcuni suoi specifici aspetti, attinenti in particolare al principio costituzionale della funzione rieducativa della pena e al tema dell’operatività degli automatismi legislativi e delle presunzioni assolute. Grande era, dunque, l’attesa per questa pronuncia della Corte, preceduta peraltro da un’altra importante decisione della Corte europea dei Diritti dell’Uomo sul caso *Viola c. Italia* (n. 2)⁴, relativa alla connessa questione dell’ergastolo ostativo e della sua contestata

¹ Reati di associazione mafiosa e/o di contesto mafioso.

² Disciplina dell’ordinamento penitenziario, rubricata “*Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*”.

³ Cfr., ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 40/2019, 222/2018, 149/2018, 185/2015, 48/2015, 239/2014, 135/2003, 273/2001, 137/1999, 445/1997, 504/1995, 68/1995, 357/1994, 306/1993.

⁴ Sentenza della Corte EDU, I sez., del 13 giugno 2019, definitiva dal 7 ottobre 2019, nella quale i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la presunzione assoluta di pericolosità sociale per mancata collaborazione con la giustizia, gravante sui condannati all’ergastolo ostativo, privi gli stessi di ogni realistica prospettiva di liberazione, poiché non consente loro di dimostrare che, dopo il decorso di molti anni, non sussistono ragioni tali da giustificare l’ulteriore detenzione, finendo col considerare la pericolosità dei condannati riferita sempre al momento della commissione dei delitti, senza alcuna valutazione dei progressi compiuti nei rispettivi percorsi di rieducazione. Cfr., sul punto, A. TARALLO, *il “fine pena mai” di fronte al controllo CEDU: un “margine di apprezzamento” sempre più fluttuante e aleatorio*, in *Diritti fondamentali*, 1/2020, 91 ss.; D. GALLIANI-A. PUGIOTTO, *L’ergastolo ostativo non supera l’esame a Strasburgo. (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 4/2019, 191 ss.; E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l’Italia: l’ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2019, 925 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva “fino alla fine” e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, in G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L’ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 10/2019; D. MAURI, *“Scacco” all’ergastolo ostativo: brevi note a margine della pronuncia della Corte europea dei diritti dell’Uomo nel caso Viola c. Italia n.2 e del suo impatto sull’ordinamento italiano*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2019; S. SANTINI, *anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo”: dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 1° luglio 2019; E. SYLOS LABINI, *Il cielo si tinge di Viola: verso il tramonto dell’ergastolo ostativo?*, in *Archivio penale*

compatibilità con l'art. 3 CEDU, che vieta la tortura e i trattamenti inumani e degradanti. Ed altrettanto ampio è stato il dibattito sviluppatosi intorno ai contenuti della decisione, che ha visto le reazioni favorevoli di coloro i quali vi hanno scorto un'ulteriore tassello sulla via della valorizzazione del principio della rieducazione del condannato, di cui all'art. 27 Cost., nonché della progressiva umanizzazione dell'esecuzione penale⁵, e i fautori di opinioni maggiormente allarmistiche, che, quale possibile esito della pronuncia, hanno paventato il forte disincentivo alla collaborazione con le autorità inquirenti e l'eventuale concessione immeritata di benefici carcerari anche a pericolosi delinquenti di mafia⁶. Tuttavia, se letta con il giusto equilibrio, non pare che alla sentenza possano essere imputati gran parte degli effetti deleteri pronosticati da numerosi commentatori, poiché la Corte costituzionale ha circoscritto l'accoglimento entro limiti precisi, esplicitando alcune cautele volte a rendere quanto più individualizzata possibile la decisione rispetto al singolo caso concreto.

2. Le questioni prospettate dai giudici a quibus

Il meccanismo dell'ostatività, in base alla configurazione che ha assunto a partire dalle modifiche apportate all'indomani delle stragi di mafia dei primi anni Novanta del secolo scorso – che, com'è noto, hanno attinto magistrati in prima linea nella lotta alle organizzazioni criminali di stampo

(<http://www.archiviopenale.it/>), 3/2019; S. TALINI, *Viola c. Italia: una decisione dai controversi effetti nell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 931; M.S. MORI-V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in *Giurisprudenza Penale* (www.giurisprudenzapenale.com/), 6/2019.

⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it/), 4 febbraio 2020; ID., *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it/), 1/2020; M. MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere (nota a Corte cost., sent. n. 253 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it/), 2/2020; A. MENGHINI, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it/), 2/2020; J. MAZZUCA, *Reati ostativi e benefici premiali: l'emergere di un nuovo paradigma ermeneutico*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it/), 3/2020, 84 ss.; M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it/), 1/2020, 211 ss.; S. TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org/), *Studi*, 2019/III, 729 ss.; A.M. CAPITTA, *Permessi premio ai condannati per reati ostativi: la Consulta abbatte la presunzione perché assoluta*, in *Archivio penale* (<http://www.archiviopenale.it/>), dicembre 2019; M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it/), 12 dicembre 2019; gli atti del seminario di Ferrara del 27 settembre 2019, che ha preceduto l'uscita della pronuncia, pubblicati a cura di G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI, *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., e, in particolare, F. BIONDI, *Il 4-bis all'esame della Corte costituzionale: le questioni sul tappeto e le possibili soluzioni* (33 ss.), M. CHIAVARIO, *La Corte sia chiara e coraggiosa sul principiodell'incostituzionalità, anche se prudente nella scelta dello strumento tecnico* (71 ss.), D. GALLIANI, *Ora tocca ai giudici costituzionali. Il viaggio dell'ergastolo ostativo al capolinea?* (113 ss.); gli scritti raccolti in E. Dolcini-E. Fassone-D. Galliani-P. Pinto de Albuquerque-A. Pugiotto (a cura di), *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019.

⁶ Cfr. M. CERASE, *La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perplessità*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it/), 5 febbraio 2020; diverse le opinioni critiche espresse da giuristi, magistrati e giornalisti, impegnati sul fronte della lotta alle mafie e dell'informazione in materia: cfr. G.C. CASELLI, *Perché è un errore concedere i permessi premio agli ergastolani per reati di mafia*, in *Oggi*, 1 novembre 2019; ID., *intervista di F. Fiano, Così c'è l'alto rischio che riprendano le loro attività criminali*, in *Corriere della Sera*, 24 ottobre 2019; A. MASCALI, *Ardita: «È la grande battaglia dei boss stragisti e della mafia silente»*, in *Il Fatto quotidiano*, 6 ottobre 2019; ID., *Sebastiano Ardita. Permessi ai boss, necessaria una nuova legge*, in *Il Fatto quotidiano*, 12 dicembre 2019; V.P. BORROMETI, *Negare le mafie: una subcultura che pagheremo*, in *Il Fatto quotidiano*, 31 ottobre 2019; E. NOVI, *intervista a Cesare Mirabelli: «Una legge non può limitare la sentenza sull'ergastolo»*, in *Il Dubbio* (<https://www.ildubbio.news/>), 1 novembre 2019; S. PELLEGRINI, *Se il boss all'ergastolo non collabora e ottiene permessi rischia di diventare un modello*, in *L'Espresso*, 30 novembre 2019.

mafioso⁷ – prevede, nei confronti dei condannati per una serie di gravi reati, in gran parte aventi una configurazione di tipo associativo⁸, che l'accesso ai benefici premiali, ad eccezione della sola liberazione anticipata⁹, sia possibile soltanto al verificarsi della condizione fissata dall'art. 58-ter, co. I, ord. pen., vale a dire in presenza di un aiuto concreto all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria «nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati»; ciò ad eccezione dei casi di collaborazione irrilevante o impossibile¹⁰. La previsione legislativa si fondava sul dato empirico per cui la scelta di collaborare sarebbe stata la sola in grado di dimostrare la volontà del condannato di spezzare il legame con l'organizzazione criminale di appartenenza, e trovava, inoltre, giustificazione in chiave general-preventiva e di difesa sociale, quale strumento cardine per la lotta alle associazioni a delinquere di tipo mafioso, e, come ricostruito dalla Corte costituzionale in alcune sue pronunce, nell'ottica di «incentivare, per ragioni investigative, e di politica criminale generale, la collaborazione con la giustizia dei soggetti appartenenti o “contigui” ad associazioni criminose», ai quali altrimenti riservare «un trattamento penitenziario di particolare asprezza»¹¹.

Le due questioni prospettate dai giudici *a quibus* traevano le mosse da casi concreti relativi a condannati all'ergastolo per due diverse fattispecie ostative di cui all'art. 4-bis ord. pen., i quali si erano visti negare il permesso premio richiesto ai sensi dell'art. 30-ter, ord. pen. Il primo caso, al quale inerisce la *quaestio legitimitatis* presentata dalla Corte di Cassazione¹², riguardava un condannato per concorso esterno in associazione mafiosa, responsabile di delitti compiuti per

⁷ L'ovvio riferimento è ai magistrati Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, uccisi, assieme agli uomini delle rispettive scorte, in due attentati dinamitardi, a pochi mesi di distanza l'uno dall'altro, nel corso del 1992, nonché ai numerosi uomini dello Stato, caduti, negli anni, ad opera della malavita organizzata.

⁸ I reati ostativi sono contemplati all'art. 4-bis, I co., ord. pen., nella formulazione che esso ha assunto a partire dalle modifiche introdotte con il d.l. n. 306/1992, conv. in legge n. 356/1992, e le successive integrazioni, che hanno previsto i reati connessi alle associazioni mafiose, quelli commessi per finalità di terrorismo, di eversione dell'ordine democratico, di traffico di stupefacenti, fino alle ulteriori aggiunte, intervenute con la l. n. 3/2019 (c.d. “spazza corrotti”), che, tra i reati ostativi, ha previsto anche quelli di cui agli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, comma 1, 320, 321, 322, 322-bis, c.p. In merito a queste ultime previsioni, la recente sentenza della Corte costituzionale, n. 32/2020, ha escluso la retroattività del divieto di concessione di benefici penitenziari per i condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in quanto modifica peggiorativa della disciplina sulle misure alternative alla detenzione, e dunque non applicabile retroattivamente, pena la violazione del principio di legalità delle pene. Si tratta, come ha sottolineato la Corte costituzionale in varie pronunce, di un «di un complesso, eterogeneo e stratificato elenco», accumulatosi nel corso del tempo (cfr. sentt. nn. 253/2019, 188/2019, 32/2016, 239/2014).

⁹ Eccezione prevista in quanto la concessione della liberazione anticipata, ai sensi dell'art. 54 ord. pen., si basa sulla detrazione di 45 giorni per ogni semestre di pena scontata per il condannato che abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione, proprio quale riconoscimento di tale partecipazione e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società.

¹⁰ Cfr. art. 4-bis, comma 1-bis, ord. pen., che permette la concessione di benefici penitenziari ai detenuti ostativi, purché «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva», nei casi in cui «la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia», nonché nei casi in cui, nonostante la collaborazione offerta «risulti oggettivamente irrilevante», ai detenuti siano state applicate specifiche attenuanti. Tali previsioni sono state introdotte dal legislatore sulla scia delle indicazioni contenute in alcune sentenze della Corte costituzionale, tra le quali la n. 68/1995, la n. 361/1994, la n. 357/1994 e la n. 306/1993.

¹¹ Cfr., rispettivamente, Corte cost., sentt. n. 239/2014 e n. 188/2019.

¹² Cfr. ord. n. 59/2019, emessa il 20 novembre 2018. In merito, cfr. M.C. UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 28 gennaio 2019.

agevolare l'attività dell'associazione¹³; il secondo caso, che vedeva quale giudice rimettente il Tribunale di sorveglianza di Perugia¹⁴, era relativo a un condannato partecipe di un'associazione mafiosa ex art. 416-bis c.p.¹⁵. Entrambi i rimettenti rilevavano la violazione dei parametri di cui agli articoli 3 e 27 della Costituzione da parte del richiamato art. 4-bis, comma 1, della l. n. 354/1975, con riferimento all'obbligo di collaborare con la giustizia quale *condicio sine qua non* per essere ammessi alla fruizione di permessi premio, vale a dire di quel tipo di beneficio penitenziario che costituisce il primo gradino del percorso rieducativo di ciascun condannato. Le questioni, dunque, non si riferivano, nello specifico, al tema dell'ergastolo ostativo, ma ad ipotesi di dichiarazioni di inammissibilità delle istanze di accesso al permesso premio, inoltrate ex art. 30 ord. pen., da ergastolani non collaboranti con la giustizia.

Le due ordinanze, pur convergendo circa i parametri evocati, divergevano in riferimento ai percorsi argomentativi seguiti. L'argomentazione della Cassazione, difatti, valorizzava in particolare il profilo dell'irragionevolezza dell'assimilazione, da parte dell'art. 4-bis ord. pen., di differenti situazioni soggettive di contesto mafioso, applicando la medesima preclusione assoluta di concessione del permesso premio al condannato non collaborante, anche in caso di fattispecie penali che non presupponevano l'affiliazione a un'associazione criminale. Di conseguenza, secondo la Corte rimettente, in tal modo si precludeva al magistrato di sorveglianza di valutare, nel singolo caso, la concreta pericolosità del condannato, rendendo di fatto inammissibile qualsiasi richiesta di concessione di un beneficio penitenziario. A sostegno della propria tesi, la Cassazione ha proposto un parallelo con la giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi nell'applicazione delle misure cautelari personali, con particolare riferimento all'elemento della pericolosità sociale. In merito ad esse, difatti, la Corte costituzionale ha scardinato la regola che fondava la presunzione assoluta di pericolosità sociale su dati di esperienza generalizzati, tali da imporre l'applicazione della custodia cautelare in carcere, escludendo, quindi, che tale presunzione potesse valere per gli indagati/imputati che non fossero anche affiliati a un'associazione mafiosa¹⁶. Trasponendo il ragionamento sul piano dell'esecuzione penale, dal momento che anche in tale ambito occorre valutare il profilo della pericolosità sociale del condannato proprio ai fini della concessione dei permessi premio in questione, il giudice rimettente ha ritenuto che fosse irragionevole la previsione di una presunzione assoluta, poiché non avrebbe consentito di distinguere tra le situazioni dei condannati per affiliazione a un'associazione mafiosa e quelle dei condannati per delitti di contesto mafioso o al fine di agevolare le suddette associazioni. In base a tale prospettiva, la norma di cui all'art. 4-bis non si baserebbe su evidenze generalizzate ed avrebbe precluso alla magistratura di sorveglianza il compimento di valutazioni individuali circa la perdurante pericolosità dei condannati richiedenti i permessi premio, in relazione ad una serie molto varia di condotte delittuose. Analogamente, il primo giudice rimettente evidenziava che neppure la mancata collaborazione con

¹³ Delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis, cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste. Si trattava, in particolare, dei delitti di associazione mafiosa, omicidio, soppressione di cadavere, porto e detenzione illegale di armi, eseguiti per agevolare l'attività di un'associazione mafiosa, con l'aggravante dei motivi abietti, individuati nel fine di affermare l'egemonia e il prestigio della consorte alla quale l'imputato era affiliato.

¹⁴ Cfr. ord. n. 135/2019, emessa il 28 maggio 2019.

¹⁵ Delitti commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione a delinquere ex art. 416-bis c.p., della quale si sia partecipi.

