dirittifondamentali.it

Rivista
scientifica
quadrimestrale

Anno 2022 / Fascicolo I

La Rivista Dirittifondamentali.it è registrata presso il Tribunale di Cassino n. 830 del 14.6.2017.

Rivista quadrimestrale inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche

ISSN 2240-9823

Comitato di direzione
Prof.ssa Agata Cecilia Amato, Prof. Vincenzo Baldini, Prof. Stelio Mangiameli, Prof. Fabrizio Politi, Prof. Vincenzo Tondi della Mura

Direttore responsabile
Prof. Vincenzo Baldini

df
rivista on-line

Indice

A. M. Citrigno – Obbligo del green pass e obbligo vaccinale: le questioni aperte…… **1**

P. Valenti - Il diritto ad autodeterminarsi: il "fine vita" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo……..**12**

G. Alberico - Pandemia e stato d'eccezione……**30**

F. Santagata e A. Russo- Il contraddittorio endoprocedimentale: è possibile limitare la sua applicazione……**48**

G. Delle Cave - "Better regulation" in Europe: principles and regulatory sustainability.....**71**

F. L. Yarshell e R. Stefanini Auilo- Balancing fundamental rights: What has the Brazilian Constitutional Court decided on mandatory vaccination?……**85**

L. Forte - La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne: giustizia riparativa ed esigenze di accertamento "alla prova" della carta costituzionale……**94**

C. Iannello - Le «scelte tragiche» del diritto a tutela della salute collettiva. L'irragionevolezza di una vaccinazione obbligatoria generalizzata per il Sars-Cov-2……**129**

E. Lubrano - Le concessioni demaniali marittime ieri, oggi e domani. La tutela dei diritti fondamentali di tutti gli operatori del settore, mediante l'applicazione delle regole sulla concorrenza, secondo i principi del diritto europeo (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18). ……..**157**

B. V. Di Gregorio - Diritti umani e traduzione interculturale ……..**185**

A. Ruggeri - Notazioni sparse per uno studio su Stato costituzionale, memoria collettiva ed etica pubblica repubblicana ……..**208**

L. Leo - "Omnia vincit amor": adozione monogenitoriale e interesse del minore (Nota a Corte cost. n. 252 del 2021)……**228**

A. A. Novellino - Osservazioni sul carcere. Per il contenimento della violenza punitiva……**247**

C. Di Stasio - Il confine fra schiavitù e tratta e la perseguibilità di quest'ultima fattispecie dinanzi alla Corte penale internazionale……**282**

R. Marzo - Una «parità solo parziale»? Brevi note sul mancato riconoscimento del servizio prestato dai docenti presso le scuole paritarie (Corte cost., sent. n. 180/2021)……**307**

S. Trozzi - Aspetti de iure condito e prospettive de iure condendo in materia di fine vita. La Consulta si pronuncia per l'inammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.……**323**

L. M. Tonelli - La rielezione di Sergio Mattarella a Presidente della Repubblica: alcune brevi considerazioni……**346**

A. Gusmai - (Ri)leggere Lombardi, un esercizio "doveroso"…….. ……**359**

F. Callari - Certezza del giudizio, della colpevolezza e del giudicato: l'essenza triadica della cognizione ordinaria penale……**383**

F. Pizzolato - Le Case della Comunità e il rapporto tra città e salute…… ……**408**

F. Mucci - Dal diritto internazionale alla Costituzione italiana: per una tutela dell'ambiente inevitabilmente antropocentrica ma ecologica, lungimirante e coerente……**434**

A. Ruggeri - Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)…… ……**451**

F. Cerrone - Natura delle cose è ciò come esse effettivamente nascono: Emilio Betti e il problema della storia in Vico (III) ……**473**

C. Cipolloni - Libertà e autorità nel costituzionalismo moderno ……**507**

P. Scarlatti - Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso Sy contro Italia……**533**

A. Zampaglione - La delega in tema di "giustizia riparativa" tra principi costituzionali e criticità processuali……**550**

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 3 gennaio 2022

Obbligo del *green pass* e obbligo vaccinale: le questioni aperte

di
Anna Maria Citrigno*

SOMMARIO: 1. Il *super green pass*: obbligo vaccinale surrettizio o ulteriore passo di un percorso graduale? – 2. L'obbligatorietà del *green pass* sui luoghi di lavoro: il decreto-legge n. 127/2021. – 3. I presupposti costituzionali dell'obbligo vaccinale. – 4. I dubbi sull'introduzione dell'obbligo vaccinale generalizzato e le carenze dell'attuale disciplina: qualche conclusione.

1. *Il* super green pass*: obbligo vaccinale surrettizio o ulteriore passo di un percorso graduale?*

Le più recenti misure emergenziali introdotte dal Governo per fronteggiare la pandemia da Covid-19 hanno alimentato dubbi, espressi da più parti[1], sulla conformità a Costituzione di previsioni limitative di libertà costituzionali in assenza di un espresso obbligo vaccinale gravante su tutti i cittadini. Il decreto-legge n. 172/2021 ha esteso, a far data dal 15 dicembre, l'obbligo vaccinale (prima gravante sui soli operatori sanitari) a diverse altre categorie di soggetti[2]. E, tuttavia, ancora maggioritaria appare la parte di popolazione non gravata da un obbligo espresso.

* Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Messina.

[1] Cfr. in tema, con diversi accenti, tra gli altri, il documento *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd decreto green pass* dell'Osservatorio per la Legalità Costituzionale, consultabile in *www.generazionifuture.org*; M. AINIS, *L'obbligo non obbligatorio*, in *La Repubblica*, 26 novembre, 2021; A.M. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in *Federalismi.it*, 8 settembre, 2021; G. GUZZETTA, *Il green pass crea confusione, meglio l'obbligo vaccinale*, in *Il dubbio*, 7 dicembre 2021. Nonché i contributi pubblicati in *Il Forum sulla vaccinazione in tempo di Covid-19*, in *Gruppo di Pisa*, 2/2021, 257 ss.

[2] L'obbligo riguarda ora il personale scolastico; il personale del comparto della difesa, sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale, nonché degli organismi operanti nel settore delle informazioni per la sicurezza; il personale che svolge a qualsiasi titolo la propria attività lavorativa nelle strutture sanitarie e sociosanitarie, a esclusione di quello che svolge attività lavorativa con contratti esterni; il personale che svolge a qualsiasi titolo la propria attività lavorativa alle dirette dipendenze del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria o del

Se, dunque, com'è stato osservato[3], parrebbe essere mutato il rapporto tra regola ed eccezione, traducendosi ormai la prima nell'obbligo vaccinale, ciò non è dipeso tanto, o soltanto, dall'estensione delle categorie di soggetti sottoposti all'obbligo espresso, ma soprattutto dalle più recenti modifiche apportate alla disciplina relativa al *green pass.* In particolare, il decreto-legge n. 221/2021 ha ridotto, innanzitutto, la durata delle certificazioni verdi (già porata da dodici a nove mesi dall'art. 3 del precedente decreto n. 172) a sei mesi (art. 3). Le stesse certificazioni sono ora obbligatorie ai fini dell'accesso ai collegamenti marittimi prima esclusi, ai trasporti pubblici locali e regionali e, per quanto concerne le attività al chiuso, per la fruizione di spogliatoi e docce (art. 4 del decreto-legge n. 172/2021). Ma soprattutto, secondo la nuova disciplina, nelle zone gialla e arancione, la fruizione dei servizi, lo svolgimento delle attività e gli spostamenti, limitati o sospesi ai sensi della normativa vigente, sono consentiti esclusivamente ai soggetti in possesso del c.d. *super green pass*, ossia delle certificazioni verdi rilasciate a chi si sia sottoposto a vaccinazione o a chi sia guarito dal Covid, non essendo più consentito il ricorso all'uso del tampone (art. 5, comma 1, del decreto-legge n. 172/2021, che ha inserito un comma 2-*bis* nell'art. 9-*bis* del decreto-legge n. 52/2021, convertito dalla legge n. 87/2021; nonché art. 8, comma 1, del decreto-legge n. 221/2021, che ha esteso tali misure fino alla cessazione dello stato di emergenza, prorogato fino al 31 marzo 2022 dall'art. 1, comma 1, dello stesso decreto). Il tampone, in altri termini, permette ora soltanto l'espletamento dell'attività lavorativa nei casi in cui non sia previsto espressamente l'obbligo vaccinale.

Senza indagare i fattori politici e sociali che inducono, per il momento, a non adottare la ben più lineare soluzione dell'obbligo vaccinale generalizzato, le questioni su cui ci si soffermerà in questa sede attengono a una serie di interrogativi non eludibili: il carattere facoltativo della vaccinazione è compatibile con la previsione di misure limitative delle libertà costituzionali tanto drastiche? L'eliminazione della possibilità di accedere a una serie di luoghi e di espletare diverse attività tramite un

Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità, all'interno degli istituti penitenziari per adulti e minori (art. 2 del decreto-legge n. 172/2021).