¹⁶ Cfr. Corte cost., sentt. n. 57/2013 e n. 48/2015, con le quali la Corte ha escluso che, ai fini dell'applicazione della custodia cautelare in carcere, potesse valere la presunzione assoluta di pericolosità sociale per gli indagati per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. o al fine di agevolare l'attività medesime associazioni, nonché per gli indagati per concorso esterno in associazione mafiosa. Secondo la Corte, difatti, le presunzioni assolute limitative di diritti, laddove siano arbitrarie, irrazionali o non fondate sull'*id quod plerumque accidit*, violano il principio di uguaglianza.

la giustizia potesse assurgere a prova inequivocabile del mantenimento dei legami con l'organizzazione criminale, e dunque di una persistente pericolosità sociale, potendo anche dipendere da ragioni del tutto avulse da un perdurante collegamento col sodalizio mafioso, e pertanto estranee al percorso rieducativo e non necessariamente sintomo di mancato ravvedimento.

Il secondo profilo di illegittimità, riferito al principio di rieducazione del condannato, è stato richiamato in quanto, a parere della Cassazione, la norma impugnata vanificherebbe esattamente l'obiettivo della risocializzazione, impedendo l'accesso ai benefici penitenziari, a partire proprio dal permesso premio, che costituisce il primo passo del percorso del trattamento rieducativo nella fase dell'esecuzione penale.

Il Tribunale di sorveglianza di Perugia, dovendo pronunciarsi sul reclamo di un condannato per un reato più grave rispetto al caso sottoposto all'attenzione della Cassazione, contestava in primo luogo la compatibilità con gli articoli 3 e 27 Cost. dell'obbligo di collaborare con la giustizia ai fini della concessione del permesso premio, svincolato dal tipo di reato commesso dal detenuto, ritenendo che la preclusione assoluta, superabile solo in caso di collaborazione, impedisse al giudice dell'esecuzione penale di compiere un giudizio individualizzato e concreto circa la persistenza della pericolosità sociale del soggetto, nell'ambito del suo percorso rieducativo, perché diverse da un permanente legame con l'associazione potrebbero essere le ragioni di una mancata cooperazione con la giustizia. Peraltro, il giudice rimettente di Perugia, con plurimi richiami alla giurisprudenza della Corte costituzionale, sottolineava anche come l'impossibilità di accedere ai benefici premiali, a partire dai permessi premio, avrebbe potuto costituire un forte deterrente ad un atteggiamento collaborativo e partecipativo del condannato rispetto al percorso di risocializzazione, ancor di più in relazione a condanne all'ergastolo, rispetto alle quali dovrebbe poter essere ciclicamente valutata l'evoluzione della personalità del condannato, anche in considerazione del tempo trascorso dal reato commesso.

In entrambi i casi, è stata sottolineata l'importanza del permesso premio nel contesto del percorso rieducativo del detenuto, poiché esso rappresenterebbe un tipo di beneficio del tutto peculiare, in grado di soddisfare svariati interessi, da quelli affettivi, a quelli culturali e lavorativi, oltre a consentire al magistrato di sorveglianza di poter valutare i progressi individuali di ciascun recluso. Peraltro, rispetto alle misure alternative alla detenzione, esso non andrebbe a modificare le condizioni restrittive del detenuto, ragion per cui, anche in assenza di collaborazione, secondo i giudici rimettenti sarebbe in concreto possibile verificare *aliunde* la mancanza di legami con la consorteria criminale o un significativo distacco dal relativo sistema sub-culturale.

Nessuno dei due giudici rimettenti, invece, ha considerato l'ipotesi di illegittimità della normativa rispetto all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 3 CEDU, che era invece stata dedotta dalle parti, e pertanto la Corte costituzionale non ha preso in considerazione tale profilo diretto ad ampliare il *thema decidendum*, poiché superava i limiti delle ordinanze di rimessione¹⁷.

3. Precisazioni preliminari della Corte costituzionale

Prima di entrare nel merito delle questioni, la Corte costituzionale ha ritenuto innanzitutto di riunire i giudizi e di deciderli insieme, considerando, peraltro, assorbita nella prospettazione del Tribunale di sorveglianza di Perugia quella presentata dalla Cassazione, in quanto riguardante un

¹⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 253/2019, punto 5.1 cons. in dir.

condannato non solo per reati di “contesto mafioso”, come nel caso sollevato dal primo rimettente, ma anche per partecipazione all’associazione mafiosa ex art. 416-bis c.p.¹⁸.

In secondo luogo, la Corte si è premurata anche di circoscrivere entro limiti ben precisi l’accoglimento delle questioni. Difatti, ha sottolineato come non fosse in discussione la legittimità costituzionale dell’ergastolo ostativo, poiché la questione non atteneva alla situazione di chi avesse subito una determinata pena, bensì alle condizioni dei condannati a una qualsiasi pena, per i reati ostativi di partecipazione ad associazione mafiosa e di “contesto mafioso”, previsti dall’art. 4-bis ord. pen., che, se non collaboranti con la giustizia, non avevano la possibilità di accedere alla valutazione individualizzata per la verifica, in concreto, della possibilità di accedere al beneficio del permesso premio. Era una circostanza non incidente sulla questione il fatto che il giudizio di costituzionalità avesse preso avvio da casi riguardanti due detenuti all’ergastolo per reati ostativi, poiché la Corte non avrebbe dovuto, com’è ovvio, occuparsi degli specifici giudizi, ma risolvere un interrogativo di costituzionalità attinente alla disposizione censurata e rilevante nelle controversie in corso. La precisazione, tuttavia, è risultata funzionale anche a distinguere il caso in questione dal caso *Viola c. Italia n. 2*, deciso poco tempo prima dalla Corte EDU e specificamente attinente, invece, alla riconosciuta incompatibilità convenzionale della normativa italiana sull’ergastolo ostativo, a causa della prevista impossibilità, per i relativi condannati, se non collaboranti, di accedere ai benefici penitenziari, pur in presenza di un efficace percorso di rieducazione¹⁹.

La Corte, da ultimo, precisa ulteriormente che il *thema decidendum* è circoscritto soltanto all’esame della legittimità costituzionale del regime ostativo che coinvolge la sola misura del permesso premio, con l’esclusione di qualsiasi ulteriore riferimento ad altri benefici premiali, la disciplina della cui fruizione non costituisce oggetto delle censure mosse dai giudici rimettenti.

4. La soluzione della Corte costituzionale nell’ottica della ridefinizione delle preclusioni assolute per l’accesso ai benefici premiali

Entrando nel merito della questione, la Corte ha ritenuto, in primo luogo, di ripercorrere l’origine dell’art. 4-bis ord. pen., dalla sua introduzione, nel 1991, al suo aggravamento dopo la stagione delle stragi del 1992, che ha determinato la previsione della preclusione assoluta di accesso ai benefici penitenziari in assenza di collaborazione con le autorità inquirenti, fino alla progressiva delineazione dell’attuale formulazione, anche per effetto della giurisprudenza costituzionale intervenuta sul

¹⁸ *Ivi*, punto 7 cons. in dir.

¹⁹ Come fa notare il giudice delle leggi, del tutto diverse sarebbero state l’impostazione e l’argomentazione della pronuncia se oggetto delle censure, oltre all’art. 4-bis, I co., ord. pen., fosse stata anche la previsione relativa all’impossibilità di concedere la liberazione condizionale al condannato all’ergastolo non collaborante che abbia già scontato 26 anni effettivi di carcere: cfr. punto 5.2 cons. in dir. In dottrina era stata ipotizzata la formulazione di una questione di legittimità costituzionale tesa a far giungere alla Corte il tema dell’incostituzionalità dell’ergastolo ostativo: cfr. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l’incostituzionalità dell’ergastolo ostativo*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 4/2016. In tema di ergastolo, cfr. E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it) 17 dicembre 2018; P. VERONESI, *Se la pena è davvero “a oltranza”: i (seri) dubbi di costituzionalità sull’ergastolo e le preclusioni ostative*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., 169 ss. Nello stesso volume, sull’ipotizzato dialogo tra Corte costituzionale e Corte EDU in merito all’illegittimità dell’ergastolo ostativo, cfr. F. BAILO, *L’ergastolo ostativo al vaglio della Corte costituzionale: un dialogo possibile con la Corte edu?* (27 ss.), I. DE CESARE, *Il possibile dialogo tra Corte costituzionale e Corte edu sulla (il)legittimità dell’ergastolo ostativo* (83 ss.), A. DEFFENU, *Ergastolo ostativo e principio di proporzionalità tra reato e pena: spunti dalle vicende francesi* (89 ss.); D. GALLIANI, *Ora tocca ai giudici costituzionali. Il viaggio dell’ergastolo ostativo al capolinea?* (113 ss.), M. MENGOZZI, *Il dialogo tra le Corti sull’ergastolo ostativo: un’opportunità per il giudice delle leggi* (137 ss.), A. PUGIOTTO, *Alcune buone ragioni per un allineamento tra Roma e Strasburgo* (169 ss.).

punto nel corso del tempo; formulazione che, di fatto, ha determinato un doppio binario per l'accesso ai trattamenti extramurari, per i detenuti comuni e per quelli condannati per i delitti elencati dall'art. 4-*bis*, comma 1.

Più nel dettaglio, il giudice costituzionale fa leva sulla propria precedente giurisprudenza, ed in particolare sulla sent. n. 306/1993, in cui, pur dichiarando l'infondatezza delle questioni all'epoca sollevate, già aveva osservato che impedire l'accesso ai benefici penitenziari ai condannati per gravi reati, non collaboranti, incideva pesantemente sulla funzione rieducativa della pena, frustrando le opportunità di individualizzazione del trattamento penitenziario e rischiando di etichettare per sempre determinati detenuti, per i quali la risocializzazione non sarebbe stata possibile in assenza di condotta collaborativa, conducendo, così, ad una configurazione normativa dei "tipi d'autore". Senza contare che la collaborazione non necessariamente costituisce sempre un sintomo della volontà di ravvedimento del detenuto, potendo anche essere dettata da «molte altre ragioni, non sempre commendevoli», come peraltro puntualizzato nelle motivazioni della sentenza Viola²⁰.

Il fulcro dell'argomentazione della Corte riguarda in particolare l'incostituzionalità non tanto della presunzione in sé di pericolosità sociale, di mancato ravvedimento e di perduranti rapporti con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza di un detenuto non collaborante, bensì dell'assolutezza di tale previsione legislativa. Viceversa, una presunzione relativa, e dunque superabile da una prova contraria, non presenterebbe i medesimi problemi di costituzionalità. Il giudice costituzionale motiva, pertanto, l'affermazione attraverso tre distinti, ma complementari argomenti.

In primo luogo, la presunzione assoluta, cui sono sottese esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva, finisce per determinare, nella fase dell'esecuzione della pena, se la scelta del detenuto per reati ostativi sarà nel senso di non collaborare utilmente con la giustizia, conseguenze afflittive a carico del condannato, ulteriori rispetto a quelle già scaturenti dalla pena inflitta, e non collegate al reato commesso. Difatti, il risultato della disciplina dell'art. 4-*bis* è l'aggravamento del trattamento carcerario del soggetto non collaborante, poiché non consente l'accesso ai benefici carcerari neanche al raggiungimento delle frazioni di pena scontate, mentre lo agevola, escludendo anche le soglie ordinariamente previste, in caso di collaborazione. In tal modo, tale normativa inserisce «nel percorso carcerario del condannato [...] elementi estranei ai caratteri tipici dell'esecuzione della pena»²¹. Come rileva la Corte, tuttavia, un conto è "premiare" la collaborazione utile ed efficace dopo la condanna, ma altra cosa è far conseguire un trattamento peggiorativo, e sostanzialmente "punitivo", per il detenuto non collaborante, presumendo *iuris et de iure* che perduri il suo legame con le cosche e non sia scemata la sua pericolosità sociale. Ciò determina, peraltro, anche una «deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare», che, così come spettante agli imputati nel corso del processo, sotto forma di vero e proprio diritto, compendiato dalla formula *nemo tenetur se detegere*, deve spettare anche ai detenuti, i quali, in fase di esecuzione, non possono essere gravati da un onere di collaborazione e di denuncia di terzi, al fine di accedere, ai benefici penitenziari.

Un secondo argomento contro l'assolutezza della presunzione riguarda in particolare l'impossibilità di valutare il percorso rieducativo del condannato; circostanza che contrasta in modo evidente con il principio di risocializzazione del condannato, di cui all'art. 27, comma 3, della Costituzione²². Il giudice di sorveglianza, difatti, sulla base del dato normativo, si trova a dover rigettare tutte le istanze di permessi premio inoltrate da detenuti ostativi che non abbiano collaborato, senza avere la possibilità di svolgere un giudizio individualizzato caso per caso, anche

²⁰ La Corte costituzionale le richiama al punto 7.3 cons. in dir.

²¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 253/2019, punto 8.1 cons. in dir.

²² *Ivi*, punto 8.2 cons. in dir.

in relazione ai motivi che possono aver indotto il detenuto a restare in silenzio. In tal modo, il rischio è che non partano, o si blocchino sul nascere, il percorso di risocializzazione e la volontà del condannato di intraprendere quella strada.

In terzo luogo, viene messo in luce come la natura assoluta della presunzione di pericolosità sociale sia irragionevole poiché fondata su un assunto fallace, che può essere falsificato da reali accadimenti di opposto tenore rispetto alla generalizzazione su cui si basa la presunzione stessa. Nello specifico, l'assenza di collaborazione non necessariamente è evidenza di un legame non rescisso con l'organizzazione criminale ed in più, nel corso dell'esecuzione penale, il tempo trascorso può aver apportato significativi mutamenti nella personalità del detenuto, così come altrettanto può essere cambiato il contesto esterno al carcere²³. Mutamenti che una presunzione *iuris et de iure* non permette di tenere in considerazione e di valutare ai fini della ponderazione della pericolosità sociale e della concessione del permesso premio da parte della magistratura di sorveglianza. Da qui l'esigenza di una valutazione in concreto, «individualizzata ed attualizzata» dell'evoluzione della personalità del condannato, nonché del contesto esterno al carcere, che non possono essere presunti come immutabili²⁴.

In sostanza, la Corte, con una tipologia di pronuncia che, già in relazione alla giurisprudenza in materia di custodia cautelare in carcere, è stata definita “additiva ad effetto sostitutivo”²⁵, ha mantenuto la presunzione di pericolosità sociale, ma mutandone la natura e attenuandone la forza, da assoluta a relativa²⁶: ai fini della concessione del permesso premio, la mancanza di collegamenti con il sodalizio criminale e l'assenza di pericolosità sociale possono anche essere provati diversamente, pur in assenza di collaborazione.

5. Le motivazioni di un accoglimento circoscritto entro limiti precisi

La Corte costituzionale, in alcuni passaggi, manifesta la consapevolezza della delicatezza del tema, in particolare in relazione ai reati di affiliazione ad un'associazione mafiosa o di contesto mafioso, che possiedono specifiche connotazioni criminologiche e un radicamento del tutto peculiare in determinati ambiti territoriali ed ambienti sociali. Pertanto, risulta indispensabile che la valutazione che deve compiere la magistratura di sorveglianza rispetti dei criteri particolarmente rigorosi, del tutto peculiari e proporzionati alla potenza del vincolo scaturente dall'appartenenza al sodalizio criminale, e che permettano di considerare in concreto tutti gli aspetti in grado di far superare la presunzione di attualità del vincolo delinquenziale, pur in assenza di collaborazione²⁷.