[3] Si v., in particolare, M. AINIS, *L'obbligo non obbligatorio*, cit., secondo cui "a questo punto la regola non sta più nella libertà di non vaccinarsi (a eccezione delle categorie obbligate), bensì nel suo opposto. Regola è l'obbligo vaccinale, da cui alcune categorie (per il momento) vengono esentate. Però sempre di meno, e sopportando ulteriori restrizioni. Dunque il vaccino è già obbligatorio, benché gli italiani non ne siano stati informati".

tampone negativo non comporta l'introduzione surrettizia di un obbligo vaccinale? E se anche si intendesse tale soluzione come un processo di graduale affermazione di una vaccinazione obbligatoria, è questa una strada percorribile senza intollerabili lesioni della legalità costituzionale?

Nel momento in cui si scrive, peraltro, è in discussione l'introduzione di misure ulteriormente restrittive, in ragione della nuova ondata della variante "*omicron*"[4], nel contesto di una situazione complessiva di grave incertezza, che rende ancor più difficile l'analisi del dato normativo. In questa sede, tuttavia, ci si soffermerà esclusivamente sulle specifiche questioni sopra indicate.

2. *L'obbligatorietà del green pass sui luoghi di lavoro: il decreto-legge n. 127/2021*

Prima dell'ultimo intervento normativo del Governo, il decreto-legge n. 127/2021 aveva stabilito che chiunque svolgesse un'attività lavorativa sia nel settore pubblico che in quello privato fosse tenuto, ai fini dell'accesso nei luoghi in cui si espletava l'attività stessa, a possedere e a esibire su richiesta la certificazione verde Covid-19 (art. 1, c. 1).

L'introduzione dell'obbligo del *green pass* era stata preceduta da una serie di pronunce giurisprudenziali, che in alcuni casi avevano fatto salve le decisioni assunte da datori di lavoro privati, i quali, di fatto, avevano preteso che i propri dipendenti si sottoponessero a vaccinazione. Il Tribunale di Milano, in particolare, con sentenza n. 2316/2021, aveva dichiarato l'illegittimità del provvedimento di collocamento in aspettativa non retribuita[5], disposto da una cooperativa operante in ambito sanitario, con conseguente condanna al pagamento delle retribuzioni maturate, nei confronti di una sua dipendente che si era rifiutata di sottoporsi al trattamento vaccinale per il SARS-Cov2[6]. Più in generale, sulla legittimità del *green pass* si era espressa anche la III

[4] Cfr. V. FORGNONE, *Restrizioni Covid per Natale e Capodanno: le misure allo studio. Da quelle sicure alle meno probabili*, in *www.repubblica.it*, 21 dicembre 2021.
[5] Trib. di Milano, sez. lav., 15 settembre 2021, sent. n. 2316.
[6] FLAMINIO S., *Illegittimità della sospensione indiscriminata dal lavoro per mancata vaccinazione: la sentenza milanese* in *Salvis Juribus,* 26 settembre 2021.

Sezione del Consiglio di Stato in sede cautelare[7], respingendo il ricorso di quattro cittadini non vaccinati, secondo i quali le certificazioni verdi comportavano un pregiudizio della riservatezza sanitaria, in contrasto con la disciplina europea sulla protezione dei dati (Gdpr). Il massimo organo di giustizia amministrativa aveva rigettato l'appello contro il provvedimento cautelare già emesso dal Tar, rilevando l'assenza di rischi per la riservatezza sanitaria delle certificazioni verdi e confermando la validità e l'efficacia delle disposizioni attuative (il Dpcm del 17 giugno 2021). In tale prospettiva, considerata l'opzione per il singolo cittadino, di non immunizzarsi, l'interesse pubblico avrebbe trovato prevalenza, anche in considerazione della ripresa delle attività economiche e sociali.

Già dopo l'entrata in vigore del decreto-legge n. 127/2021, e nonostante le suddette pronuce giurisprudenziali, il *green pass* era stato al centro di accese polemiche, tanto che si era anche avviata una raccolta di firme per un referendum "*no green pass*", sulla base della convinzione che le certificazioni verdi produrrebbero intollerabili discriminazioni in violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento. Secondo il comitato promotore, infatti, il *green pass* escluderebbe "dalla vita economica e sociale della nazione quei cittadini che sostengono convinzioni ed evidenze diverse da quelle imposte dal Governo"[8]. Per questo motivo, la normativa che istituisce il *green pass* si porrebbe in netto contrasto con l'art. 3 Cost. e, spingendo surrettiziamente i cittadini alla vaccinazione, aggirerebbe i limiti posti dall'art. 32 della Costituzione. Le recenti vicende sulla manifestazione contro gli strumenti del Governo che si è trasformata in un vero e proprio attacco, in particolare a Roma alla sede della CGIL, dimostra quanto la questione sia controversa e stia provocando forti tensioni sociali nel Paese.

Il tema del *green pass* si intreccia, dunque, strettamente con quello dell'eventuale introduzione dell'obbligo vaccinale, questione sulla quale pure si registrano opposte posizioni sia nel dibattito pubblico che in quello dottrinale. In particolare, a fronte di chi mette radicalmente in discussione la stessa possibilità di prevedere un obbligo relativo a vaccini che, pur essendo stati testati, sono di recente produzione, adottano

[7] Cons. St., ord. 17 settembre 2021, n. 5130.

[8] Si v. il sito *https://www.referendumnogreenpass.it/*.

dirittifondamentali.it

una tecnica nuova e sono stati autorizzati con una procedura condizionata[9], altra parte della dottrina ha sostenuto perfino l'esistenza, in circostanze come quelle attuali, di un obbligo costituzionale di vaccinazione, pur essendo "vero che l'art. 32 della Costituzione, ad una sua prima (ma affrettata e sostanzialmente inesatta) lettura, parrebbe lasciar intendere che la decisione di sottoporre un individuo a trattamenti sanitari obbligatori sia il frutto di opzioni rimesse all'apprezzamento politico-discrezionale degli organi della direzione politica, tradottesi quindi in previsioni di legge (statale, non essendo dato al riguardo alle Regioni di poter far luogo a discipline peculiari idonee ad incidere sulla libertà personale dei destinatari)"[10].

Quel che è certo è che il *green pass* rappresenta uno strumento volto a promuovere la campagna vaccinale, in assenza di un obbligo generalizzato. La più recente disciplina in materia, tuttavia, rende estremamente labile il confine tra la "promozione" e il vincolo. Per rispondere alla domanda se nella sua attuale formulazione il *super green pass* possa ancora considerarsi compatibile con il quadro dei principi costituzionali e non irragionevole è innanzitutto necessario ricostruire le condizioni costituzionali per l'introduzione di un obbligo vaccinale, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale.

3. *I presupposti costituzionali dell'obbligo vaccinale*

L'art. 32 della Costituzione riconosce alla salute la natura di bene fondamentale, la cui tutela corrisponde a un interesse primario, nel quale rientrano sia quello collettivo alla salute, sia quello dei singoli individui. Emerge quindi una connotazione

[9] Cfr., tra gli altri, il documento *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd decreto green pass*, cit.; A. MANGIA, Si caelum digito tetigeris. *Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Riv. AIC*, 3/2021, 432 ss.

[10] A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19,* in *Giustiziainsieme.it*, 15 settembre 2021. Dello stesso A., *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dir. fond*., 2/2021, 22 maggio 2021, 170 ss. R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere* (certificazione verde Covid-19), in *Quest. giust*., 6 settembre 2021.

giuridica complessa in cui si intrecciano "pretese a determinati comportamenti pubblici, pretese di astensione, situazioni soggettive di svantaggio"[11].

Appare chiaro che si pone un problema di bilanciamento tra i due interessi, quello individuale e quello collettivo. Un primo criterio per un bilanciamento di carattere generale viene dal secondo comma dell'art. 32, il quale prevede che nessuno possa essere sottoposto a un trattamento sanitario se non per legge e che quest'ultima non possa violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana[12]. È evidente come neanche la legge disponga di un potere assoluto di previsione di trattamenti sanitari obbligatori, poiché incontra comunque il limite del rispetto della persona umana, che implica innanzitutto l'applicazione delle garanzie costituzionali poste a presidio della libertà personale (art. 13 Cost.)[13]. Da qui la cautela con cui il Legislatore, in considerazione degli interessi coinvolti, deve operare in caso di previsione di trattamenti sanitari obbligatori, come appunto i vaccini[14].

È da notare che riguardo all'obbligo del vaccino anti-Covid per gli operatori sanitari[15], la giustizia amministrativa ha rigettato l'istanza cautelare formulata da un

[11] B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 23.

[12] Solo lo Stato, infatti, può imporre per legge tali trattamenti in forza della sua potestà legislativa assoluta in materia di "profilassi internazionale" *ex* art. 117, co. 2, lett. *q*), Cost. (Corte cost., sent. n. 37/2021) e concorrente in materia di "tutela della salute" *ex* art. 117, co. 3, Cost. (Corte cost., sent. n. 5/2018).

[13] A. MANGIA, Si caelum digito tetigeris, cit. L'A. afferma, a tale proposito, che "non si tratta di un rilievo estemporaneo, né del richiamo a un qualche generico 'valore' da bilanciare in nome di proporzionalità e ragionevolezza. Si tratta invece, di una esplicita norma di divieto che non può essere bilanciata, proprio perché la sua funzione è quella di perimetrare i confini, entro cui possono svolgersi i bilanciamenti tra diritto individuale e interesse della collettività previsti dallo stesso art. 32 Cost. In altri termini, stando all'art. 32 Cost., si può bilanciare quel che si vuole e come si vuole, purché questo avvenga 'nel rispetto della persona umana', che segna il confine entro il quale deve muoversi la discrezionalità del legislatore. E che non può essere valicato, essendo tale limite facilmente riconducibile al 'nucleo duro', incomprimibile, e caratterizzante l'ordinamento costituzionale, a più riprese delineato dalla giurisprudenza costituzionale. E che non può essere superato attraverso un generico rinvio alla *salus rei publicae*".

[14] Cfr. S. CURRERI, *Sulla costituzionalità dell'obbligo di vaccinazione contro il COVID-19*, in *laCostituzione.info*, 28 agosto 2021, per il quale "il sacrificio della libertà di autodeterminazione personale deve essere proporzionale e ragionevole rispetto all'interesse della collettività al non diffondersi della malattia. Pertanto, in un'ottica di bilanciamento tra mezzi e fini, la vaccinazione può essere dapprima solo raccomandata, poi prevista come onere o requisito obbligatorio temporaneo per chi vuole compiere determinate attività sociali o economiche (come per il c.d. green pass), infine resa obbligatoria per tutti. Questa è esattamente la prudente strada finora perseguita da tutti i governi, compreso il nostro".

[15] Art. 4 del decreto legge del 1 aprile 2021 n. 44, convertito dalla legge 28 maggio n. 76.

medico contro la delibera che, dando seguito a quanto disposto dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021, l'aveva sospesa dall'esercizio della professione sanitaria, senza retribuzione, per non essersi sottoposta all'inoculazione vaccinale, a seguito della valutazione negativa, ad opera della Asl, della possibilità di ricollocarla e adibirla a mansioni non comportanti contatti diretti con utenti e colleghi[16].

Sempre con riguardo alle vaccinazioni (questa volta non anti-Covid però), anche la Grande Camera della Corte europea, lo scorso 8 aprile, ha respinto il ricorso di alcuni genitori contro la legge della Repubblica ceca che vietava l'iscrizione alla scuola d'infanzia ai bambini non vaccinati, secondo una disciplina analoga a quella italiana, contenuta nel decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, convertito con modificazioni dalla legge 31 luglio 2017, n. 119.

Il *Conseil constitutionnel* francese, invece, con la decisione del 5 agosto 2021, n. 824, ha fatto salva la legittimità delle certificazioni verdi, ritenendole, com'è stato precisato, "un ragionevole punto di equilibrio tra la tutela della libertà di circolazione e quella della salute collettiva"[17].

I trattamenti sanitari valgano a evitare un pericolo per la salute della collettività e considerare le misure atte a tutelare la salute di colui il quale è sottoposto al trattamento, sempre tenuto conto del rispetto dovuto alla persona umana[18]. Va detto, tuttavia, che in via generale non esiste un obbligo del singolo di conservare o migliorare il proprio stato di salute ovvero di ricorrere a cure mediche nel proprio esclusivo interesse. Non v'è dubbio, però, che preservare la propria salute sia doveroso laddove ciò possa comportare gravi riflessi per la salute e la vita stessa degli altri, specie se la cerchia delle persone potenzialmente contagiabili sia particolarmente estesa[19]. Pertanto, l'imposizione di un obbligo di questo tipo può risultare legittima solo in considerazione del pericolo al quale può essere esposta la salute collettiva[20]. La

[16] Tar Puglia-Lecce, Sezione II, decreto n. 480 del 5 agosto 2021. Secondo il Tar, nel giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi, la posizione della ricorrente e il diritto dell'individuo sono recessivi rispetto all'interesse pubblico sotteso alla normativa di cui trattasi, nel contesto emergenziale legato al rischio di diffusione della pandemia da Covid-19, che deve costituire il parametro di lettura della normativa medesima.

[17] S. CURRERI, *Sulla costituzionalità dell'obbligo di vaccinazione*, cit.

[18] F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 313 ss.

[19] A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19*, cit.

[20] C. SMURAGLIA, *Trattamenti sanitari e tutela dei diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2/1989, 399.

previsione di un trattamento sanitario obbligatorio è quindi subordinata a un *limite intrinseco* connesso al fine che con la norma si vuole perseguire: la tutela della salute individuale, ma anche quella collettiva. Nel caso di malattie contagiose, non vi è dubbio che il conflitto tra l'esigenza del rispetto della persona e la tutela della salute collettiva debba risolversi ritenendo prevalente quest'ultimo interesse[21].

In tal senso si è ripetutamente espressa anche la Corte costituzionale (ad esempio, tra le tante, nelle sentente n. 307 del 1990 e n. 5 del 2018). Nella sentenza n. 218 del 1994, il Giudice delle leggi aveva già evidenziato il "dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno a trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri"[22].

Da ultimo, nella già richiamata sentenza n. 5 del 2018, con cui la Corte ha dichiarato in parte inammissibili, in parte infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti del decreto-legge n. 73 del 2017, si sono ribadite le condizioni fondamentali per l'introduzione di un trattamento sanitario obbligo (come, appunto, il vaccino):

1) il trattamento deve essere "diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri";

---

[21] C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana, Riv. infort. mal. prof.,* 1961, 4.

[22] La questione sottoposta al giudizio della Consulta traeva origine da un procedimento civile promosso da una operatrice di assistenza, sospesa dal suo incarico, ma non dalla retribuzione, per essersi rifiutata di sottoporsi a esami sanitari, volti ad accertare la presenza di infezione da Hiv. Tale pronuncia, di natura additiva, intervenne allo scopo di tutelare la salute collettiva nella ricerca di un equilibrio, di un più corretto bilanciamento dei diversi valori riconosciuti dalla Costituzione. Nel caso specifico, riguardante la legge n. 135 del 1990 (*Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'Aids*), la Corte pronunciò l'illegittimità dell'art. 5, co. 3 e 5, nella parte in cui la disciplina non aveva previsto "accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da Hiv quale condizione dell'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi". La soluzione individuata dalla Corte era volta a ricercare il giusto contemperamento tra i diversi diritti pubblici e privati che nel caso specifico riguardavano il contagio di una malattia diffusiva e infettiva come l'Hiv, essendo la *ratio* perseguita dalla legge n. 135 del 1990 principalmente quella di evitare la discriminazione del malato attraverso la previsione del suo consenso per essere sottoposto a trattamenti sanitari. Per un commento, sia consentito il rinvio ad A. M. CITRIGNO, *Compatibilità dei trattamenti sanitari con il diritto alla salute: aspetti innovativi contenuti nella sentenza n. 218 del 1994 della Corte costituzionale*, in *Sanità pubbl.*, 11/12 1996, 1189 ss.

2) occorre che il trattamento medesimo "non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili";

3) nell'ipotesi di "danno ulteriore", deve essere prevista in ogni caso "la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria"[23].

Occorre, dunque, che il Legislatore valuti le "diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte", tenuto conto delle "acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica". D'altra parte, ancora nelle motivazioni della sentenza in oggetto, si è affermato che "a fronte di una copertura vaccinale insoddisfacente nel presente e incline alla criticità nel futuro, questa Corte ritiene che rientri nella discrezionalità – e nella responsabilità politica – degli organi di governo apprezzare la sopraggiunta urgenza di intervenire, alla luce dei nuovi dati e dei fenomeni epidemiologici frattanto emersi, anche in nome del principio di precauzione che deve presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione".

Come è noto il principio di precauzione rappresenta un livello più elevato rispetto a quello della prevenzione; entrambi tali principi sono di origine comunitaria e successivamente sono entrati a far parte dell'ordinamento giuridico interno, in particolare in campo ambientale e della sicurezza alimentare. Il principio di precauzione si applica nei casi di c.d. incertezza scientifica e si traduce nel fatto che prima di immettere un prodotto o anche semplicemente un processo produttivo (si pensi ad esempio agli ogm) occorre invertire l'onere della prova che pertanto ricade su coloro i quali intendano immettere sul mercato il processo o il prodotto in questione, tenendo presente che non può esistere il rischio zero[24]. La proporzionalità consiste in uno scrutinio atto a garantire l'adeguatezza della misura assunta o da assumere, in

[23] Corte cost., sent. n 5/2018, punto 8.2.1 del *cons. in dir.*, ma anche le sentt. nn. 307/1990 e 258/1994.