Ragion per cui, pur avendo, attenuato la portata della presunzione, viene in qualche misura precisato dalla Corte – quasi a prevenire le critiche che poi, in effetti, sono state mosse contro la

²³ La stessa Corte ipotizza, ad esempio, che l'associazione criminale di originario riferimento possa non esistere più, perché interamente sgominata o per naturale estinzione: cfr. punto 8.3 cons. in dir. Sul tema, cfr. D. PULITANÒ, *Problemi dell'ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e diritti della persona*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre?*, cit., 153 ss.

²⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 253/2019, punto 8.3 cons. in dir.

²⁵ Sul punto, cfr. M. RUOTOLO, *Interpretare nel segno della Costituzione*, Napoli, 2015, 145 ss., il quale specifica che, «ferma restando la struttura additiva delle decisioni, queste producono un effetto “sostitutivo”, essendo le disposizioni dichiarate incostituzionali in quanto prevedono una presunzione “assoluta” di adeguatezza della custodia cautelare in carcere anziché una presunzione “relativa”, tale da implicare l'obbligo in capo al giudice di valutare, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza, se siano stati acquisiti elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure». Cfr., altresì, S. TALINI, *Presunzioni assolute*, cit., 737 ss.; ID., *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, 159 ss.

²⁶ Vi è chi ha definito tale presunzione «semi-assoluta»: cfr. M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio*, cit., 6.

²⁷ Cfr. Corte. cost., sent. n. 253/2019, punto 9 cons. in dir.

pronuncia – che la concessione del permesso premio non diverrà una sorta di “regola”, né sarà subordinata all’esclusiva discrezionalità della magistratura di sorveglianza, ma sarà, al contrario, subordinata alla sussistenza di rigorosi presupposti e rigide condizioni. E dunque con l’importante sottolineatura, come evidenziato in dottrina, che con la pronuncia sui permessi premio cadono preclusioni e presunzioni ingiuste, ma non l’argine che lo Stato deve porre alle mafie²⁸.

In tal senso, e fermo restando che, se la collaborazione utile viene prestata, essa rimane il presupposto principale per accedere alla concessione del permesso premio, la Corte precisa che la presunzione di pericolosità sociale del detenuto non collaborante, ora divenuta relativa, non sia superabile soltanto in virtù di una regolare condotta carceraria o di una semplice adesione al percorso rieducativo. Difatti, come peraltro paventato dai commentatori più critici verso le aperture delineate dalla Corte, spesso i detenuti che mantengono una condotta carceraria modello sono proprio i condannati per i reati di mafia più pesanti, e potrebbe rischiare di essere abbastanza banale, oltre che pericoloso nel senso di una reale lotta alla criminalità mafiosa, che lo Stato si accontenti soltanto di un buon comportamento carcerario, ai fini della concessione dei permessi premio²⁹. Occorre, pertanto, l’acquisizione «di altri, congrui e specifici elementi», tali da escludere, secondo quanto previsto dall’art. 4-*bis*, ord. pen. attualmente vigente, l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. A tali fini, risulta indispensabile un’efficace sinergia informativa tra tutte le autorità che sono competenti nella fase dell’esecuzione penale, in modo tale che la magistratura di sorveglianza possa decidere in base alle relazioni dell’autorità penitenziaria, più vicina ai condannati e meglio in grado di valutarne gli eventuali progressi trattamentali, ma altresì sulla base delle informazioni ricevute dal Comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica competente, nonché del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale, che segnalino collegamenti ancora perduranti con la criminalità organizzata (art. 4-*bis*, comma 3-*bis*, ord. pen.).

Tali acquisizioni, secondo la Corte, sono imprescindibili ma non sufficienti. E nell’ulteriore previsione che il giudice costituzionale ha ritenuto necessaria sta il peculiare onere probatorio delineato nella sentenza a carico del detenuto per reato ostativo che richieda un permesso premio, che si pone nell’ottica più generale di prevenzione della commissione di ulteriori reati. Difatti, il regime probatorio già di per sé rafforzato in merito all’acquisizione di elementi che escludano perduranti legami con le cosche criminali, deve estendersi anche alla dimostrazione dell’insussistenza di possibilità di ripristino di tali collegamenti, con riguardo anche alla concrete circostanze personali e ambientali. L’onere di provare l’assenza di entrambi questi profili grava sullo stesso detenuto, che, precisa la Corte, dovrà «fornire veri e propri elementi di prova a sostegno», ancor più «se le informazioni pervenute dal comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica depongono in senso negativo», e ferma restando l’importanza della dettagliata e motivata segnalazione del Procuratore nazionale antimafia e del Procuratore distrettuale, ai sensi dell’art. 4-*bis*, comma 3-*bis*, ord. pen.

La Corte costituzionale, dato il tenore e il contenuto delle ordinanze di rimessione, ha dato ampio spazio nella motivazione al tema della concessione di permessi premio ai condannati per reati di criminalità organizzata di tipo mafioso. Tuttavia, la Corte costituzionale non ha potuto non prendere atto del fatto che, nel corso del tempo, il legislatore ha ampliato il novero dei reati ostativi, di cui all’art. 4-*bis*, ord. pen., sulla scia di scelte di politica criminale tese ad inasprire il trattamento

²⁸ Cfr. M. CHIAVARIO, *Cadono gli automatismi ingiusti, non l’argine alle mafie*, in *Avvenire*, 5 novembre 2019.

²⁹ Ad esempio, R. SCARPINATO, *Eliminare l’ergastolo ostativo significa arrendersi alla mafia*, in *Il Fatto quotidiano*, 12 ottobre 2019; V. IURILLO, *I boss della camorra si “dissociano”, così niente ergastolo*, in *Il Fatto quotidiano*, 12 novembre 2019; F. PULEIO, *La “dissociazione” dalla mafia non è “pentimento”*, in *LiveSiciliaCatania* (<http://www.catania.livesicilia.it/>), 5 dicembre 2019; intervista di L. DEL GAUDIO al Ministro dell’Interno Lamorgese, *Camorra, boss dissociati per avere sconti di pena*, in *Il Mattino*, 16 dicembre 2019.

penitenziario per contrastare una ampia gamma di fenomeni delinquenziali, tale da aver dato vita a una normativa che annovera un «complesso, eterogeneo e stratificato elenco di reati»³⁰, per i quali si prevede che l'assenza di collaborazione non permette l'accesso ai benefici penitenziari e, nello specifico, al permesso premio, pur potendo gli stessi non avere legami con la criminalità oppure possedendo natura mono-soggettiva e non associativa.

Di conseguenza, per evitare che, all'esito della sentenza, si delinei quella che la Corte definisce «una paradossale disparità»³¹ nei confronti dei detenuti per altri reati ostativi, per il quali, tuttavia, potrebbero essere del tutto inconferenti sia la previsione di un'utile collaborazione con la giustizia ai fini dell'accesso al beneficio, sia la prova che non sussistano legami con il sodalizio criminale di originaria appartenenza, poiché quest'ultimo potrebbe non essere mai esistito, il giudice costituzionale ha fatto ricorso alla dichiarazione di illegittimità conseguenziale dell'assolutezza della presunzione anche con riferimento ai condannati per gli altri delitti previsti dall'art. 4-*bis*, I co., ord. pen.

Tuttavia, qualche perplessità suscita il fatto che, pur trattandosi talvolta di fattispecie mono-soggettive, o comunque ipotesi delittuose per le quali è estranea la matrice mafiosa, eversiva o terroristica, la Corte abbia esteso il medesimo dispositivo previsto per i delitti di mafia o di contesto mafioso, prevedendo la possibilità di concedere il beneficio anche in assenza di collaborazione, «allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti»³². Pertanto, forse l'interpretazione del dispositivo potrebbe in questo caso essere ridimensionata, poiché potrebbe non esserci alcun elemento da dimostrare, o non sussistere alcuna associazione in riferimento alle ipotesi delittuose per le quali i soggetti richiedenti il permesso premio siano detenuti³³.

6. Considerazioni finali

Come si è accennato, la sentenza della Corte costituzionale sui permessi premio è stata oggetto di numerose critiche, tra l'opinione pubblica, ma anche in certa misura tra i giuristi, in quanto si è paventato che essa possa preludere ad un allentamento del contrasto al fenomeno mafioso da parte dello Stato, poiché diminuirebbe l'interesse a collaborare con la giustizia dei detenuti per reati ostativi di mafia, o che in tal senso possa essere interpretata dalle organizzazioni criminali, che potrebbero approfittarne per rinsaldare il sodalizio criminale, grazie ai permessi premio concessi ai propri capi condannati, i quali, in tal modo, anche se per breve tempo, potrebbero riprendere le redini delle organizzazioni.

In realtà, nella sentenza, la Corte non ha trascurato di tenere in considerazione tali importanti profili ed ha, pertanto, previsto alcuni elementi che consentono di rendere rigorosa e attenta la valutazione circa la concessione dei permessi e, nello stesso tempo, di far salvi i principi di rieducazione del condannato e la ragionevolezza dell'applicazione delle misure, in riferimento ai singoli casi concreti. Nella pronuncia, quindi, sono contenute quelle cautele che consentono di mitigare i commenti connotati in senso più catastrofista emessi all'indomani della pubblicazione della sentenza.

L'esclusione della presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato, difatti, si pone, per un verso, nel solco della costante giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di misure

³⁰ Così Corte cost., sentt. nn. 188/2019, 32/2016, 239/2014.

³¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 253/2019, punto 12 cons. in dir.

³² *Ivi*, n. 2 del dispositivo.

³³ Cfr. M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio*, cit., 222 ss.

cautelari, estesa ora anche all'ambito dell'esecuzione penale, poiché l'assolutezza contrasterebbe con l'obiettivo rieducativo, precludendo l'esame dell'evoluzione della personalità del condannato; e, per altro verso, consente alla magistratura di sorveglianza di effettuare valutazioni personalizzate rispetto ai casi concreti dei singoli detenuti, con ciò rispondendo a pieno all'obiettivo della individualizzazione della risposta sanzionatoria e a quello della rieducazione e risocializzazione del condannato, consentendo al detenuto di intraprendere, se sussistono le condizioni, quel percorso rieducativo che comprende anche momenti al di fuori delle mura carcerarie e che ha come suo primo gradino proprio l'ammissione ai permessi premio, dando così spazio e attenzione anche alla dignità delle persone detenute³⁴.

D'altra parte, la pronuncia non fa scaturire il diritto dei condannati per reati ostativi non collaboranti con la giustizia ad ottenere il permesso premio, bensì quello di poterlo richiedere, non essendo ciò più precluso dalla sussistenza di una presunzione *iuris et de iure*, che esclude *a priori* tale possibilità. E, ad ogni modo, il regime probatorio rafforzato che è stato delineato a carico del richiedente, e la partecipazione fondamentale e determinante, nella decisione della magistratura di sorveglianza, del Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica e, soprattutto, del Procuratore nazionale o distrettuale antimafia, ad escludere la permanenza di collegamenti con l'associazione originaria e il pericolo del loro ripristino, fa sì che si possa ritenere infondata la perplessità relativa all'ipotesi di un'indiscriminata ammissione ai permessi premio, come ventilato da alcune iniziali reazioni. Semmai, si "restituisce" alla magistratura di sorveglianza il delicato compito di compiere accurate valutazioni caso per caso³⁵.

Pertanto, il controllo a valle da parte dello Stato, tramite i suoi organi, nella fase dell'esecuzione penale, non viene ridimensionato; non si è passati, come talora paventato, da una preclusione assoluta all'eccesso opposto, cioè all'automatismo nella concessione. D'altra parte, prevedere il soddisfacimento di rigorose condizioni prima della concessione del beneficio non significa negare diritti ai detenuti, ma piuttosto consentire un controllo sull'attuale pericolosità sociale dei richiedenti, sul livello di rieducazione raggiunto e sulla possibilità di un suo miglioramento tramite l'accesso al beneficio. Ogni detenuto per un reato ostativo, quindi, dovrà poterlo richiedere anche in assenza di collaborazione utile, dal momento che la mancata collaborazione non è necessariamente sinonimo del mantenimento dell'originario vincolo delinquenziale. Ciò non implica che avrà anche diritto ad ottenerlo, laddove si appuri che egli costituisca ancora un pericolo per la società.

Da ultimo, sotto un profilo più generale, non può non cogliersi come la Corte costituzionale, anche in questo settore, abbia svolto un ruolo di supplenza analogo a quello che, con le proprie sentenze additive, ha rivestito sovente in passato, e spesso anche attualmente, in tema di effettiva garanzia dei diritti sociali, rispetto ad ambiti colpevolmente ignorati dal legislatore. Anche nel campo dell'esecuzione penale, in questo caso sotto lo specifico profilo del beneficio dei permessi premio, il giudice costituzionale ha supplito ad un'irragionevolezza strutturale della disciplina, determinatasi

³⁴ Sul tema, cfr. G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torregiani della CEDU*, Napoli, 2014, 182 ss.; M. RUOTOLO-S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017 e, con la medesima curatela, *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, vol. II, Napoli, 2019.

³⁵ Come ricorda A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale*, cit., 14 – che, in proposito, scrive di «argomento caritatevole» contro la sentenza – è stato anche ipotizzato che si sia, in tal modo, data una responsabilità assai grande ai giudici di sorveglianza, esponendoli a intimidazioni e minacce. Il realtà, la stessa magistratura di sorveglianza, per il tramite del proprio Coordinamento nazionale, ha tenuto a difendere la propria funzione giurisdizionale e il proprio ruolo istituzionale, sottolineando l'importanza della prossimità di tali giudici ai casi concreti e agli operatori penitenziari, contro ventilate ipotesi di creazione di un tribunale nazionale *ad hoc* per decidere dei casi in questione, che nasconderebbe, in realtà una sfiducia verso tale magistratura e verso la sua natura diffusa: cfr. *Comunicato del Conams su ergastolo ostativo e ruolo della Magistratura di sorveglianza*, del 16 novembre 2019.

anche in conseguenza del progressivo stratificarsi delle fattispecie ostative introdotte nel corso del tempo, per scopi connessi alla politica criminale o a più generali obiettivi di stabilità e sicurezza sociale. Un'azione necessaria, in assenza di quegli interventi normativi che sarebbero stati indispensabili per far fronte ai problemi che la concreta applicazione delle disposizioni ha manifestato, e che sarebbero imposti anche dalle diverse condanne subite dall'Italia ad opera della CEDU, non ultima quella del caso *Viola v. Italia n. 2*; interventi che, tuttavia, presentano il forte disincentivo di non essere elettoralmente convenienti, o di essere addirittura controproducenti per quelle forze politiche che volessero sostenere riforme in tal senso, in quanto si presterebbero ad divenire facile e possibile oggetto di strumentalizzazione presso gli elettori e l'opinione pubblica, da parte delle forze politiche ad esse contrapposte.