[24] Si veda a tale proposito la Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000, secondo la quale: "Il fatto di invocare o no il principio di precauzione è una decisione esercitata in condizioni in cui le informazioni scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni che i possibili effetti sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possono essere potenzialmente pericolosi e incompatibili con il livello di protezione prescelto".

dirittifondamentali.it

attuazione del principio di precauzione, rispetto alla salvaguardia del primario valore tutelato, come ad esempio quello ambientale e, per quel che più ci riguarda, sanitario. L'esigenza di assicurare la ragionevolezza e la proporzionalità delle scelte legislative in una materia così complessa si scontra inevitabilmente con la difficoltà di individuare il punto di equilibrio per garantire il diritto alla salute nel duplice interesse del singolo e della collettività.

4. *I dubbi sull'introduzione dell'obbligo vaccinale generalizzato e le carenze dell'attuale disciplina: qualche conclusione*

Diverse le obiezioni che continuano a essere avanzate nei confronti delle proposte di introdurre un obbligo vaccinale generalizzato.

Una prima ragione ostativa è stata indicata nella circostanza per cui i soggetti vaccinati non sarebbero esenti dal contagio; inoltre, si continua ad affermare che i vaccini anti-Covid avrebbero carattere "sperimentale", potendo causare conseguenze al momento imprevedibili, specialmente nel lungo periodo. A tali critiche, tuttavia, si può rispondere, da un lato, che per la maggior parte dei vaccinati la carica virale è talmente ridotta da non provocare conseguenze gravi per chi sia entrato a contatto con il virus. Dall'altro lato, per quanto concerne la sperimentazione dei vaccini, in Europa, gli stessi hanno seguito una particolare procedura di approvazione prevista dal Regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione del 29 marzo 2006 per potere essere immessi in commercio. Si tratta della c.d. "autorizzazione condizionata"[25], in base alla quale i vaccini sono stati sottoposti a tutti i controlli di sicurezza richiesti ma la riduzione delle fasi burocratiche ha consentito una più rapida immissione degli stessi nel mercato. D'altro canto, il pricipio di precauzione, che, come si è ricordato, deve essere utilizzato nei casi d'incertezza scientifica, non può costituire un alibi per coloro che si oppongono in modo oltranzistico alle vaccinazioni. Alla base di ogni decisione, al riguardo, c'è sempre un'analisi costi/benefici, che non può non tenere conto, nel caso di specie, del fatto che senza i vaccini anti-Covid, almeno per il momento, non si

[25] Cfr. A. MORELLI in *Il Forum sulla vaccinazione in tempo di Covid-19*, cit., 280 ss.

dispone di altri mezzi atti a fronteggiare in modo altrettanto efficace il virus, che continua purtroppo a mutare e a circolare ovunque nel mondo.

L'interpretazione del principio di precauzione potrebbe essere ambigua al punto da finire con il rappresentare un freno per la scienza, ma secondo il corretto inquadramento di tale principio, la precauzione dovrebbe essere il punto di partenza e un fattore di promozione della stessa ricerca scientifica.

Non vi è chi non veda come la disciplina relativa al *green pass* e ora al *super green pass* continui ad alimentare un elevato livello di confusione. Una confusione accresciuta, per un verso, dalla combinazione della normativa in questione con la disciplina relativa alle diverse zone colorate nelle quali è stato suddiviso il territorio nazionale e, per altro verso, dall'incertezza relativa alla durata dello stato di emergenza, da ultimo prorogato, come si è detto, al 31 marzo 2022[26]. La gravità della situazione mal si concilia con il carattere ancora facoltativo dell'obbligo vaccinale per la maggior parte degli italiani; né, tantomeno, si spiega la previsione dell'obbligo solo per una parte di lavoratori, che peraltro non sono tenuti, per *status*, a sopportare un maggior grado di rischio rispetto a tutti gli altri lavoratori e cittadini.

Il *green pass* ha certamente avuto l'effetto positivo di incentivare le vaccinazioni; e, tuttavia, anche l'approccio gradualistico che si è potuto adottare tramite tale strumento non può spingersi oltre un certo limite senza provocare ingiustificate discriminazioni, molte delle quali potrebbero essere eliminate proprio con l'introduzione di un obbligo vaccinale generalizzato. Una soluzione che, in presenza di tutte le condizioni necessarie e nel rispetto del quadro costituzionale, costituirebbe probabilmente una scelta maggiormente adeguata al fine[27].

[26] Cfr., sul punto, A. MORELLI, F. SALMONI, *Osservazioni eretiche sul Super green pass*, in *LaCostituzione.info,* 9 dicembre 2021.

[27] Sull'approccio gradualistico cfr. S. CURRERI, *Sulla costituzionalità dell'obbligo di vaccinazione contro il COVID-19*, cit., secondo il quale "il sacrificio della libertà di autodeterminazione personale deve essere proporzionale e ragionevole rispetto all'interesse della collettività al non diffondersi della malattia. Pertanto, in un'ottica di bilanciamento tra mezzi e fini, la vaccinazione può essere dapprima solo raccomandata, poi prevista come onere o requisito obbligatorio temporaneo per chi vuole compiere determinate attività sociale o economiche (come per il c.d. green pass), infine resa obbligatoria per tutti. Questa è esattamente la prudente strada finora perseguita da tutti i governi, compreso il nostro".

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 5 gennaio 2022

Il diritto ad autodeterminarsi: il "fine vita" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

di
Paola Valenti*

SOMMARIO: 1. Il "fine vita" e lo stato vegetativo o di minima coscienza: un problema interpretativo aperto 2. La posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo sul "fine vita" 3. Il recente caso Lambert: una "debole" affermazione del diritto a morire con dignità

1. Il "fine vita" e lo stato vegetativo o di minima coscienza: un problema interpretativo aperto

Negli ultimi anni le corti nazionali, europee ed internazionali si sono spesso trovate ad affrontare l'annosa questione del c.d. stato vegetativo permanente (*SVP*") [1] e, nei giudizi resi a seguito dell'esame di casi come quello di Vincent Lambert, hanno generalmente attribuito primaria rilevanza al desiderio espresso, anche solo a parole, dalla persona.

Lo *status quaestionis* ruota attorno al problema della valutazione della volontà dei pazienti in stato vegetativo (nel proseguo "*SV*") e si scontra con la difficoltà di dimostrare che, in un paziente tenuto in vita solo in modo artificiale possa essere dimostrata scientificamente una residua attività vitale spontanea o indotta, in grado di provare una seppur minima coscienza residua. Questa enorme difficoltà, unita alla scarsa esperienza e all'inadeguata conoscenza scientifica dello stato vegetativo, si somma al dibattito che ruota attorno a concetti filosofici, etici e giuridici di consapevolezza, coscienza e umanità dell'essere vivente nella c.d. "zona grigia"[2].

* Dottoranda in *Business and Law - Istituzioni e impresa: valore, regole e responsabilità sociale* presso l'Università degli studi di Brescia.

[1] P. PASSAGLIA, C. GUERRERO PICÒ, S. PASETTO, M.T. RORIG, C. TORRISI, *Decisioni di fine vita ed ausilio al suicidio*, Corte Costituzionale, Servizio studi area diritto comparato, 2018, 238, consultabile sul sito www.cortecostituzionale.it

[2] A. OWEN, *Nella zona grigia. Un neuro scienziato esplora il confine tra la vita e la morte*, Milano, 2017, 166 ss.

La questione giuridica che si pone in relazione alle c.d. "vite sospese" risiede nella difficoltà di definire il diritto all'autodeterminazione della persona[3]. Il rifiuto alle cure è un diritto che non ammette deroghe anche quando conduce ad un esito letale, ma quando si tratta di persona in stato vegetativo, l'incoscienza di manifestare la propria volontà comporta, ad oggi, che la decisione ultima sia adottata sulla scorta della valutazione del medico che dovrà, comunque, interpretare quella volontà anche alla luce della concreta situazione clinica del paziente[4].

A livello internazionale sono vari gli strumenti adottati per promuovere e garantire il diritto alla vita ed in particolare si rammentano: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite (1948)[5], la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950)[6] del Consiglio d'Europa, la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità (2006)[7], la *Guida al processo decisionale relativa al trattamento medico in situazioni di fine vita* del Consiglio d'Europa del 2014[8].

[3] V. A.C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Giuffré, 1972, p. 6 e R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto eutanasia e libertà individuale*, (trad. it. di S. Maffettone), Milano, Comunità, 1994, 268.

[4] A. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine vita*, Giuffrè, Milano, 2012; A. D'ALOIA, *Eutanasia* (Dir. Cost.), in *Digesto. Discipline pubblicistiche*, 2012, Utet, Torino, 300-349; 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, 135-174; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014; C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004; A. GIACALONE, *Profili giuridici dell'eutanasia*, in *www.diritto.it*, 2005, 21 ss.; R. BARCARO, *L'eutanasia. Un problema paradigmatico della bioetica*, Franco Angeli, Milano, 1998; F. MANTOVANI, *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in *Archivio Giuridico*, 1970, 1-2, 37 ss.