Le riforme, anche in questo settore, quindi, richiederebbero un clima di stabilità politica, la capacità di delineare visioni e progetti di largo respiro e quella di darvi attuazione; tuttavia, in un Paese in campagna elettorale permanente, in cui si rincorre la politica del "contingente" e del "conveniente", in nome dell'immediato tornaconto politico, appare ardua l'implementazione di molti interventi che sarebbero necessari, e non soltanto nel campo dell'esecuzione penale.

CLAUDIO PANZERA

La libertà sindacale dei militari in un'atipica sentenza sostitutiva della Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. Il ritorno di una *vexata quaestio* all'esame della Consulta. – 2. Gli argomenti a sostegno del divieto: notazioni critiche. – 3. Cambio di strategia: dai parametri interni alle garanzie esterne. – 4. L'illegittimità parziale del divieto fra vincoli europei e margine di apprezzamento.

1. Il ritorno di una *vexata quaestio* all'esame della Consulta

La sent. 120/2018 della Corte costituzionale può essere annoverata tra le pronunce più significative della corrispondente annata per almeno due motivi: ha affrontato *ex professo* la questione del rilievo della Carta sociale europea (CSE) quale parametro interposto per la costituzionalità delle leggi e rimosso un atavico limite all'esercizio della libertà, garantita all'art. 39 Cost., di dar vita ad organizzazioni sindacali. Rinviando l'analisi del primo profilo ad un più ampio lavoro in corso di stesura, in questa sede mi concentrerò in modo prevalente sul secondo.

Oggetto del giudizio definito dalla sent. 120 è l'art. 1475, c. 2, del codice dell'ordinamento militare (d.lgs. 66/2010, d'ora in poi c.o.m.), il quale vieta ai membri delle Forze Armate di «*costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali*». Si tratta di una vecchia questione, che ritorna all'attenzione della Corte dopo quasi vent'anni da quando un analogo dubbio sulla costituzionalità della medesima disciplina – nel testo all'epoca vigente (art. 8, c. 1, l. 382/1978) – era stato dichiarato infondato¹. Il problema, ora come allora, si focalizza sulla compressione della libertà sindacale di una particolare categoria di lavoratori alle dipendenze dello Stato.

Al contrario di quanto avviene per il diritto di iscriversi a partiti politici, che la legge “può” limitare per le categorie tassativamente indicate nel terzo comma dell'art. 98 Cost. (fra cui «*i militari di carriera in servizio attivo*»), la Costituzione non prevede espliciti limiti soggettivi alla libertà di istituire o aderire ad associazioni sindacali. Tale diritto, insito nel principio costituzionale secondo cui «*L'organizzazione sindacale è libera*», riceve pure un significativo avallo a livello internazionale ed europeo in Carte che lo riconoscono fondamentale e incompressibile nella sua “essenza”, con ricadute sul piano interno ben visibili nella decisione in commento².

Com'è noto, se confrontato ad altri settori della pubblica amministrazione, il comparto dedito alla difesa e al mantenimento dell'ordine pubblico è rimasto a lungo impermeabile alla forza espansiva del principio di libertà sindacale, come di altri principi costituzionali, nonostante la declamazione imperativa dell'art. 52, c. 3 («*L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica*»). Solo col tempo e gradualmente si è pervenuti ad una “emancipazione” legislativa del settore, anche se permangono comunque alcune restrizioni, per le quali diventa indispensabile trovare una giustificazione *quantomeno implicita* nel dettato costituzionale, non potendo all'evidenza bastare il mero inquadramento del soggetto in un corpo militare.

Infatti, come si sa, l'avvento della Costituzione ha determinato il superamento di una visione fondata sulla pretesa autonomia e separatezza dell'ordinamento militare rispetto all'ordinamento generale dello Stato (concezione c.d. “istituzionalistica”): lungi dall'esserne distaccato, quello è parte integrante di questo e, pertanto, non può rimanere impenetrabile al sistema di garanzie costituzionali, dovendo piuttosto risultare «rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali

¹ Corte cost. sent. 13 dicembre 1999, n. 499.

² Si ricordano, ad es., le Convenzioni OIL 87/1948, 98/1949 e 154/1981, l'art. 11 CEDU, l'art. 5 CSE e l'art. 12 CDFUE.

di tutti i cittadini, militari oppure no»³. In linea con tale mutamento di paradigma, la legislazione vigente esplicita senza ambiguità quanto già si poteva desumere dal testo costituzionale, ossia che «*Ai militari spettano i diritti che la Costituzione della Repubblica riconosce ai cittadini*» (art. 1465, c. 1, c.o.m.).

Ciò detto, il problema è correttamente inquadrato ma non ancora risolto. Varie restrizioni ai diritti del cittadino-militare, come si sa, derivano dai *principi organizzativi* che ineriscono alla struttura del corpo, qualificando in modo necessario il rapporto di impiego in questo comparto dell'amministrazione (gerarchia, obbedienza, prontezza, coerenza interna e compattezza). La medesima disposizione appena citata fa seguire al riconoscimento generale dei diritti l'imposizione, con formula altrettanto generale, di «*limitazioni nell'esercizio*» di alcuni di essi, insieme alla «*osservanza di particolari doveri nell'ambito dei principi costituzionali*», al fine di «*garantire l'assolvimento dei compiti propri delle Forze armate*». Peraltro, tale soluzione di compromesso – distinzione fra “titolarità” ed “esercizio” dei diritti – corre il rischio di essere artificiosa nel caso specifico della libertà sindacale (ove la compressione totale e permanente dell'esercizio comporta un disconoscimento *de facto* della stessa titolarità) e, comunque sia, non sfugge al confronto con la Costituzione, in particolare al test di idoneità, necessità e proporzionalità cui ogni limitazione di diritti fondamentali deve sottostare⁴.

Tale esigenza non si impone solo in ragione dell'accennata mancanza di restrizioni soggettive nell'art. 39. Essa risulta tanto più rilevante se si considera che ai militari è precluso l'esercizio di un altro diritto costituzionale strettamente legato alla libertà sindacale, quello di *sciopero* (benché lo spazio per una conformazione legislativa sia qui sensibilmente più ampio, stante il tenore dell'art. 40 Cost.). Dalla corretta distinzione tra le due situazioni giuridiche deriva non solo che i limiti dell'una non dovrebbero automaticamente trasmettersi all'altra, ma pure che la compressione integrale del diritto di sciopero, restringendo in modo significativo il contesto delle libertà di azione e organizzazione dei lavoratori di quel comparto, impone di procedere con molta cautela nel ricavare *implicitamente* dal testo costituzionale limiti e condizionamenti anche della libertà sindacale. Ad analoga conclusione conduce, infine, il canone interpretativo che guida la più recente giurisprudenza costituzionale in tema di libertà fondamentali: quello della “massima espansione” (ragionevolmente possibile) delle tutele.

2. Argomenti giurisprudenziali a sostegno del divieto: notazioni critiche

Secondo una prima tesi, risalente a metà degli anni Sessanta dello scorso secolo, la limitazione della libertà sindacale dei militari e delle forze dell'ordine deriverebbe da un'interpretazione doppiamente estensiva del citato art. 98, c. 3 (quanto alla condotta vietata e ai soggetti interessati), argomentata sulla base della *dipendenza sostanziale* dell'associazionismo sindacale dell'epoca dai partiti politici. È quanto sostenuto, in specie, dal Consiglio di Stato per respingere come manifestamente infondati i dubbi di legittimità che avevano lambito la normativa del tempo⁵. Un'interpretazione, questa, già allora discutibile per l'impropria inferenza del limite in parola dall'art. 98 e per l'implicita svalutazione della portata immediatamente precettiva dell'art. 39, ma ancor più insostenibile oggi.

³ Corte cost. sentt. 22 maggio 1987, n. 278 e 22 febbraio 1989, n. 78.

⁴ Ad esempio, non potrebbe considerarsi ragione sufficiente ad escludere la libertà sindacale l'assenza di potere contrattuale degli appartenenti al corpo in ordine al profilo della retribuzione (che è fissata in modo unilaterale dalla legge) o, come subito si vedrà, il divieto di esercitare *altri* diritti, come quello all'autotutela mediante lo sciopero.

⁵ Cons. Stato, ad. plen., 4 febbraio 1966, n. 5, in *Foro it.*, 1966, III, 228.

Una diversa strada è percorsa nella citata sent. 449/1999, che giustifica la compressione della libertà sindacale dei militari in ragione della *assoluta specialità della funzione* assolta, riassumibile nell'evocativa qualifica delle Forze Armate come «ordinamento» (non separato ma pur sempre “speciale”) contenuta nell'art. 52, c. 3, della Costituzione. Il riconoscimento di una piena libertà di organizzazione sindacale, si afferma, pregiudicherebbe verosimilmente due caratteri tipici dell'apparato – la *coesione interna* e la *neutralità politica* – essenziali a quella speciale funzione. Per altri versi, il fatto che la legge comunque riconosca ai militari l'esercizio di alcune facoltà tipiche per la tutela di interessi collettivi, attraverso un sistema di rappresentanza istituzionale interno al corpo, consentirebbe di escludere che la garanzia dei loro diritti, consustanziale allo “spirito democratico”, receda di fronte alle esigenze «di organizzazione, coesione interna e massima operatività che distinguono le Forze armate dalle altre strutture statali», indebitamente sottovalutate dal remittente⁶.

La *ratio* della decisione risiede nell'accentuazione del «carattere assorbente» del *servizio reso* dalle Forze Armate rispetto al complesso dei diritti e garanzie connessi al *rapporto di impiego* del militare con la sua amministrazione. Ora, se ciò parrebbe consentire in tale settore una maggiore elasticità nel disporre in via legislativa limitazioni dei diritti costituzionali di soggetti pur sempre incardinati nell'amministrazione statale, per altri versi si ribadisce in modo inequivoco che il fulcro dell'operazione è da rinvenire, più che nella struttura, nella *funzione* dei corpi armati⁷. Ne deriva che non qualsivoglia esigenza organizzativa, ma solo quelle riconducibili all'assolvimento del servizio – meglio, della *missione* – delle Forze Armate potranno giustificare la compressione di quei diritti, secondo una valutazione di proporzionalità che tenga conto *sia* del sacrificio patito *sia* del nesso tra scelta organizzativa e finalità del servizio.

Quanto detto è da tenere fermo a seguito del graduale ampliamento oltre la tradizionale «difesa dallo Stato» (pur intesa in senso lato: art. 89 c.o.m.) delle funzioni di quel comparto, in favore di interventi ulteriori nei campi della pubblica utilità o della tutela ambientale, o ancora della sorveglianza di obiettivi fissi in supporto della comune attività di contrasto alla criminalità (artt. 92 e 93 c.o.m.). Il c.d. *dual use* delle Forze Armate ha dato luogo ad episodi talvolta discutibili (si pensi all'impiego dei militari per interventi di pulizia cittadina in occasione di emergenze generate dalla cattiva gestione del ciclo dei rifiuti), ma di solito si tratta di ipotesi di intervento sussidiario del tutto legittime sul piano costituzionale⁸. In realtà, la coerenza tra vincoli imposti dalla disciplina militare (mezzo) e il sacro dovere di difesa della Patria (fine) dovrebbe appunto costituire oggetto di verifica in relazione alle singole situazioni, non potendo essere data per scontata.

Insomma, mi pare che nel bilanciamento con i diritti del militare non entri la *struttura* del corpo in sé e per sé considerata (con i suoi valori di gerarchia, disciplina, prontezza, ecc.), quasi si tratti di una realtà immutabile e non invece del frutto di scelte politiche sottoposte comunque alla Costituzione, ma gli aspetti organizzativi *orientati alle finalità* dell'«ordinamento» delle Forze Armate quale comparto “speciale” della pubblica amministrazione. Il nesso fra struttura e scopi nel settore considerato, peraltro, è ben presente alla giurisprudenza costituzionale, anche nelle pronunce in cui sono le esigenze organizzative a prevalere sull'esercizio dei diritti costituzionali⁹.

⁶ L'affermazione è valida solo a patto di ritenere – come la Corte purtroppo fa – che gli interessi collettivi della categoria siano meritevoli di tutela «ma non necessariamente attraverso il riconoscimento di organizzazioni sindacali» (punto 3 *cons. dir.*).

⁷ Così si desume anche dal tenore del citato art. 1465, c. 1, c.o.m.

⁸ Si segnala, peraltro, l'autorevole richiamo del Presidente della Repubblica, in occasione del tradizionale messaggio di fine anno del 31 dicembre 2018, a che la funzione delle Forze Armate «non [sia] snaturata, destinandoli a compiti non compatibili con la loro elevata specializzazione».

⁹ È il caso della libertà di riunione nei luoghi di lavoro – soggetta ad autorizzazione dei superiori – in Corte cost. sentt. 20 gennaio 1982, n. 31 e 11 gennaio 1989, n. 24 (ove comunque prevale un'interpretazione restrittiva della norma incriminatrice della fattispecie). Per la prevalenza delle libertà sull'organizzazione, v. invece: Corte cost. sent. 29 aprile

Nella sent. 449, il confronto tra finalità-struttura del corpo e diritti costituzionali dei suoi membri conduce ad una sterilizzazione della libertà protetta dall'art. 39, mai esercitabile dagli appartenenti alle Forze Armate se non nella forma debole e surrogata dei Consigli di rappresentanza, per i quali l'obbligatorietà *ex lege*, l'unicità e la collaborazione prendono il posto dell'autonomia associativa, del pluralismo organizzativo e della funzione oppositiva che connotano il riconoscimento costituzionale della libertà sindacale nel settore privato come nel pubblico impiego. È inoltre discutibile che una tale rappresentanza (organica, corporativa, istituzionale) realizzi appieno quella *garanzia equivalente* delle situazioni giuridiche soggettive che parte della dottrina ha indicato come possibile invero, in termini generali, dello spirito democratico nell'amministrazione delle Forze Armate¹⁰.

La comparazione con le analoghe discipline dei principali Paesi europei, d'altronde, conferma che il divieto assoluto di costituire o aderire a sindacati non è una condizione indispensabile per assicurare la neutralità dei corpi militari (che è l'esigenza davvero comune), potendosi a tal fine anche solo circoscriverne le facoltà e i campi di azione (Germania) oppure adottare una nozione restrittiva di sindacato che non ostacoli la formazione di associazioni professionali con funzioni propositive e di assistenza dei militari iscritti (Regno Unito e Spagna). Anche la Francia, su sollecitazione della Corte europea, ha recentemente modificato in senso ampliativo la propria disciplina.

Resta, insomma, il dubbio che la conclusione della sent. 449, in contrasto con le affermazioni generali da cui pure muove (soprattutto, quella sulla "resistenza" delle garanzie costituzionali di fronte alle esigenze della struttura), *restringa* la portata dell'art. 52, c. 3, Cost., il quale – come si evince anche dall'uso dell'indicativo presente – «sottintende un mandato di trasformazione attiva»¹¹ dell'assetto giuridico della vita sociale e, dunque, della realtà stessa. In altre parole, quel «*si informa*» allo spirito democratico significa che l'ordinamento delle Forze Armate, per quanto speciale, si *deve* informare a tale spirito, di cui la libertà (e il pluralismo) sindacale costituisce una delle "manifestazioni visibili". Anche se, nella pratica, non sarà sempre agevole distinguere caso da caso, un conto sono le «deroghe puntuali al modello dell'amministrazione civile»¹² che la specialità del settore può astrattamente consentire, un altro la completa sterilizzazione delle garanzie costituzionali di determinate libertà.