[5] Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Dichiarazione universale dei diritti umani*, adottata il 10 dicembre 1948 a Parigi con Risoluzione n. 219077, consultabile sul sito www.ohchr.org.

[6] Consiglio d'Europa, *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o CEDU* firmata a Roma il 4 novembre 1950, consultabile sul sito www.echr.coe.int.

[7] Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità,* adottata il 13 dicembre 2006 durante la sessantunesima sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, consultabile sul sito www.unhcr.org.

[8] Consiglio d'Europa, *Guida al processo decisionale relativa al trattamento medico in situazioni di fine vita*, 2014, consultabile sul sito www.coe.int

Il principio della tutela della salute, solo indirettamente previsto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo[9], nonostante venga rafforzato dall'art. 2 della CEDU nel quale si legge che *"Il diritto alla vita di ognuno deve essere protetto dalla legge"*, non prevede alcuna disposizione specifica in materia di fine vita, seppur la Corte di Strasburgo, nel tempo, abbia tentato di definirne i caratteri ancorandone la tutela agli artt. 2, 3 e 8 della CEDU[10]. La giurisprudenza che ne è scaturita, come si avrà modo di sottolineare nel proseguo, ha fissato alcuni importanti principi e, nel corso degli anni, si è ritagliata in queste materie uno spazio di intervento importante a livello internazionale.

Di tutela del diritto alla salute parla invece espressamente, all'art. 11, la "Carta sociale europea"[11], adottata dal Consiglio d'Europa nel 1961 e rivista nel 1996[12] che rappresenta il corrispettivo, in materia di diritti economici e sociali, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Secondo la Carta, qualsiasi pregiudizio, esplicito o implicito, alla pratica o procedura, che svaluta il valore della vita della persona diviene una forma di discriminazione e viola i principi dei diritti umani. Ne consegue che ogni forma di discriminazione contro le persone disabili viene ad essere considerata illegittima, compresa qualsiasi disposizione legata alla terminazione della vita non legalmente normata.

La cornice di riferimento più importante a livello internazionale in materia di tutela della salute è, tuttavia, costituita dai principi espressi dalla Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina[13] (Oviedo, 4 aprile 1997[14]), attraverso la

---

[9] M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, *Il lato oscuro dei Diritti umani Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Ed. Carlos III University of Madrid, 2014.

[10] F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017.

[11] La Carta sociale europea è stata adottata in seno al Consiglio d'Europa nel 1961 e rivista a Strasburgo nel 1996, consultabile su sito europarl.europa.eu.

[12] Legge 9 febbraio 1999, n. 30 di ratifica ed esecuzione della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, consultabile sul sito www.gazzettaufficiale.it.

[13] M.G. BELGIORNO DE STEFANO, *La Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Diritti dell'uomo cronache e battaglie,* 1997, 1, 82 ss.; G. ROCCHI, *Il divieto costituzionale dell'aiuto al suicidio e dell'eutanasia e la sua prevalenza sulla libertà dell'individuo*, in M. Ronco (a cura di), *Il diritto di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, *Anima Juris Ratio*, G. Giappichelli, 2019, 103-127.

quale gli Stati membri si sforzano di trovare risposte comuni e coordinate alle emergenti questioni sociali.

Con la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità del 2006 viene poi introdotta una novità concettuale che ribalta l'interpretazione della condizione delle persone con disabilità: prima ancora di riconoscere i loro bisogni, la Convenzione considera necessario partire dal riconoscimento dei loro diritti umani ponendo il *focus* sulla relazione sociale tra le caratteristiche delle persone e la maniera in cui la società ne tiene conto.

Minimo comune denominatore di questi strumenti è l'inviolabilità del diritto all'informazione del paziente, nonché il principio del consenso libero e informato che forniscono un quadro giuridico ed etico all'interno del quale la ricerca del parere del paziente, alla luce della considerazione delle opzioni di trattamento, dovrebbe sempre essere rispettata e la discussione collegiale, quando i pazienti non vogliono o non sono in grado di partecipare direttamente al processo decisionale, dovrebbe divenire essenziale.

Il processo decisionale che inerisce al trattamento medico nelle situazioni di fine vita solleva dunque questioni che riguardano i principi etici maggiormente riconosciuti non solo a livello internazionale ma anche a livello regionale ove anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dispone espressamente che *"[n]ell'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*[15]*"*.

Il diritto di ricevere informazioni precise e complete sulla diagnosi, sulle opzioni di cura e l'eventuale intervento, le loro conseguenze e i loro rischi è condizione fondamentale nel processo di determinazione della capacità di scegliere in modo

[14] La Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina, entrata in vigore il 01.12.1999, è stata sottoscritta da tutti i Paesi dell'Unione europea ad eccezione di: Austria, Germania, Belgio, Malta, Regno Unito. La scelta di non aderire a tale accordo è stata presa anche dalla Russia, mentre l'Italia ha autorizzato la ratifica per mezzo della legge 28 marzo 2001, n. 145, seppur la procedura non sia stata ancora perfezionata con il deposito del dispositivo presso il Consiglio d'Europa, consultabile sul sito www.coe.int

[15] La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (2000/C 364/01), è stata solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza ed una seconda volta il 12 dicembre 2007 in una versione adattata a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione, consultabile sul sito www.europarl.europa.eu.

consapevole. Solo dopo aver ricevuto tali informazioni, infatti, il paziente può dirsi in grado di dare il proprio consenso o, per contro, rifiutare le terapie proposte dal medico[16].

La garanzia suprema del diritto di ogni cittadino al consenso informato per realizzare la propria volontà deve poter, dunque, coincidere con il diritto all'autodeterminazione o all'autonomia individuale[17] quale diritto di libertà e di responsabilità che ognuno deve avere verso se stesso superando ogni delega esclusiva a medici, familiari o giudici.

Nel tentativo di facilitare l'attuazione dei principi espressi universalmente in materia di tutela della vita e della salute, il Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa (DH-BIO), nel 2014 , ha elaborato uno strumento di *soft law*, la *Guida al processo decisionale nell'ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita* che si pone l'obiettivo di individuare principi che possano essere applicati a prescindere dal diverso contesto giuridico presente in ogni Stato[18]. La Guida si presenta come una sintesi informativa dei principi etici da applicare al processo decisionale nelle situazioni di fine vita e riconosce che in questo *ambito "il prolungamento della vita non deve essere di per sé l'unico scopo della pratica medica, che dovrebbe avere come obiettivo quello di alleviare le sofferenze"*. Essa potrebbe, inoltre, costituire la base per una discussione tra professionisti medici, pazienti, familiari, amici intimi e tutti coloro che forniscono supporto, comprese le associazioni che si occupano dell'assistenza nel fine vita.

I giudici internazionali, attraverso un'opera di interpretazione giuridica, dovrebbero dunque tentare di colmare i vuoti giuridici ancora presenti all'interno dei rispettivi ordinamenti in tema di fine vita attribuendo ai convincimenti del paziente, che

---

[16] S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale,* Il Mulino, Bologna, 2015, 67 ss.

[17] P. BORSELLINO, *Bioetica tra "morali" e diritto*, II ed., Milano, Raffaello Cortina, 2018; P. FALZEA (a cura di), THANATOS E NOMOS, *Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Napoli, 2009; F. MEOLA, *Sul diritto di rifiutare le cure fino a lasciarsi morire*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2013, 87-143; S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009, 3 ss., A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, 98; S. ROSSI, *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Digesto Disc. Priv.*, sez. civ., Utet, Torino, Agg. 2012, 232.

[18] Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa (DH-BIO), *Guida sul processo decisionale relativo ai trattamenti medici nelle situazioni di fine-vita*, 2014, consultabile sul sito www.coe.int.

rappresentano un aspetto profondamente "personalistico", il giusto valore giuridico elevandolo dal terreno di una totale insipienza e scarno valore probatorio.

In un contesto internazionale in cui in nessun ordinamento l'individuo è riconosciuto quale padrone assoluto e incondizionato della propria vita e del proprio destino biologico, al fine di garantire una effettiva tutela del diritto alla vita e del diritto ad autodeterminarsi, risulta di fondamentale importanza il dialogo efficiente tra i giudici nazionali e le corti sopranazionali[19] con l'intento di delineare i contorni del principio della volontarietà dei trattamenti sanitari ed del collegato diritto al loro rifiuto, al fine di ispirare un intervento legislativo volto a colmare questa lacuna.

2. La posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo sul "fine vita"

L'orientamento costante assunto negli anni dalla Corte Edu[20] innanzi al tema dell'eutanasia e del suicidio assistito ha tendenzialmente dato rilievo al dovere dello Stato, in conformità alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di non privare della vita coloro che sono sottoposti alla sua autorità e di porre in essere norme deterrenti per la commissione di reati contro la persona. A parere della Corte, il diritto di cui all'art. 2 CEDU è sempre stato considerato assoluto, privo di aspetti negativi e non assistito da alcun diritto di autodeterminazione.

La stessa Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 1418 del 25 giugno 1999 al riguardo affermava che, ove fossero mancate direttive anticipate, il diritto alla vita del paziente non doveva essere violato e, in caso di dubbio, la decisione doveva essere a favore della vita e del suo prolungamento[21].

[19] V. Onida, Relazione di sintesi relazione (allo stato inedita) tenuta al Convegno organizzato dalla sezione di Milano dell'Associazione nazionale magistrati il 21 maggio 2008 su *"La viva voce della Costituzione nei suoi sessant'anni"*.

[20] Corte Edu, *Pretty, cit. v. Regno Unit*o, n. 2346/02, ECHR 2002-III, in raccolta 2002 – III, consultabile sul sito www.echr.coe.int.

[21] Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, raccomandazione n. 1418/1999, adottata il 26.6.1999, *Protezione dei diritti umani e della dignità del malato terminale e del morente*, consultabile sul sito assembly.coe.int.

In materia di fine vita il primo caso affrontato dalla Corte Edu è stato il caso *Sanles versus Spagna*[22] (2000) in occasione del quale un cittadino tetraplegico spagnolo chiedeva che fosse riconosciuto il suo diritto a morire degnamente e che fosse dichiarato non perseguibile per il reato di assistenza al suicidio il medico che gli avesse fornito i medicinali necessari a porre fine alla sua vita. Nelle more del giudizio, azionato da un erede legittimo del *de cuius*, il paziente moriva e la Corte EDU affrontava unicamente e senza entrare nel merito il nodo problematico della legittimazione ad agire dell'erede per diritti personalissimi del defunto dichiarando, in conclusione, irricevibile il ricorso laddove presentato da persona priva dello *status* di "vittima" di cui all'art 34 Cedu rubricato "Ricorsi individuali".

La Corte in questo caso confermava il proprio orientamento affermando l'inesistenza di 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 che, a parere della Corte, garantiva la ponderatezza delle decisioni dell'individuo e che la pratica non desse adito ad abusi.

Nel caso *Sanles* la Corte si esimeva dall'entrare nel merito della lamentata lesione dell'art. 2 CEDU e del mancato riconoscimento al paziente del diritto ad una morte dignitosa, quale speculare del diritto alla vita: rimanevano, inoltre, insoluti nodi essenziali quali l'equiparazione tra le immani sofferenze del malato e i trattamenti disumani e degradanti vietati dall'art 3 CEDU; l'inosservanza degli artt. 5 e 9 CEDU in tema di diritto alla libertà di pensiero e coscienza; l'interferenza dello Stato nella vita privata del cittadino (art. 8 CEDU); la discriminazione compiuta dall'ordinamento, in lesione all'art. 14 CEDU, tra l'ammissibilità del suicidio e il divieto di suicidio assistito[23].

Col successivo caso *Pretty*[24] nel 2002, nonostante l'istanza della ricorrente di interpretare l'art. 2 CEDU come protettivo non della vita in sé, ma del diritto alla vita comprensivo del diritto alla morte[25], la Corte Edu sceglieva di attenersi ad una

[22] Caso *Sanles v. Spain*, n. 48335/99, ECHR 2000-XI, consultabile sul sito ww.echr.org.

[23] S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla CEDU*, Cedam, Padova, 2001.

[24] D. TEGA, *Esiste il diritto a disporre della propria vita? Il "caso Pretty"*, in A. MORRONE (a cura di, *Il Diritto costituzionale nella giurisprudenza e nelle fonti*, Cedam, Padova, 2006.

[25] Sull'esistenza o meno di un "diritto a morire", opposto o corollario del diritto alla vita, cfr. S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in Riv. it. med. leg.,

rigida interpretazione letterale del dettato convenzionale. A suo giudizio, infatti, gli Stati erano sottoposti al divieto di privare della vita un soggetto posto sotto la loro giurisdizione ed avevano, altresì, il dovere di adottare ogni atto o misura operativa preventiva per salvaguardare l'incolumità di ogni consociato[26].

Con la sentenza *Pretty* la Corte compiva un labile passo in avanti riconoscendo un margine di apprezzamento dei singoli Stati nella valutazione di una eventuale previsione e regolarizzazione del suicidio assistito[27] e ribadiva che la sopravvivenza forzata doveva essere considerata a tutti gli effetti un trattamento inumano e degradante, che lo Stato era comunque tenuto ad evitare.

Solo in occasione del caso *Ulrich Koch V. Germania* del 2009[28], diversamente dal caso *Sanles*, la giurisprudenza di Strasburgo in materia di fine vita segnalava una più decisa apertura verso il riconoscimento del diritto a morire con dignità. Il ricorrente, in questo caso, lamentava la mancata autorizzazione da parte delle autorità tedesche all'acquisto del farmaco letale richiesto dalla moglie malata ed il rifiuto, successivo al decesso della donna, dei giudici nazionali di esaminare il merito della sua doglianza.

2003, 754; L. VIOLINI - A. OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana. I diritti in azione*, in M. CARTABIA (a cura di), Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee, Il Mulino, Bologna, 2007, 234 ss.; F. RIMOLI, *Bioetica. Diritti del nascituro. Diritti delle generazioni future*, in R. NANIA - P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Giappichelli, Torino, 2006, 545 ss.

[26] Innanzi all'eccezione sollevata in merito all'art. 8, richiamato da Pretty per sostenere che il divieto dello Stato di dar corso alla sua volontà costituiva un'arbitraria ingerenza della pubblica autorità nella privacy, i giudici premettevano tuttavia che la nozione di "vita privata" mal si prestava ad una definizione esaustiva, potendo abbracciare diversi aspetti della sfera intima di un soggetto. La Corte lapidariamente affermava che la nozione di "personal autonomy" (§ 74) era un principio importante nell'ermeneutica dell'art. 8, il quale statuiva il diritto di gestire liberamente la propria vita, inclusa la facoltà di compiere atti ritenuti fisicamente o moralmente dannosi o di natura pericolosa per l'individuo interessato. Senza negare la sacralità della vita (difesa dal Governo), la Corte portava in rilievo la nozione di "qualità della vita", inserita implicitamente nell'art. 8 CEDU, da leggersi nel contemperamento dei due assi portanti dell'intera Convenzione, vale a dire il rispetto della dignità umana e la libertà individuale.

[27] Corte EDU, sent. cit., § 40. Nella sentenza *Pretty* la Corte Edu non ritiene possibile dedurre dall'art. 2 della Convenzione un diritto di morire, sia per mano di un terzo, che con l'assistenza di una pubblica autorità.

[28] Corte EDU, *Koch c. Germania*, ricorso n. 497/09, sentenza 19 luglio 2012. Sulla sentenza: E. CRIVELLI, *Koch c. Germania: la Corte di Strasburgo afferma il diritto a vedere esaminato nel merito la richiesta di suicidio assistito del proprio coniuge*, in *Rivista AIC*, 2012, fasc. 4.

Nell'affrontare le complesse questioni sottoposte al suo giudizio, la Corte di Strasburgo non nascondeva il proprio imbarazzo nel trovarsi ad affrontare, per la prima volta nel merito, simili vicende, seppur emergeva chiaro il tentativo di soppesare gli interessi in gioco evitando posizioni estreme e cercando di trovarne un bilanciamento.

Nella sentenza, infatti, la Corte si limitava ad affermare che il desiderio di "autodeterminare la fine della vita è una questione di interesse generale" e che, quindi, i tribunali nazionali dovevano "esaminare nel merito" i quesiti legati a quel desiderio per evitare di incorrere nella violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare. Nel caso *Koch* la negazione *ex ante* dell'autorizzazione ad acquistare una medicina letale da parte del marito aveva infatti avuto il solo esito di far emigrare la propria cittadina in Svizzera per il c.d. "viaggio della morte".

Tale impostazione metodologica, seppur risultava comprensibile laddove considerata l'esigenza della Corte di porsi come organo di tutela dei diritti fondamentali dinanzi a una pluralità di legislazioni, faceva apparire contraddittorio il Collegio laddove stimolava un più profondo intervento da parte delle istituzioni nazionali.

Nel 2011 il tema del fine vita riceveva un contributo particolarmente significativo con il caso *Ernst Haas v. Svizzera*[29] in occasione del quale la Corte europea dei diritti dell'uomo, pur riprendendo gli argomenti già adottati nella sentenza *Pretty*, considerava l'evoluzione dei costumi e il mutamento del contesto normativo rispetto al 2002. In tale occasione la Corte dopo aver ribadito che le scelte sul fine vita inerivano alla *privacy* di ciascun individuo[30], faceva un passo in più rispetto al caso *Pretty*: i giudici, infatti, nell'intento di evitare sbilanciamenti a favore dell'una o dell'altra corrente biogiuridica (*pro life*/*pro choice*) individuavano i requisiti che la volontà del paziente doveva possedere per essere ammessa la decisione di scegliere

[29] Corte Edu, *Haas c. Svizzera*, sentenza del 20 gennaio 2011, ric. n. 31322/07, ECHR 2011-I, consultabile sul sito www.echr.coe.int.