Detto più chiaramente, a mio avviso "spirito democratico" e "specialità" del comparto non sono due polarità in equilibrio del terzo comma dell'art. 52 fra cui operare un continuo bilanciamento, come pure sembra emergere da alcune affermazioni ricorrenti nella giurisprudenza della Corte¹³, giacché il primo costituisce l'*orizzonte assiologico entro cui può trovare posto nell'ordinamento repubblicano il sotto-settore, pur speciale, delle Forze Armate*. Se così non fosse, si perverrebbe al paradosso di invertire il senso di quella disposizione, concludendo che, almeno in alcuni casi, debba essere l'ordinamento costituzionale ad "adattarsi" allo spirito – tradizionalmente gerarchico e, dunque, poco democratico – delle Forze Armate.

1985, n. 126, sul diritto di manifestazione del pensiero in forma collettiva (ribadita da Corte cost. sent. 15 novembre 2000, n. 519); Corte cost. sent. 22 gennaio 1992, n. 37, sul diritto di difesa nel procedimento disciplinare; Corte cost. sent. 12 luglio 2000, n. 332, sul diritto alla procreazione e alla genitorialità.

¹⁰ R. BALDUZZI, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle Forze armate*, Giuffrè, Milano, 1988, 111 ss. e 187 ss.

¹¹ J. LUTHER, *Art. 54*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1992, 1048.

¹² *Ibidem*. Un esempio si riscontra nel maggior rigore del trattamento di certe condotte quando a compierle siano militari, come nel caso della penalizzazione dell'ingiuria (anche se relativa a fatti non attinenti alla disciplina e al servizio militare), considerata da Corte cost. 27 settembre 2017, n. 215 non in contrasto con lo spirito democratico.

¹³ Oltre alle decisioni richiamate in nt. 9, cfr. pure Corte cost. sentt. 9 dicembre 1996, n. 396 e 9 aprile 1997, n. 113.

Quanto ora affermato non contrasta con la ricordata necessità di vagliare secondo ragionevolezza le limitazioni previste dalla legge all'esercizio di determinati diritti del cittadino-militare, ma ne rappresenta anzi il presupposto teorico.

Assodato che l'“adeguamento” allo spirito democratico non equivale a “disconoscimento” delle esigenze strutturali interne al corpo (se giustificate dai fini costituzionali perseguiti) e che ogni restrizione alle libertà va collocata entro la generale cornice del «rapporto di integrazione reciproca» tra i diritti fondamentali¹⁴, nel caso specifico delle Forze Armate il bilanciamento è *preorientato* dalla norma costituzionale a “riallineare” ai valori di base dell'ordinamento repubblicano un segmento dell'amministrazione tradizionalmente meno permeabile di altri alla spinta trasformativa dei principi costituzionali. Dunque, configurando le relazioni tra ordinamento repubblicano e ordinamento delle Forze Armate nei termini di un rapporto tra *genus* e *species*, si può affermare che non è la titolarità in capo al militare di un diritto garantito dalla Costituzione a restringere la portata di regole organizzative in sé generali, ma, al contrario, è l'esistenza di dette regole a contenere – nei limiti della stretta proporzionalità – l'efficacia di norme attributive di diritti che, in assenza delle prime, si riepanda in via generale (come testimonia, in altro contesto, il terzo comma dell'art. 98).

In ogni caso, con la sent. 449, la Corte decide di non percorrere fino in fondo la strada ora indicata, accontentandosi di far salva la libertà “dimidiata” espressa nella forma della rappresentanza istituzionale riconosciuta dal legislatore dell'epoca. Che la questione fosse definitivamente chiusa era però revocato in dubbio da quella parte della dottrina che, insoddisfatta dalla pronuncia, guardava oltre l'ordinamento nazionale e si interrogava sulla compatibilità dell'assetto interno con i vincoli derivanti dalle Convenzioni internazionali ed europee in materia¹⁵.

3. Cambio di strategia: dai parametri interni alle garanzie esterne

Un cambio di strategia era dunque inevitabile se si voleva spingere la Corte a mutare orientamento e lo stimolo giusto poteva venire proprio dal sistema di garanzie del Consiglio d'Europa. Se ne sono accorti alcuni giudici amministrativi che, approfittando di un favorevole *revirement* della Corte di Strasburgo, hanno nuovamente eccepito la costituzionalità della normativa italiana, seguendo stavolta un diverso approccio: a fare da sfondo alla questione, adesso, non ci sono i parametri interni (artt. 39, c. 1, e 52, c. 3, Cost.), ma *direttamente* le norme della CEDU (artt. 11 e 14) e della CSE (art. 5) cui fa da “ponte” l'art. 117, c. 1, della Costituzione.

Come accennato, le censure dei remittenti fanno leva principalmente su una recente evoluzione della giurisprudenza europea, che ha accertato l'incompatibilità con l'art. 11, c. 2, della CEDU di un'analogica normativa francese sulla base dell'assunto che le restrizioni alla libertà sindacale necessarie in una società democratica, in astratto consentite dalla Convenzione, non possono spingersi fino ad un sacrificio *integrale* del diritto, come appunto avviene nel caso in questione¹⁶. In tal modo, la Corte europea ha affinato l'interpretazione di quella disposizione, prendendo definitivamente le distanze dal risalente orientamento che tendeva a mantenere autonomi i due periodi di cui la stessa si compone – restrizioni “in generale” delle libertà di riunione e associazione e restrizioni “specifiche” per membri delle Forze Armate, della Polizia e dell'amministrazione statale

¹⁴ Fra le tante, Corte cost. sentt. 9 aprile 2013, n. 85 e 7 febbraio 2018, n. 58.

¹⁵ Cfr. G. D'ELIA, *Sotto le armi non tacciono le leggi: a proposito delle libertà sindacali dei militari*, in *Giur. cost.*, 1/2000, 556 ss. e J. LUTHER, *Art. 54*, cit., 1052, nt. 187.

¹⁶ Corte EDU, 2 ottobre 2017, *Matelly/Francia* (spec. §§ 57-58, 62, 71 e 75) e *ADEFDROMIL/Francia* (§§ 43-44, 47, 55 e 60), in cui si riconosce anche che la rappresentanza organica interna all'amministrazione militare non può considerarsi equivalente a quella sindacale (rispettiv. §§ 69-70 e § 54).

– e finiva per legittimare nel secondo caso anche la soppressione del diritto protetto, benché il testo parli espressamente di restrizioni legittime del solo *esercizio*¹⁷.

Poco tempo dopo, anche il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS) ha mutato orientamento, allineandosi all'ultima interpretazione della Corte di Strasburgo e dichiarando l'incompatibilità della legislazione francese con l'art. 5 della CSE sul diritto di associazione sindacale di «tutti» i lavoratori e i datori di lavoro (*all workers and employers*). In precedenza, infatti, il Comitato era giunto a elaborare un doppio binario sulla base di differenze testuali tra il secondo e il terzo periodo dell'art. 5¹⁸, con la conseguenza di ritenere le normative statali soppressive del diritto in parola legittime quando riguardavano i militari e vietate quando si applicavano alle forze di polizia¹⁹. La più recente decisione, pur ribadendo che il margine di intervento regolativo degli Stati è in genere maggiore nel caso dei militari (o, nell'ipotesi di assolvimento di plurimi compiti, quando il corpo interessato operi funzionalmente come forza armata e non come forza di polizia), ha invece stabilito che un divieto assoluto e generale di costituire o aderire a sindacati è *sempre* contrario alla Carta²⁰.

Il Comitato riconosce il proprio debito nei confronti dell'attuale giurisprudenza convenzionale sull'art. 11 CEDU, attenendosi al metodo costantemente seguito (che rafforza la legittimazione dell'organo) in base al quale le disposizioni della Carta vanno interpretate «alla luce dei complementari strumenti internazionali» di tutela dei medesimi diritti, a cominciare dal più vicino: la Convenzione e la giurisprudenza della sua Corte²¹.

Tale convergenza di risultati è estremamente positiva, non solo per i profili sostanziali legati al diritto in gioco, ma ancor prima sul piano sistematico dell'integrazione fra i due strumenti di tutela del Consiglio d'Europa. Infatti, al di là delle sfumature testuali, la libertà di organizzazione sindacale è storicamente uno dei terreni di incontro privilegiati tra le due Carte, per questo idoneo a favorire un processo di avvicinamento (al limite, fino alla sovrapposizione) delle interpretazioni offerte dai rispettivi organi di garanzia, nella prospettiva di un'auspicabile elaborazione di *standard minimi omogenei a livello europeo*²². Le ripercussioni sugli ordinamenti nazionali sono evidenti: sia per i

¹⁷ Cfr. Comm. EDU, 20 gennaio 1987, *Council of Civil Service Unions/Regno Unito*, ma già Comm. EDU, 10 ottobre 1979, *Rassemblement jurassien e Unité jurassienne/Svizzera*. Peraltro, da tempo la Corte europea si era espressa per un'interpretazione "stretta" delle limitazioni consentite dal secondo periodo dell'art. 11, c. 2 (sent. 21 febbraio 2006, *Tüm Haber Sen e Çınar/Turchia*, § 35), da confinare al solo «esercizio» del diritto e senza pregiudizio per la sua «essenza» (sent. 12 novembre 2008, *Demir e Baykara/Turchia*, §§ 97 e 144; cui *adde* – dopo il caso *Matelly* – sent. 21 aprile 2015, *ER.N.E./Spagna*, § 30);

¹⁸ Mentre il secondo periodo dell'art. 5 rimette alla normativa nazionale la *misura* in cui le garanzie della libertà sindacale si applicano alle forze di polizia, il terzo periodo rinvia agli Stati la stessa scelta sull'*an* della loro applicazione alle Forze Armate.

¹⁹ CEDS, 4 dicembre 2000, *EUROFEDOP/Francia*, § 28; 21 maggio 2002, *CESP/Portogallo*, § 25; 2 dicembre 2013, *EuroCOP/Irlanda*, § 72; nonché *Conclusioni 2002 e 2004* relative alla Francia.

²⁰ CEDS, 27 gennaio 2016, *CESP/Francia*, §§ 64, 78, 84-86 e 90-91. In tema, si segnala anche la dec. 19 gennaio 2019, *CGIL/Italia* circa il divieto di organizzazione sindacale e di sciopero degli appartenenti alla Guardia di Finanza, nella quale il Comitato tiene espressamente conto della sent. cost. 120/2018. In particolare, la decisione ha riconosciuto l'incompatibilità con varie garanzie della Carta (senza che rilevi la natura di forza militare o di polizia del corpo: § 98): dell'obbligo di previa autorizzazione ministeriale alla costituzione dei sindacati (§ 83); del divieto di colleganza esterna (§86-93); dell'assenza di contrattazione collettiva (§§ 130-133); del divieto assoluto di sciopero, in mancanza di misure compensative adeguate come l'obbligatoria previsione di servizi minimi essenziali da erogare o procedure di negoziazione sindacale delle condizioni generali di lavoro (§ 152).

²¹ Per l'approccio ermeneutico della Corte di Strasburgo in relazione agli altri strumenti internazionali e UE di tutela dei diritti umani, cfr. P. COSTANZO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2016/I, 10 ss.

²² Sul tema specifico della libertà sindacale delle Forze Armate, peraltro, da molti anni il Consiglio d'Europa preme in modo costante sugli Stati membri affinché siano rimossi gli ostacoli maggiori alla costituzione di sindacati e alla loro azione: v., ad es., la risoluzione 903/1988 e le raccomandazioni 1572/2001 e 1742/2006 dell'Assemblea parlamentare, nonché la raccomandazione 4/2010 del Comitato dei Ministri.

Paesi aderenti a entrambi i sistemi, che vedranno ridursi il rischio di dover disattendere un vincolo per adempiere l'altro; sia per i Paesi che hanno aderito alla CEDU ma non ancora alla Carta sociale (o che non hanno accettato alcune sue disposizioni) e che ne subiranno comunque l'influenza *indiretta* per il tramite della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Nel caso specifico, gli Stati non potranno più fare affidamento sulla disponibilità della Corte e del Comitato a interpretare in senso ampio le deroghe consentite dalle disposizioni citate al diritto di associazione sindacale dei militari, con prevedibili riflessi anche sull'interpretazione delle corrispondenti norme costituzionali interne. Per quanto concerne l'ordinamento italiano: se l'adattamento allo spirito democratico delle Forze Armate postula la salvaguardia dei diritti fondamentali del cittadino-militare e se il sistema di tali diritti va ricostruito – ex artt. 2, 3, 10, 11 e 117, c. 1, Cost. – alla luce dell'interazione fra garanzia interna e garanzie esterne in vista di un accrescimento del livello di protezione disponibile (nel senso fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale)²³, allora quell'adattamento finirà per "inglobare" la tutela in concreto più favorevole, da dovunque essa provenga.

4. L'illegittimità parziale del divieto fra vincoli europei e margine di apprezzamento

Diventa insomma arduo tenere conto di questi sviluppi e mantenere fermo il precedente della sent. 449/1999 e, benché i profili della vecchia e della nuova questione siano formalmente diversi, pare inevitabile che ai *revirements* esterni ne segua ora uno interno. Difatti, dopo aver preso atto del significato "vivente" dell'art. 11 CEDU e del significato (apparentemente) "testuale" dell'art. 5 CSE, e concluso per la loro sostanziale corrispondenza, la Corte costituzionale riconosce l'illegittimità del divieto per i militari di costituire e aderire a sindacati previsto dalla normativa interna.

Una soluzione diversa, in linea con il precedente del 1999, avrebbe richiesto alla Consulta di accantonare il livello di tutela convenzionale dimostrandone il contrasto con altri interessi di *rango costituzionale*, come accaduto in relazione a precedenti vicende per le quali non ha temuto di scontrarsi con la Corte europea²⁴.

Se il percorso fin qui seguito dalla sent. 120 appare lineare, più complessa è invece la *pars construens*, poiché la ricomposizione del sistema normativo necessita di alcune scelte attuative *di competenza del legislatore* al fine di coordinare l'esercizio del diritto di associazione sindacale dei militari con le contrapposte esigenze inerenti alla struttura del corpo (nel senso prima precisato della sua finalizzazione agli obiettivi costituzionali).

L'intervento ablativo della Corte non può infatti tradursi in una piena riespansione di quel diritto, poiché quanto ritenuto facoltativo in base al sistema convenzionale – ovvero, le restrizioni legali necessarie in una società democratica a garantire la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la salute, i diritti altrui, ecc. (art. 11, c. 2, CEDU e art. G CSE) – risulta invece obbligatorio «alla stregua dei principi costituzionali che presiedono all'ordinamento militare»²⁵.

Ciò vale, anzitutto, per il *divieto di colleganza "esterna"* prescritto dall'art. 1475, c. 2, c.o.m. che, rispondendo alle esigenze di «compattezza e unità» del corpo (principio comune anche alle forze di Polizia), risulta giustificato dalla «specificità» di quell'ordinamento, con un conseguente rigetto *in parte qua* della questione sollevata²⁶.

²³ Ossia che non esclude l'autonomia del bilanciamento fra il diritto garantito (anche) a livello sovranazionale e altri diritti costituzionali coinvolti.