[30] Karen Quinlan, n. 70 N.J. 10, Mar. 31, 1976, consultabile sul sito njcourt.gov. G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della Corte del New Jersey*, ne *Il Foro italiano*, 1988, parte IV, coll. 291-301 e E. CALÒ, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*, in *Corriere giuridico*, 2007, 12, 1686-1695.

di concludere la propria vita: doveva trattarsi di una volontà chiara, consapevole, libera e cosciente.

Mentre nel precedente caso *Pretty* la Corte si era trovata dinanzi ad una legislazione "sbilanciata" a favore della vita e non aveva potuto sottolineare con enfasi il principio di autodeterminazione, nel caso *Haas* essa aveva a che fare con una normativa che tendeva a favorire simile principio e ciò determinava il bisogno di rammentare l'importanza della tutela della vita, il cui equilibrio con l'autodeterminazione era rappresentato dai caratteri della volontà, libera e cosciente. Il diritto di scegliere di morire con dignità era, dunque, ormai pacificamente considerato un aspetto della vita privata tutelata dall'art. 8 CEDU e, sempre di più, il consenso informato, quale scelta morale dell'individuo, era riconosciuto come un aspetto centrale nelle decisioni relative al fine vita[31].

Seppur in occasione del caso *Haas*, la Corte pareva essersi spinta sino quasi a riconoscere il diritto a scegliere come e quando porre fine alla propria vita, non si esponeva tuttavia sino a ritenere che da tale diritto fosse ricavabile un pari obbligo positivo dello Stato di attivarsi per assecondare la volontà dell'individuo in tal senso.

La Corte Edu non ha, dunque, stigmatizzato la fattispecie del suicidio assistito, bensì si è preoccupata di mettere in luce le incertezze relative ai presupposti della sua ammissibilità e, nel corso degli anni, non senza difficoltà, ha dimostrato il tentativo di adattare la propria giurisprudenza alla realtà in continuo mutamento: gli Stati devono astenersi dal privare della vita gli individui sotto la propria giurisdizione e devono adoperarsi per proteggerne concretamente l'esistenza quotidiana, assicurandone dignità e sicurezza. Nel tentativo di bilanciare gli interessi in gioco la Corte di Strasburgo nelle sue pronunce, da una parte, ha consacrato la sacralità del diritto alla vita, e, dall'altra, ha rivendicato l'autodeterminazione dell'individuo come un diritto fondamentale[32]: l'uomo, in

[31] L. POLI, *L'ultimo diritto. Esitazioni, contraddizioni, ma anche aperture nella giurisprudenza della Corte EDU in materia di fine vita*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, p. 1 e ss.

[32] C. GREWE, *La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions, 2014, 3, consultabile sul sito revuegeneraledudroit.eu.

quanto titolare del diritto ad autodeterminarsi, può scegliere le modalità ed il tempo della propria morte al fine di preservare la propria dignità davanti alla sofferenza[33].

Tuttavia, malgrado si ammetta che, in presenza di una scelta libera e cosciente, ciascun individuo dovrebbe vedersi riconosciuto il diritto di decidere liberamente la sorte della propria esistenza, la Corte Edu ha giudicato il divieto generale del suicidio assistito come conforme e proporzionale alla Convenzione. A parere della Corte, infatti, tale interdizione generale ha preservato la vita delle persone più deboli e vulnerabili, specie quelle non in grado di prendere decisioni con coscienza di causa, proteggendole contro atti miranti a porre fine alla loro esistenza.

Le recenti pronunce di Strasburgo se, a prima vista, sono parse il riflesso di una giurisprudenza sovranazionale più attenta a definire gli aspetti procedurali delle questioni sul fine vita, in realtà, hanno confermano seppur timidamente il riconoscimento sostanziale di due diritti: quello a vivere e quello a morire con dignità. Risulta, infatti, incontestabile che all'interno della giurisprudenza di Strasburgo accanto al diritto a vivere sia riconosciuto il diritto a morire dignitosamente in quanto espressione dell'autodeterminazione dell'individuo, anche incapace, rifiutando l'accanimento terapeutico.

Ciò che si scontra con il pieno riconoscimento di questi diritti, in un certo senso tra loro complementari, rimane tuttavia l'assenza di un comune consenso in ordine alle pratiche eutanasiche che, anche a fronte dell'alta porosità della materia e delle connesse implicazioni etiche, suggerisce un approccio cauto che non vanifichi l'attribuzione all'organo giurisdizionale sovranazionale della qualifica di "*The Coscience of Europe*"[34].

3. Il recente caso *Lambert*: una "debole" affermazione del diritto a morire con dignità

[33] J. POHIER, *La morte opportuna. I diritti dei viventi sulla fine della loro vita*, Avverbi Ed., Roma, 2004, 118, R. DWORKIN, *Il dominio,* op.cit., 292.

[34] RIVERA I., *Il caso lambert e la tutela della dignità umana come diritto a vivere (e a morire)*, 2015, in *Forum di Quaderni costituzionali*, consultabile sul sito www.forumcostituzionale.it.

Nonostante la Corte europea si sia trovata in più occasioni ad affrontare il tema del fine vita, il recente caso Lambert[35], sottoposto al suo giudizio, ha costituito una nuova sfida sia per l'etica medica che per il legislatore europeo.

Il caso si è rivelato estremamente delicato e ha fatto sorgere diversi interrogativi in relazione alla capacità del signor Vincent Lambert, in stato vegetativo, di comprendere o meno la realtà che lo circondava[36] in quello che viene definito uno stato di coscienza minima[37] irreversibile. Il caso *Lambert and Others v. France* ha costituito una delle più importanti e recenti decisioni della Corte di Strasburgo, poiché ha fissato due capisaldi interpretativi imprescindibili in tema di diritto alla vita: il principio di autodeterminazione del paziente e la sovranità legislativa degli Stati membri[38].

In particolare due sono gli aspetti che sono stati presi in esame dalla Corte Edu con le sentenze Labert del 05 Febbraio 2015, del 30 Aprile 2019 e del 20 Maggio 2019 con le quali di fatto confermava l'impugnanda sentenza del *Conseil d'État* del 24 giugno 2014.

La Corte rilevava, innanzitutto, che la legge francese sul fine vita del 2005 (successivamente sostituita dalla legge *Claeys-Leonetti*[39]), non autorizzando né l'eutanasia né il suicidio assistito, permetteva al medico di interrompere un trattamento seguendo una procedura regolamentata, se la sua prosecuzione manifestava un'ostinazione irragionevole[40].

---

[35] Corte Edu, Grande Camera, sentenza del 5 Febbraio 2015, ric. n 46043/14, *Lambert & Altri c. Francia*, § 14 -15, consultabile sul sito www.echr.coe.int.

[36] S. CENTOFANTI, *L'agonia di Vincent Lambert: quando si cede alla cultura dello scarto*, 2019, in Vaticannews.it., p. 1 e ss.

[37] Commissione Tecnico-Scientifica del Ministero della Salute (istituita con D.M. 12 Settembre 2005), "*Stato vegetativo e stato di minima coscienza*", 2014, 5 e ss., consultabile sul sito www.salute.gov.it.

[38] G. RAZZANO, *Dignità, cit.*, 34 ss., U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole).Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 7 ss.

[39] Legge Claeys-Leonetti, n. 2016-87 del 2.02.2016, consultabile sul sito www.legifrance.gouv.fr.

[40] Corte Edu, G.C., sent. cit., § 53 e ss.

La richiamata legge, peraltro, facendo riferimento a trattamenti e non a semplici sostegni vitali[41], consentiva alla Corte di affermare che la Francia non stava violando i propri obblighi negativi di non mettere a morte intenzionalmente qualcuno, poiché nella sua legge era previsto il divieto di eutanasia[42]. In secondo luogo, la Corte si pronunciava relativamente all'obbligo positivo dello Stato di tutelare e garantire la vita dei propri cittadini giungendo a ribadire come il Consiglio di Stato francese aveva agito nei limiti dei propri "margini di discrezionalità"[43], seguendo una procedura "lunga e meticolosa", nel pieno rispetto degli obblighi derivanti dall'art. 2 della CEDU.

Ancora una volta, in assenza di un orientamento condiviso tra gli Stati parte della Cedu, la Corte non poteva che ribadire la sussistenza di un ampio margine di discrezionalità in capo ad ogni Paese nell'attuare quel ragionevole bilanciamento tra il diritto alla vita e il diritto all'autodeterminazione dell'individuo, entrambi riconosciuti come diritti fondamentali ed inviolabili dell'uomo.

Nel verificare tuttavia il rispetto dell'art. 2 CEDU, che impone allo Stato di adottare le misure appropriate per salvaguardare la vita di coloro che rientravano nella sua giurisdizione[44], la Corte teneva in debita considerazione: l'esistenza nel diritto interno di un quadro normativo compatibile con i requisiti dell'art. 2, la procedura di esame dei desideri precedentemente espressi dal richiedente alle persone a lui vicine, le opinioni di altro personale medico, i criteri stabiliti nella *"Guida al processo decisionale relativa al trattamento medico in situazioni di fine vita"* del Consiglio d'Europa del 2014[45], nonché la possibilità di rivolgersi ai Tribunali in caso di dubbio sulla migliore decisione da prendere nell'interesse del paziente.