²⁴ È il caso, ad es., delle "pensioni svizzere": Corte cost. 19 novembre 2012, n. 264.

²⁵ Sent. 120, punti 12 e 15 *cons. dir.* È su questo diverso registro che deve misurarsi la probabilità di ricadute della citata dec. *GCIL/Italia* sull'impianto normativo risultante dalla pronuncia in commento.

²⁶ *Ibidem*, punto 13.3 *cons. dir.*

Per quanto attiene alla *disciplina* della libertà di associazione sindacale dei militari, la Corte si preoccupa di individuare nel sistema vigente principi e regole in grado di orientare l'esercizio di quel diritto in attesa che intervenga in modo compiuto il legislatore. In particolare, sono enucleate quattro direttrici: 1) la costituzione di sindacati è subordinata al previo assenso del Ministro della difesa, in applicazione del principio dettato in via generale per tutte le associazioni fra militari dall'art. 1475, c. 1, c.o.m.; 2) il vaglio dei loro statuti ad opera degli organi competenti dovrà accertare, sul piano dell'organizzazione e del funzionamento, il rispetto dei principi di democraticità interna (artt. 39 e 52, c. 3), di neutralità (artt. 97 e 98) e la «assoluta trasparenza» delle fonti di finanziamento; 3) fra i mezzi di azione, resta precluso l'esercizio del diritto di sciopero; 4) quanto al loro ambito di competenza, si applica in via analogica il limite previsto per gli organismi di rappresentanza militare, i quali non possono occuparsi delle materie «concernenti l'ordinamento, l'addestramento, le operazioni, il settore logistico-operativo, il rapporto gerarchico-funzionale e l'impiego del personale» (art. 1478, c. 7, c.o.m.).

Questa seconda parte della decisione, di taglio ricostruttivo, mette in risalto la differenza di prospettive che guiderebbe i giudizi della Corte costituzionale e della Corte europea, in conseguenza della diversa natura dei rispettivi testi normativi di riferimento (bilanciamento "sistemico" *versus* bilanciamento "casistico"). Il margine di apprezzamento con cui, per la CEDU e il suo giudice, gli Stati possono legittimamente restringere la libertà sindacale, con gli invalicabili *limiti negativi* del divieto di soppressione del diritto e della necessità delle restrizioni imposte (per legge) in una società democratica, si riempie di *contenuti positivi* nell'ordinamento interno, per la doverosa considerazione di altri interessi costituzionali che intersecano, nel medesimo campo materiale, quella libertà.

La complessità dell'intervento riparatorio della Corte si riflette nella scelta di un dispositivo *atipico*. La dichiarazione di illegittimità parziale, diretta a colpire il frammento della normativa che vieta i sindacati militari ma non pure quello che proibisce la colleganza esterna, sarebbe secondo la Corte una soluzione inadeguata, poiché un esercizio non regolato del diritto di associazione sindacale è incompatibile con l'assetto costituzionale delle Forze Armate.

Un'additiva semplice invaderebbe il campo riservato alle valutazioni discrezionali del legislatore, come visto piuttosto ampio. L'additiva di principio è tecnicamente possibile solo nella forma della sostituzione normativa, ma deve lasciare intatto il divieto di aderire ad altri sindacati (rispetto a cui la Corte ha escluso vizi di costituzionalità). Da questo miscuglio di esigenze normative generali e limiti tecnici particolari scaturisce un dispositivo appunto atipico, di illegittimità della disposizione contestata «in quanto prevede che "I militari *non* possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali" invece di prevedere che "I militari *possono* costituire associazioni professionali a carattere sindacale *alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono* aderire ad altre associazioni sindacali"» (c.vo aggiunto).

La Corte non è nuova a manipolazioni che esaltano la sua discrezionalità nella costruzione del dispositivo, il quale – si ricorda – nel caso dell'accoglimento rappresenta anche l'unica parte della decisione indiscutibilmente dotata di efficacia vincolante *generale*.

Come in altra sede si è cercato di argomentare, si tratta di operazioni a volte così sofisticate che le classificazioni tradizionali non riescono a coglierne integralmente la portata e tali da richiedere l'adozione di schemi tipologici del tutto nuovi²⁷.

Credo che anche la sent. 120 si possa includere in questo eterogeneo filone, confermando la crescente rilevanza del fenomeno evidenziato. Un terzo motivo, dunque, per annoverarla tra le decisioni che meritano di essere ricordate.

²⁷ C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Esi, Napoli, 2013, spec. 192 ss.

LAURA RONCHETTI

**Antigone: praticare un'autonomia all'altezza dei doveri inderogabili.
Brevi considerazioni sul rapporto tra autonomia e Costituzione**

SOMMARIO: 1. Disobbedienza alle leggi in adempimento di un dovere inderogabile. – 2. Antigone: sorella, ma non solo. – 3. Il diritto tra innovazione e conservazione: la forma e la sostanza. – 4. L'autonomia di Antigone quale paradigma da riscoprire.

1. Disobbedienza alle leggi in adempimento di un dovere inderogabile

Antigone, nei tempi recenti, ha smesso di comparire solo nei titoli dei saggi di filosofia¹, teatro e diritto², per occupare le prime pagine dei quotidiani. Secondo tanti - e io concordo - la capitana Carola Rackete della Sea Watch 3 ha compiuto un'azione comparabile a quella della Antigone di Sofocle³. A mio giudizio è una delle "Antigoni ricorrenti"⁴ nella storia.

¹ Cfr. P. Montani (a cura di), *Antigone e la filosofia* Roma, 2017 che raccoglie saggi sull'interpretazione di Hegel, Kierkegaard, Hölderlin, Heidegger, Bultmann, ma anche di Lacan, Nussbaum, Zambrano, Irigaray, Caravero e Derrida.

² T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, 107; M. SICLARI, Postilla a T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Teoria del Diritto e dello Stato*, 2004, 165; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos basileus*, III ed., Milano Rizzoli, 2008, 31; 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 *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi 2017/I, 138; C. SOTIS, "Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". *Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *Diritto penale contemporaneo (www.penalecontemporaneo.it)*, 3 aprile 2017; G. CANZIO, *La "dike" degli antichi e la "giustizia" dei moderni: "Edipo Re" e "Antigone"*, in *DPC*, 2018, 1; M. CARTABIA – L. VIOLANTE, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, il Mulino, Bologna, 2018 con gli interventi di G. CANZIO, in *Rivista Italiana per le Scienze giuridiche*, 9/2018, 229 ss. e di M. LUCIANI, *ivi*, 237 ss. Affrontano il mito di Antigone, pur senza nominarla nel titolo, V. ANGIOLINI, *Il diritto degli individui*, Giappichelli, Torino, 2005; A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, 1 ss.; G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Laterza, Roma Bari, 2010, nel paragrafo *I miti fondativi: Antigone e Creonte*, 283 ss.; M. C. NUSSBAUM, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, il Mulino, Bologna, 2011; A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)*, Studi 2015/I, 10 ss.; A. SCHILLACI, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2018, 245 ss., che dedica il Capitolo IV a *Antigone e la città. Percorsi del riconoscimento e costruzione della convivenza* nonché il mio *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano, 2018, del quale qui si riprendono e sviluppano le riflessioni sull'Antigone di Sofocle del primo paragrafo dedicato ad *Antigone quale mito fondativo dell'autonomia*, 15 ss.

³ R. K. SALINARI, *Carola Rackete come Antigone, «prima delle leggi»*, in *il manifesto*, 28 giugno 2019, scrive «La memoria torna all'Antigone di Sofocle, che scelse la pietà verso il corpo del fratello insepolto e per questo fu condannata dalle leggi che il nuovo sovrano aveva promulgato»; G. Azzariti, *Che fare se il potere viola la costituzione*, *ivi*, scrive: «Forse potremmo usare le parole di Antigone per intenderne la portata: «Non potevo consentire a un mortale di calpestare le leggi non scritte degli dèi. Io non potevo cadere nella loro condanna per paura di un uomo e della sua arroganza». Antigone pensava che fosse inaccettabile trasgredire la legge di natura, noi possiamo interrogarci se sia oggi possibile che l'arroganza del potere possa giungere a violare la costituzione»; R. Vecchioni, *La capitana Antigone*, in *La Repubblica.it*, 29 giugno 2019; M. Fini, *Carola-Antigone è nel torto, ma ha ragione*, in *Il Fatto quotidiano*, 29 giugno 2019, scrive «Insomma Carola Rackete è Antigone, Matteo Salvini, nobilitandolo parecchio, Creonte che nel proseguo della tragedia greca finirà molto male, cosa che potrebbe capitare anche all'improvvisato 'capitano'»; T. Montanari - F. Pallante, *Antigone è la Costituzione*, in *il manifesto*, 2 luglio 2019, scrivono: «Il nostro ordinamento giuridico è costruito per gradi gerarchici. Al vertice sta la Carta. Le leggi e i decreti stanno sotto. E ciò che sta sotto non può contraddire ciò che sta sopra, pena il suo annullamento da parte della Corte costituzionale. Carola Rackete ha assunto apertamente il rischio di violare la legge, convinta della sua contrarietà alla nostra Costituzione».

⁴ R. ROSSANDA, *Antigone ricorrente*, Introduzione a *Antigone* nella traduzione di L. Biondetti, Feltrinelli, Milano, 1987.

Non tutte e tutti concordano con questo parallelismo tra Antigone e Carola⁵, sebbene, in entrambi i casi, due donne si siano assunte la responsabilità di disobbedire a ordini impartiti dal potere legittimo per adempiere a un dovere considerato inderogabile. Nei due casi le conseguenze prospettate *ex ante* e subite *ex post* non sono commisurabili, ma proprio perché nel frattempo alcuni principi giuridici sono divenuti inviolabili. In Italia in particolare la Resistenza in quanto tale è stata paragonata al mito di Antigone: «Il 25 aprile celebriamo l'insurrezione delle coscienze contro la legge, contro la legge del regime fascista e dell'occupante nazista. Da quella insurrezione delle coscienze e da quella affermazione dei diritti è nata la nostra Costituzione, la quale non presuppone la rivolta contro le leggi, ma intende invece costituire l'ambito entro cui le leggi siano tali che valga la pena di sottostare ad esse. Perché nel quadro della Costituzione i doveri di legge sono in bilancio dinamico con i diritti di legge»⁶.

È la dimensione del dovere inviolabile come norma giuridica vigente superiore che si decide di assolvere contro la legalità ordinaria ad accomunare la figura di Antigone con Carola: due modi di agire, due condotte - certamente garantite in maniera diversa nei due ordinamenti coinvolti, comportando conseguenze del tutto divergenti nei due casi - sostenute dal senso del dovere e pronte a sostenerne la piena responsabilità.

Rackete ha assolto al *dovere di assistenza dei naufraghi e di sbarco in un porto sicuro*⁷. Per adempiervi ha violato l'odierno "editto di Creonte", vale a dire il Decreto-legge Salvini⁸ sui porti "chiusi" alle sole navi che onorano un'antichissima norma consuetudinaria, poi trasfusa nei più recenti trattati internazionali sul diritto del mare: il dovere di salvare le persone in pericolo in mare⁹ e portarle in un porto sicuro. È un'altra donna, la Gup di Agrigento, a giudicare che Carola abbia agito «in adempimento di un dovere»¹⁰ in caso di salvataggio in mare per rischio di naufragio previsto da norme sovraordinate al c.d. "decreto sicurezza bis": «dovere di soccorso» che non si esaurisce nella mera presa a bordo dei naufraghi, ma nella loro conduzione fino ad un porto sicuro. «Disobbedire era un dovere» ha detto la giudice penale¹¹. Il futuro ci dirà se anche la giustizia costituzionale saprà *rendere giustizia* dei principi fondamentali della nostra Costituzione che consacrano i «doveri inderogabili di solidarietà» (art. 2 Cost.), compresi quelli stabiliti da norme di diritto internazionale.

Entrambe le donne, Antigone e Carola, hanno rivendicato le proprie azioni come inevitabili e se

⁵ E. RIGO - L. GENNARI, *Il diritto di Carola*, in *Dinamo PRESS* (<https://www.dinamopress.it/>) 2 luglio 2019, affermano che «sono stati in molti a paragonare Carola alla figura di Antigone. A noi pare che il suo atto non sia un appello a una qualche legge superiore, lo leggiamo piuttosto come una presa di responsabilità, articolata, appunto, attraverso l'esperienza e l'azione»; L. GRADONI - L. PASQUET, *Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3*, in *SIDIBlog*, (<http://www.sidiblog.org/>) 6 luglio 2019, «A differenza di Antigone, che respinse il diritto della polis in nome della legge divina, la comandante della Sea Watch 3 si è scrupolosamente attenuta al diritto positivo e ciò, nonostante si sia trovata ad agire in un quadro politico e giuridico sempre più invaso da incertezze e contraddizioni, da norme collidenti ed ermeneutiche inconciliabili».

⁶ S. LEVI DELLA TORRE, *La legge e la coscienza*, in C. MAGRIS - S. LEVI DELLA TORRE, *Democrazia, legge e coscienza*, Codice edizioni, Torino, 2010, 25.

⁷ Previsto dalla Convenzione di Amburgo detta SAR e dalle connesse Linee guida.

⁸ Decreto legge 14 giugno 2019 n. 53, art. 1 (art. 11, comma 1-ter, TUIM) sulla base del quale è stato adottato il decreto interministeriale del Ministro dell'interno, di concerto con quello delle infrastrutture e trasporti con cui si disponeva il divieto di ingresso, transito e sosta della nave Sea Watch 3 nel mare territoriale nazionale.

⁹ In questo caso, come si riporta nell'ordinanza del Gup di Agrigento del 12 giugno 2019 la Sea Watch 3 ha tratto in salvo le persone trovate in mare su "un gommone in condizioni precarie e nessuno aveva giubbotto di salvataggio, non avevano benzina per raggiungere alcun posto, non avevano esperienza nautica né equipaggio" e ha ritenuto porto non sicuro Tripoli, come riconosciuto anche dal Gup di Trapani il 23 maggio 2019.

¹⁰ Così l'ordinanza di non convalida dell'arresto di Carola Rackete del Gup di Agrigento del 2 luglio 2019. L'adempimento di tale dovere rientra tra le ipotesi di scriminante previste dall'art. 51 c.p.

¹¹ Gup di Agrigento del 2 luglio 2019.

ne sono assunte la piena responsabilità. Entrambe, per giustificare le proprie scelte, hanno invocato norme superiori perché espressive dei diritti fondamentali inviolabili di ogni persona, dalla più condannabile come Polinice alle più vulnerabili come i naufraghi in mezzo al mare. Diritti inviolabili che, come sempre, impongono doveri inderogabili che la comunità e i suoi singoli componenti devono riconoscere e garantire.

Il porto sicuro che, dopo diciassette giorni in mare con decine di persone a bordo, la capitana si è presa contro gli ordini ricevuti ricorda molto la degna sepoltura che Antigone ha voluto dare al fratello Polinice, che Creonte (zio di entrambi) imponeva restasse in balia delle fiere per espiare la colpa di aver mosso guerra contro la sua città, Tebe. Creonte negava, dunque, il diritto alla sepoltura del traditore sconfitto, in spregio della fondativa importanza attribuita alla sepoltura sin dalle più remote culture umane.

L'accanimento contro un cadavere e gli affetti dei cari del defunto ricorda l'accanimento contro vite umane stremate e contro le persone che si sono messe in mare soltanto al fine di salvarle e soltanto perché le istituzioni hanno declinato ogni responsabilità, contravvenendo a precisi obblighi internazionali.

Certamente non meno antico, infatti, è il *dovere di dare degna sepoltura a qualunque defunto*, anche ad un traditore della patria come Polinice: Antigone, disobbedendo all'editto di Creonte che imponeva di lasciare il corpo del fratello alla mercé dei rapaci e stabiliva la pena di morte per i trasgressori del divieto di sepoltura, adempie a tale dovere inderogabile. Ogni tipo di civiltà, d'altra parte, ha lasciato tracce e testimonianze relative alla pratica di seppellire i defunti e ai rituali funerari che l'accompagnano. La più antica forma conosciuta di sepoltura risale al periodo dell'*Homo sapiens* e sono note normative sulla sepoltura, sancite fin da tempi antichi, che riguardano il tipo, il luogo, il cerimoniale, la forma di sepoltura. Si tratta di un diritto fondamentale al sepolcro, consistente nel diritto di essere seppelliti (*jus sepulchri*) cui corrisponde un dovere di dare sepoltura.

Il nostro codice penale, infatti, punisce il reato di vilipendio di cadavere all'art. 410 c.p. come violazione del sentimento di pietà per i defunti¹², che forse sarebbe meglio espressa dall'idea della inviolabile dignità anche della persona defunta. Non si tratta di discutere delle modalità e del luogo dei *Sepolcri*¹³, ma del rispetto dovuto al corpo dei morti.

I due doveri qui richiamati, soccorso in mare e dare sepoltura, peraltro si incrociano nei c.d. «diritti annegati»¹⁴ a proposito delle salme dei migranti vittime di naufragio in Italia, da recuperare e identificare.

2. Antigone: sorella, ma non solo

Sono i congiunti più prossimi a essere titolari dell'interesse alla tutela del sentimento di pietà e memoria del defunto.

Nel mondo greco gli onori dovuti ai morti erano un dovere fondamentale che spettava ai figli o ai parenti più stretti: tra questi rientrava non solo Antigone, ma anche la sorella Ismene e lo stesso Creonte, zio acquisito di Polinice perché marito della sorella di Giocasta, anch'essi responsabili del

¹² Il libro secondo del nostro codice penale, al titolo V, capo II, prevede i delitti contro la pietà dei defunti. In esso sono contenuti reati che vanno dalla "violazione di sepolcro" (art. 407), "vilipendio delle tombe" (art. 408), al "turbamento di un funerale" (art. 409), alla "distruzione di cadavere" (art. 411), all'occultamento (art. 412) e all'"uso illegittimo" (art. 413) dello stesso.

¹³ Si ricorda in proposito il monito di Foscolo nel carne "I Sepolcri", si inseriva nell'acceso dibattito sulla riforma napoleonica dei cimiteri imposta in Italia, secondo cui una società che non conserva il culto dei morti si autoinfligge l'estinzione.

¹⁴ M. D'AMICO – C. CATTANEO (a cura di), *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, Milano, 2016.

culto dei propri morti. In questo caso il congiunto defunto non meritava onori, come spesso accade agli sconfitti, ma l'editto di Creonte ordinava un vero e proprio vilipendio di cadavere.

Antigone disobbedisce all'editto e per tale scelta, infine, muore lei stessa, così giovane e promessa sposa di Emone, figlio di Creonte. Molte letture attribuiscono tale condotta (scellerata, isterica, irrazionale o sacrificale) al suo essere donna, anzi sorella¹⁵, protettrice della "famiglia" o detentrica della genealogia materna e di sangue, come si è sostenuto pur da angolazioni del tutto diverse¹⁶. Come non ricordare, tuttavia, Priamo che si reca da Achille a supplicare di avere il cadavere di Ettore, contro il parere della moglie, madre dell'eroe troiano ucciso? Il Re orgoglioso e il padre disperato era stato spinto dallo stesso Zeus a portare doni all'assassino del suo migliore combattente e del suo amato figlio pur di avere un corpo da seppellire¹⁷. Il Re di una città sotto assedio è mosso solo da amore paterno o dal un profondo senso dei doveri inderogabili che vanno assolti anche a sprezzo del pericolo? Dare per scontato che Antigone rappresenti la famiglia, idealizzi la cura del consanguineo, in quanto donna sembrerebbe una forzatura a fronte del celebrato gesto di umiliazione cui si presta il re troiano con il nemico che lo assedia.

Antigone, come Priamo, adempie a un dovere percepito come inderogabile.

Se Hegel, dunque, percepisce il ruolo culturale del dovere di sepoltura, non coglie affatto la dimensione giuridica, e dunque politica, di un obbligo che le norme finora allora osservate attribuivano ai congiunti in ossequio di un antico sentire comune di rispetto per il morto. Antigone difende un ordine politico basato sul rispetto per i morti, rispetto dovuto a chi è impossibilitato a nuocere ancora: certo, spetta a lei in quanto sorella e nel suo atto può leggersi anche la rappresentazione della sorellanza e, dunque, della genealogia materna, ma non ritengo che ciò possa far distogliere lo sguardo dal conflitto in cui si inserisce la condotta di sorellanza.

Si tratta di una "controcondotta"¹⁸ rispetto a quella che noi chiameremmo legalità ordinaria, seppur consapevole della "irriducibilità" del conflitto che il suo gesto di disobbedienza stava innescando e conscia che nulla l'avrebbe salvata dalle nefaste conseguenze. Lei stessa vive un «conflitto tra doveri»¹⁹: dovere di dare sepoltura che ricade innanzitutto sui congiunti del defunto e dovere di obbedienza al re, appartenente alla sua stessa famiglia.

In questo conflitto lei avanza una questione cruciale, tuttora non del tutto assimilata nonostante il costituzionalismo abbia raggiunto i livelli di garanzia di cui ha potuto infine godere Rakete:

¹⁵ Lettura che fa molto leva sui versi 902-912 che recitano: «E questa è la bella ricompensa, Polinice, per aver sepolto il tuo cadavere! Ma ho fatto bene a renderti questi onori. Chi è saggio lo capisce. Non avrei affrontato questa fatica, non avrei agito contro la città, per un figlio o per un marito. Perché dico così? Per quale legge [νόμος]? Se mi fosse morto un marito, avrei potuto averne un altro. O fare un figlio con un altro uomo, se avessi perso il figlio che avevo. Ma mia madre e mio padre ormai sono morti, e un altro fratello non potrebbe più nascermi. Ho seguito questa legge [νόμος] e ho scelto di onorare te prima di tutto, o fratello mio». Come è noto Goethe arrivò a dubitare della autenticità di tali versi, insinuando il dubbio che fossero stati aggiunti in seguito e a sproposito, tanto anomali rispetto al contesto precedente e successivo.

¹⁶ L. IRIGARAY, *Speculum. L'altra donna*, Milano, 1977, è ritornata sulla figura di Antigone in *Id, Il tempo della differenza, Diritti e doveri civili per i due sessi*, Roma, 1989, in particolare 50 ss., che respinge l'idea di Antigone mossa da «pathos familial-religioso» ma ne dà anche una lettura di "genealogia materna" che implica di prendersi cura dei corpi generati dalla madre, di seppellirli se morti, di non preferire il primogenito all'ultimogenito (cioè Eteocle a Polinice) per questioni di eredità, seppur invitando a "sentire ciò che dice riguardo al governo della città, al suo ordinamento e alle sue leggi" "rispettando la legge orale rispetto a una legge scritta che si istaura e pretende ignorarla».

¹⁷ Iliade, Libro XXIV (698-700):

«L'antico sire ripigliò: là dentro

Senza onor di sepolcro il mio diletto Ettore giace».

¹⁸ Mi sia consentito rinviare al mio *Il nomos infranto*, Jovene, Napoli, 2007.

¹⁹ Cfr. A. ZOTTI, *Genesi e funzione di un "conflitto di doveri"*, in M.C. FEDERICI – F. D'ANDREA (a cura di), *Lo sguardo obliquo: dettagli e totalità nel pensiero di Georg Simmel*, Perugia, 2004, 361 ss., su Antigone in particolare 367.

Antigone «dice che il diritto ha un contenuto e che questo contenuto va osservato»²⁰. Il contenuto del diritto è nella libera disponibilità di chi esercita legittimamente il potere in una comunità? Incontra questo diritto dei limiti invalicabili in norme ritenute superiori a qualunque indirizzo politico? È sufficiente la generalizzata accettazione dell'indirizzo politico *pro tempore* perseguito, financo quando determinato con le migliori intenzioni, o vi sono norme storicamente percepite come superiori che godono comunque di un consenso più profondo nella comunità, per quanto annichilita e accecata dalla voragine in cui talvolta la storia la spinge?

Per questo, come è stato scritto, l'Antigone di Sofocle «drammatizza l'intreccio del pubblico e del privato, dell'esistenza individuale e di quella storica»²¹. È l'opera in quanto tale a farlo, non solo la protagonista, perché è una forzatura rinchiudere Antigone nella sfera privata e collocare, invece, Creonte nella sola dimensione pubblica visto che in questa tragedia il re perde non solo una nipote, ma soprattutto un figlio e una moglie e che le morti di Antigone, Emone e Euridice sono chiaramente suicidi determinati dai comportamenti di lui.

La tragedia si chiude con l'idea che, non è tanto la disobbedienza di una giovane, ma piuttosto la scelleratezza nella gestione della sfera pubblica che finisce per abbattersi senza clemenza sulla vita di tutti, anche dei più potenti. Creonte ripete e ripete, infatti, che è stata sua la colpa.

3. Il diritto tra innovazione e conservazione: la forma e la sostanza

Antigone non rivendica mai di rispondere a una sua propria legge, a quella della sua famiglia o di una presunta predisposizione femminile alla cura e in particolare alla cura dei morti, quanto piuttosto alle «leggi non scritte degli dei, leggi immutabili che non sono di ieri né di oggi, ma esistono da sempre, nessuno sa da quando». È in nome di tale piena adesione a norme considerate inviolabili che Sofocle più volte fa ripetere ad Antigone che seppellire suo fratello è un atto cui si impegna volontariamente, nella convinzione che sia giusto e nella piena consapevolezza delle conseguenze delle proprie azioni. «Non ho pensato che i tuoi decreti avessero il potere di far sì che un mortale potesse trasgredire» queste leggi superiori. Antigone denuncia l'abuso di potere, la violazione di norme immutabili.

Quali? Davvero quelle degli dei che in questa tragedia non intervengono in alcun modo? Lo stesso Tiresia denuncia proprio la loro scomparsa nei sacrifici, negli altari, nelle offerte, segno che la questione è davvero umana, non divina.

Antigone, dunque, non si limita a far valere una propria intima necessità di sorella, di donna pronta al sacrificio per accudire il fratello, quanto di adempiere a una norma giuridica fino ad allora non contestata del *corpus* di leggi non scritte vigenti nel V secolo a.C.²²

Innegabile è l'adesione di Antigone a questo *corpus* giuridico e alla visione della *polis* che esso restituisce e, perciò, assolve lei stessa al *dovere di degna sepoltura* che il neo re Creonte pretende di sospendere con una "legge-provvedimento".

Non è un conflitto tra morale e diritto, se non nella misura in cui la sua morale le impone di chiedersi quale sia il rapporto tra diritto e legge, chi prevalga in caso di conflitto.

²⁰ L. IRIGARAY, cit., 53, che aggiunge, 57, che deve sull' "accordo responsabile" che presuppone «reciprocità soggettiva garantita dal diritto».

²¹ G. STEINER, *Le Antigoni*, Milano, 1984, Prefazione.

²² Si accoglie qui la tesi sostenuta da G. CERRI, *Il significato dell'espressione "leggi non scritte" nell'Atene del V secolo A.C.: formula polivalente o rinvio ad un corpus giuridico di tradizione orale?*, in *Mediterraneo antico*, XIII, 1-2, 2010, 139, che ribadisce quanto sostenuto dall'A. nel suo *Legislazione orale e tragedia greca*, Liguori, Napoli, 1979: le leggi non scritte, prima della grande codificazione avvenuta alla fine della Guerra del Peloponneso nel 403 a.C., costituivano «un vero e proprio sistema legislativo di tradizione orale».

Si è data una risposta interiore su come risolvere tale conflitto e su quanto sia per lei impossibile non agire di conseguenza. Nel farlo Antigone rifiuta qualsiasi sotterfugio e di agire in segreto, come le suggeriva la sorella Ismene. Quest'ultima non ritiene possibile sfidare apertamente il potere costituito, soprattutto perché «siamo donne, ricordalo, non possiamo batterci con gli uomini; chi ci governa è più forte e noi dobbiamo piegarci a quest'ordine e ad altri, ancora più penosi» (80-87). Antigone, invece, compie un gesto "privato", la sepoltura di un congiunto, ma è perfettamente consapevole degli enormi risvolti politici, e non meramente penali, delle sue azioni. Insiste, infatti, che il suo gesto e il suo ripetuto rifiuto di rinnegarlo siano resi noti a tutti.

Mentre vi è evidenza che Antigone sia il mito di fondazione di un conflitto irriducibile tra principi superiori e leggi umane transeunti, la teoria giuridica insiste piuttosto sull'identificazione di Creonte con un diritto nuovo positivo, scritto, e in quanto tale democraticamente stabilito e interpretabile da tutti²³ mentre Antigone di quello orale, appannaggio dell'interpretazione degli aristocratici, espressione di una gerarchia che stenta a riconoscere il *demos* invocando una infondata legittimazione divina.

Questa lettura a me sembra scontare un eccesso di disvelamento delle intenzioni di Sofocle che, seppure coincidessero con l'intento di "difendere" l'aristocrazia e la sua cultura giuridica, scrive un'opera la cui parte conclusiva - una volta finito il dialogo tra l'aristocratica Antigone e il titolare del potere normativo della *polis* Creonte - fa emergere la progressiva presa di coscienza di Creonte di aver abusato del proprio potere violando un dovere inderogabile, sentito come tale dalla *polis*. In altri termini - pur nella consapevolezza di quanto egli fosse legato agli ambienti conservatori, esaltando il suo amore per il passato e il culto della patria, messa in pericolo dal nuovo pensiero rivoluzionario dell'età di Pericle - Sofocle sceglie un dovere di cui è difficile non cogliere la valenza immutabile tra civiltà ed epoche storiche. È questa scelta a rendere questa tragedia paradigmatica di una gerarchia tra fonti, tra norme fondamentali per la convivenza e leggi espressive dell'indirizzo politico *pro tempore*.

Anzi si fa leva su uno *ius* basato sui doveri, tanto immutabile da sussistere ancora oggi. Allora perché li si vuole ridurre a tradizione conservatrice per deprivarli della loro forza normativa, perché li si relega a riti religiosi?

«Antigone ci dice dunque che la vita della città non può essere semplificata. Essa rovina su se stessa se le plurime istanze di vita tradizionale, in questo senso conservatrici (anche le più sante, come i legami del sangue o la pietà verso gli dèi), non si coordinano con le istanze innovatrici. E dice anche però, d'altra parte, che la stessa cosa accade se il governo si perde in una vertigine d'onnipotenza. Perché due sono i pilastri della convivenza tra gli esseri umani: il diritto e la legge. Il diritto senza legge è cieca conservazione; la legge senza diritto è puro potere dispotico. In questo noi scorgiamo il monito duraturo di Antigone. Se non ci rendiamo consapevoli di questo doppio lato della nostra convivenza, l'equilibrio verrà rotto»²⁴. Creonte, dunque, è l'innovatore, «portatore del diritto nuovo»²⁵.

Chi oggi violerebbe l'editto di Creonte? Il conservatore in nome delle tradizioni o, invece, l'innovatore? O nessuno? Carola, a modo suo, esprime la conservazione di valori divenuti norme superiori contro un'innovazione giuridica che esorbita dal costituzionalmente disponibile.

Nella riflessione giuridica, invece, si tende a sminuire che la tragedia sia intitolata a Antigone, non ad Antigone e Creonte. Sebbene Creonte resti sul palcoscenico tutto il tempo, mentre Antigone ne esca a due terzi (920), è la terza parte della tragedia ad illuminare il famoso scontro dialettico tra Antigone e Creonte, che continua a raccogliere tutta l'attenzione. Gran parte della riflessione

²³ L. VIOLANTE, *Antigone*, in M. CARTABIA - L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, cit., 96.

²⁴ Quando G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos basileus*, Milano, Rizzoli, 2006, 51.

²⁵ Così, L. VIOLANTE, *Antigone*, cit., 97.

giuridica sulla tragedia sottolinea il conflitto tra i due personaggi sotto diverse prospettive, tralasciando che al centro vi è la “tragedia di Antigone” determinante per la successiva “tragedia di Creonte” che paga duramente la sua decisione: Creonte, re detentore del potere che rivendica politico, comprende troppo tardi che è proprio politicamente che la sua decisione corrisponde a una politica ingiusta perché non fondata sulla volontà della *polis*, legata a norme giuridiche fondamentali che sente violate. La sua tragedia è nel comprendere troppo tardi che non ha verificato preliminarmente il consenso reale alla sua decisione, che all’inizio della tragedia si limita a spiegare al Coro con argomentazioni che ruotano intorno al principio di uguaglianza e soprattutto a quello di *auctoritas*.

È vero che il Coro prima accetta la decisione del Re e che poi invita sia Creonte che Antigone ad ascoltare le ragioni dell’una e dell’altro ma non dobbiamo dimenticare che, infine, considera Creonte l’uomo solo al comando che ha adottato un editto crudele. A riprova dell’accusa che Antigone muove a Creonte di esorbitare dai limiti che ogni potere legittimo incontra, l’imputata si rivolge allo zio re come *strategos*, vale a dire come detentore della forza, espressione della legge del più forte, e non come *basileus*, istitutore della legge dei cittadini. Sebbene fosse nel potere del re emanare editti che implicassero l’obbligo di obbedienza da parte di tutti, l’editto di Creonte, da un lato, rinnega la legge che prevedeva la sepoltura in patria di tutti i tebani, dall’altro, è più severo delle stesse usanze tradizionali che permettevano la sepoltura anche dei traditori, a patto avvenisse fuori dalla città.

Lo stesso nome di Creonte, che in greco significa potente, suggerisce l’arroganza del potere che pretende “pieni poteri”. Un’arroganza che Creonte dimostra anche nei confronti dell’indovino Tiresia, interprete della volontà degli dei che, oggi come allora, chiede semplice *pietas*.

Per quanto possa essere tacciata di ingenuità²⁶ la presa di posizione per uno dei personaggi della tragedia, le ragioni di Creonte sono dalla tragedia stessa messe in discussione e per motivi democratici, per la loro non conformità al sentire comune della *polis* che Antigone anticipa con la un’argomentazione che ritengo giuridica.

Spetta ad Emone²⁷, figlio di Creonte e promosso sposo di Antigone, chiarire il sentire comune della *polis*, vicina alla ragazza anche se troppo impaurita per esprimere chiaramente il proprio dissenso. A fronte del principio dell’*auctoritas* invocato dal padre, il giovane ricorda che la *polis* non è di proprietà di un solo uomo, pone la questione in termini di consenso e di rapporto tra governante e governati, mette in guardia il padre dal decidere da solo sul deserto. Questa è la questione che interroga sul come governare l’Atene di Pericle.

Creonte risponde: «l’ordine ante omnia; e “mai cedere a una femmina”»²⁸.

Antigone ha già anticipato un’altra risposta: riconoscendo dei limiti al proprio potere, che solo

²⁶ M. LUCIANI, *Intervento*, in *Presentazione del volume: M. CARTABIA - L. VIOLANTE, Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte (il Mulino, Bologna, 2018)*, Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma 27 settembre 2018, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 9 del 2018, 250, considera «ingenuo schierarsi toto corde con l’uno o con l’altro».

²⁷ G. CANZIO, *Intervento*, in *Presentazione del volume: M. CARTABIA - L. VIOLANTE, Giustizia e mito, cit.*, 234, sottolinea la «predilezione del poeta per la figura di Emone e per i contenuti delle parole da questi pronunciate nel serrato dialogo col padre, laddove il primo, benché più giovane, richiama inutilmente l’anziano sovrano alla ragione (“*Pàter, teò phùousin anthròpòis phrénas pànton òs ésti ktemàton ùpértaton*”: Padre, la ragione è il bene più alto che gli dei abbiano concesso all’uomo), all’ascolto delle opinioni degli altri, all’umile esercizio del dubbio, alla saggia disponibilità d’animo al riconoscimento dell’errore (*àmartia*) e al cambiamento della deliberazione, oltre ogni ostinazione».

²⁸ Così riassume la posizione di Creonte F. CORDERO, *Un dramma fra politica ed etica. Antigone, cosa ci resta dell’eroina di Sofocle, Processo allo Stato*, in *la Repubblica*, 25 marzo 2008, che conclude dicendo: «In sede etica e politica semina idee capitali, talvolta fraintese, questo trentaduesimo dramma con cui Sofocle vince il concorso dell’anno 442 a. C.: lo Stato non incarna valori assoluti, anzi cova grovigli d’interessi impuri».

così sarà considerato legittimo.

Non è compito dei costituzionalisti ricordare che il potere deve essere limitato e legittimato da limiti posti da norme fondamentali?

4. *L'autonomia di Antigone quale paradigma da riscoprire*

Vi è nella tragedia, inoltre, la chiara indicazione che Creonte ritiene necessario punire la disobbediente nipote Antigone perché il suo comportamento potrebbe ispirare altre forme di ribellione rispetto al suo modello gerarchico di *polis*. Creonte dice al Coro: «non schieratevi con chi trasgredisce» e, oltre, afferma: «già da tempo in questa città ci sono uomini che mormorano contro di me, non mi sopportano, e in segreto scuotono la testa, non vogliono piegare il collo sotto il giogo, non vogliono obbedirmi, come sarebbe giusto».

Al *logos* di Creonte, tutto basato sulla forza che si dichiara esercitata legittimamente per difendere la *polis* («*E hai osato infrangere la legge [νόμος]?*»), Antigone viceversa oppone un altro *nomos* che rivendica un legame fondativo con la *polis*. Antigone stessa, infatti, dice che se l'assemblea dei cittadini fosse stata libera di esprimersi avrebbe condiviso la sua scelta, anche se la sua determinazione personale non dipende dall'opinione altrui (504-511). Dello stesso parere è Emone, promesso sposo di Antigone e figlio di Creonte.

La tragedia di Antigone rappresenta magistralmente la stretta connessione tra la determinazione individuale e il contesto relazionale e politico, con le loro reciproche interdipendenze. La parte finale della tragedia, infatti, restituisce una corrispondenza tra il gesto di disobbedienza di Antigone con il sentire comune della comunità politica.

La tragedia così come sopra ricostruita aiuta a cogliere il significato della scelta di Sofocle di attribuire ad Antigone l'appellativo di «autonoma». L'Antigone di Sofocle, infatti, contiene il primo caso conosciuto della parola *αυτονομος* (821) in riferimento al soggetto singolo, al punto che non manca chi ritiene che questa tragedia sia centrale proprio per l'aspirazione umana verso l'autonomia²⁹. L'uso del termine autonomia in riferimento a una persona, e non ad intere comunità, assume rilievo particolare anche per la sua eccezionalità, contando pochi casi in cinquecento anni di letteratura greca³⁰.

A mio modo di vedere una parola così *extra ordinem* in relazione a un soggetto singolo assume, nel contesto della tragedia, una forte valenza giuspolitica³¹. Se la tragedia sofoclea mette in scena un «conflitto irriducibile»³² tra Antigone e Creonte, secondo le diverse letture tra legge non scritta e legge scritta, tra suddito e re, tra famiglia e stato, tra cura e cittadinanza, tra differenza sessuale e patriarcato, tra diritto matrilineare e quello patriarcale, a mio parere mette in scena anche il conflitto tra autonomia ed eteronomia.

La valenza giuspolitica dell'autonomia di Antigone può cogliersi se si considera che la maggior parte della tragedia si svolge al cospetto del Coro, l'Assemblea dei cittadini, di fronte ai quali Creonte si ritrova a fronteggiare l'appassionata retorica di Antigone. Il predicativo di autonoma rivolto ad Antigone è anzi pronunciato proprio dal Coro quando Antigone esce di scena per recarsi a morire *αυτόνομος*.

Quell'*αυτόνομος* indica che la protagonista, pur consapevole delle nefaste conseguenze delle

²⁹ K. TENENBAUM, *L'alterità inammissibile. Letture femminili di Antigone*, in *Antigone e la filosofia*, cit., 282, parlando del testo di M. ZAMBRANO, *La tomba di Antigone*, Milano, 1995.

³⁰ D. N. MCNEILL, *Antigone's Autonomy*, in *Inquiry*, Vol. 54, No. 5, October 2011, 411.

³¹ Si tratta secondo R. ROSSANDA, *Antigone ricorrente*, cit., di un «moderno destino» se è vero che Antigone è definita dal Coro «*αυτόνομος*, come colei che da sola si dà la sua legge».

³² G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 283-285.

proprie azioni e parole, ha disobbedito all'ordine costituito per adempiere a un dovere e rivendica questa sua scelta perché il suo *autos* si riconosce in quel *nomos* inviolabile. L'autonomia di Antigone, dunque, non può essere confinata nel mondo della morale interna, nella legge interiore, ma deve essere collocata pienamente nello spazio politico che si forma nella zona di contatto tra il foro interno e quello pubblico: lei si autodetermina in coerenza e adesione all'ordinamento cui sente di appartenere.

La tragedia interroga anche l'autonomia intesa come libertà positiva di partecipare alla formazione delle norme giuridiche che si applicano a se stessi o meglio al mantenimento della loro efficacia giuridica: far valere l'attuale vigenza di un dovere inderogabile consente ai "destinatari" dell'ordinamento giuridico di percepirsi e di farsi valere come co-produttori, co-protagonisti, co-attori, delle norme giuridiche che ad essi si applicano.

In altri termini, in questa tragedia emerge la stretta connessione tra l'autonomia individuale e quella collettiva, tra quella privata e quella pubblica, legate in un circolo virtuoso l'una all'altra. Riferita alla singola persona allude all'autodeterminazione personale, ma anche alla partecipazione di ogni persona alla determinazione delle norme generali ed astratte vevoli per l'intero ordinamento. Emerge, dunque, l'ipotesi che l'azione autonoma di Antigone abbia la valenza politica di un'autonomia della *polis* intesa come assemblea che è capace di darsi le proprie norme e, quindi, di rifiutare un comando che avverte come eteronomo.

Antigone, dunque, è il mito fondativo dell'autonomia sia personale che pubblica, perché coniuga il soggetto con l'azione e li collega secondo un principio politico che connette la potestà personale di governarsi da sé con la dimensione istituzionale che consente l'autonomia dell'ordinamento intero. Consente, dunque, di risignificare il concetto di autonomia come punto di incontro tra un plesso di potere proprio della persona e la consapevolezza dell'interdipendenza, anche inter-individuale, insita nella dimensione sociale e politica.

Giustamente Sofocle ha scelto una donna, per di più talmente giovane da non aver avuto tempo di divenire sposa e madre, come suggerisce il suo nome, sebbene ella lo rimpianga. Forse si chiama Antigone perché è l'unica del suo *génos*, così segnato da parricidio, incesto e fratricidio, a compiere azioni dall'alto valore morale, come accudire il padre-fratello errabondo e poi il fratello oramai morto, come rifiutarsi di rispettare un ordine che considera illegittimo. Certo, si suiciderà come la madre, ma non per senso di colpa o vergogna, ma come ultimo gesto di rifiuto di un abuso di potere che le toglie tutto e la rinchiude in una caverna, confinandola in un privato che non ha spazio. Lei paga con la propria morte, ma Creonte con la perdita dei suoi affetti più cari. Tre suicidi, tutti caratterizzati dalla sinestesia tra sfera privata e pubblica e così paradigmatici del caro prezzo che una comunità pagherà nel momento in cui non saprà rispettare le norme fondamentali, dunque superiori, costituenti la forma politica della *polis*. Chi più di una donna può rappresentare il rifiuto della dicotomia pubblico/privato e per entrambi gli spazi porsi così: «Io non nacqui per condividere odio, ma per condividere l'amore».

Amore, altro modo di parlare di uguaglianza, libertà, sorellanza, quei contenuti del diritto che dovrebbero essere immutabili, per quanto modulabili nei singoli contesti ed elastici nel tempo.

Proprio ora che il potere politico è sempre più solleticato dall'aggirare, se non rimuovere, i limiti costituzionali vogliamo riscoprire Creonte? Magris scrive che «Sofocle non raffigura Creonte quale mostruoso tiranno»³³ ma certamente egli appare incapace di ascoltare, di confrontarsi, di nutrire dubbi, di ripensare le proprie decisioni, per paura di sembrare debole, fino a diventare arrogante e autoreferenziale: al di là delle intenzioni, l'esercizio di potere deve nutrirsi di quella saggezza richiamata dal Coro che impedisce di non vedere le ragioni degli altri e, soprattutto, delle altre.

³³ C. MAGRIS, *Chi scrive le non scritte leggi degli dèi?*, in C. MAGRIS – S. LEVI DELLA TORRE, *Democrazia, legge e coscienza*, cit., 4.

COLLANA DI STUDI DI CONSULTA ONLINE

Volumi pubblicati

- 1) *“Itinerari” di Antonio Ruggeri per Consulta Online*,
a cura di Pasquale Costanzo e Lara Trucco, 2016, pp. 812
ISBN: 978-88-945618-3-8

- 2) *Stato di diritto Emergenza Tecnologia*,
a cura di Giovanna De Minico e Massimo Villone, 2020, pp. 219
ISBN: 978-88-945618-0-7

- 3) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione, I Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale*
2020, pp. 560,
ISBN: 978-88-945618-1-4

- 4) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione, II Il diritto pubblico della pandemia*
2020, pp. 230
ISBN 978-88-945618-2-1

- 5) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione, III Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*
2020, pp. 495
ISBN 978-88-945618-7-6



ISBN: 978-88-945618-4-5