---

[41] Ivi sent, cit., allegato in calce, "*Joint partly dissenting opinion of Judges Hajiyev, Šikuta, Tsotsoria, de Gaetano and Grimço*", § 9.

[42] *Ivi* sent. cit., § 181-182.

[43] M. ALBERT, *Caso Lambert. Dopo un lungo processo (anche giudiziale), la sua alimentazione non verrà interrotta,* Observatorio de Bioética, Università Cattolica di Valencia, 2015.

[44] *Ivi*, sent. cit., § 140 e ss.

[45] *Ivi* sent. cit., § 155. La guida osserva che esistono differenze di approccio tra Paesi: alcuni considerano la nutrizione e l'idratazione artificiali come una forma di trattamento che può essere limitata o ritirata in determinate circostanze e in conformità con le garanzie previste dalla legislazione nazionale, in altri Paesi sono considerati come una forma di assistenza che soddisfa i bisogni fondamentali dell'individuo che, come tali, non possono essere ritirati a meno che il paziente, in fine vita, abbia espresso il desiderio in tal senso. *The Guide on the*

La decisione sul caso Lambert non veniva, tuttavia, adottata all'unanimità dal Collegio: cinque Giudici della Corte esprimevano il loro "forte dissenso" affermando che la Corte si era astenuta dall'affermare e proteggere il valore della vita e la dignità delle persone in stato vegetativo, gravemente paralizzate e che non potevano comunicare i loro desideri agli altri.

In particolare i giudici affermavano che "la privazione di due basilari sostegni vitali", cioè il cibo e l'acqua ad una persona disabile costituiva un allarmante "passo indietro" nella protezione che la Convenzione e la Corte avevano sino allora offerto alle persone vulnerabili[46]. Tale obbligo, a parere dei giudici, poteva essere superato solo nel caso in cui la volontà del malato fosse stata espressa in modo assolutamente certo e in forma specifica, condizioni entrambe ritenute assenti nel caso Lambert.

II *caso Vincent Lambert*, che ha impegnato la Corte Edu e le Autorità giurisdizionali francesi per oltre dieci anni, ha riportato in primo piano il dibattito sul discusso tema dell'eutanasia e della sospensione dei presidi di sostegno vitale nei pazienti incapaci di esprimersi e ha posto l'accento sulla necessità di una delicata opera di bilanciamento e ponderazione dei diversi aspetti in gioco: l'autodeterminazione della persona, la vita, la libertà di scelta del paziente - con il problema del fondamento e dei limiti dei poteri sostitutivi o attestativi delle persone vicine al malato - e la professionalità del medico che ha il delicato compito di indicare quando un determinato trattamento sanitario possa o meno ritenersi appropriato.

Con le sentenze Lambert, la Corte Edu, ancora una volta, pare compiere una mera operazione logica consistente nella previa verifica della compatibilità della legislazione francese al dettato dell'art. 2 CEDU[47], senza entrare nel merito della

---

decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations, consultabile sul sito *www.coe.int*.

[46] L. SCROSATI, *La Cedu dà l'ok all'uccisione di Vincent Lambert*. in *Vita e bioetica*, 2019.

[47] Corte Edu, G.C., sent. cit., § 44. Il Comitato consultivo etico nazionale francese, a seguito di un'approfondita un'analisi delle difficoltà che circondano le nozioni di *"ostinazione inaccettabile, trattamento e sostegno della vita artificialmente"*, ha prudentemente raccomandato un processo di riflessione volto a garantire che le discussioni collettive portino ad un autentico processo decisionale collettivo che, laddove non raggiunga il consenso, porti comunque alla possibilità di una mediazione. Il Presidente francese Macron ha sostenuto il lavoro della magistratura definendolo conforme alle leggi e alle valutazioni medico-sanitarie, mentre il mondo cattolico, rifuggendo ogni filosofia di tipo utilitaristico, ha continuato a promuovere la vita sino alla fine naturale.

vera questione, ovvero nella "sostanza" della portata del diritto alla vita e alla morte.

La posta in gioco è stata alta. Il bene giuridico da tutelare è stato il diritto alla vita di una persona in stato vegetativo che versava in una condizione di vulnerabilità, che non aveva rilasciato direttive anticipate di trattamento e rispetto al quale non sembrava possibile ricostruire con certezza la volontà in tema di "*end-of-life decisions*".

La debole tutela del diritto alla vita operato dalla Corte Edu nel caso Lambert e le contraddizioni in cui la Corte sembra essere talvolta caduta, consentono purtuttavia di intravedere il percorso evolutivo ormai intrapreso dalla giurisprudenza europea nel senso di un più chiaro accoglimento del diritto di scegliere di morire con dignità[48].

Seppur è vero che la Corte ha da sempre abbracciato una ricostruzione dell'art. 2 CEDU ispirata al principio dell'indisponibilità della vita, è anche vero che essa non ha portato mai a compimento questo ragionamento: così, anche se il diritto alla vita

[48] L'evoluzione giurisprudenziale in materia di diritto alla vita ha recentemente ricevuto un importante contributo dall'Italia la quale, in questi giorni, ha mosso i primi passi verso la concreta applicazione dei requisiti di impunibilità ex art. 580 c.p. richiesti dalla Corte Costituzionale in occasione della sentenza n. 242 del 22.11.2019. Il caso recentemente affrontato dal Tribunale di Ancona riguarda un paziente "Mario", tetraplegico da oltre 10 anni, che ha istato l'Azienda sanitaria pubblica della regione Marche affinché valutasse la sussistenza dei requisiti pregiudiziali alla non punibilità dell'aiuto al suicidio, nonché la corretta modalità di esecuzione della prescrizione/somministrazione del farmaco letale previa acquisizione del parere del Comitato etico territoriale. Per la prima volta in Italia, dunque, un'ordinanza del Tribunale ha stabilito il dovere dell'Azienda unica sanitaria delle Marche di fornire tale parere ed il Comitato etico, a seguito di verifica delle condizioni del paziente - tramite un gruppo di medici specialisti nominati dall'Azienda stessa- ha confermato che egli possiede tutti i requisiti per l'accesso legale al suicidio assistito così come stabilito nella sentenza citata sentenza della Consulta n. 242/2019 Cappato-Antoniani. Ciò che manca ancora è la definizione del processo di somministrazione del farmaco eutanasico, lacuna in parte dovuta anche alla paralisi del Parlamento che, a distanza di tre anni dalla richiesta della Corte costituzionale, non riesce a colmare un vuoto normativo che definisca le procedure di applicazione della storica sentenza Cappato. Il risultato è che persone come "Mario" sono costrette a sostenere persino un calvario giudiziario, in aggiunta a quello fisico e psicologico dovuto dalla propria condizione. È possibile che la decisione del Comitato etico marchigiano consenta presto a "Mario" di ottenere ciò che chiede da 14 mesi, ma è certo che, per avere regole chiare che vadano oltre la questione dell'aiuto al suicidio e regolino l'eutanasia in senso più ampio, sarà necessario un intervento che coinvolga tutte le parti in gioco. Il testo delle ordinanze del Tribunale di Ancona emesse in data 26.03.2021 e 09.06.2021, nonché il parere del Comitato etico territoriale delle Marche de 09.11.2021 sono consultabili sul sito www.associazionelucacoscioni.it.

non può essere letto come diritto alla morte, non considera mai gli ordinamenti che consentono il suicidio assistito in violazione dell'art. 2 CEDU purché lo disciplinino secondo regole precise.

Nel caso Lambert, la Corte ribadisce infatti come non sia possibile valutare la potenziale violazione dell'art. 2 CEDU, determinata dalla sospensione di trattamenti di alimentazione e idratazione artificiale, senza considerare il significato e la portata del diritto di cui all'art. 8 CEDU e la nozione di autonomia personale che esso comprende, la quale impone di considerare e dare seguito alle volontà dell'interessato.

La Corte Edu pone dunque correttamente l'accento sulle intenzioni del paziente evidenziando come *"it is the patient who is the principal party in the decision-making process and whose consent must remain at its center; this is true even where the patient is unable to express his or her wishes"* [49].

Tale posizione può essere considerata già di per sé un traguardo che la Corte ha raggiunto superando le esitazioni iniziali.

A seguito della sentenza del 30 aprile 2019, i genitori di Vincent Lambert presentavano ricorso[50] al Comitato Onu sui diritti delle persone con disabilità (CRPD)[51], il quale nonostante la sollecitazione rivolta alla Francia affinché sospendesse provvisoriamente l'esecuzione della sentenza che consentiva l'interruzione dei trattamenti sanitari[52] a Vincent, non riusciva a portare a termine il proprio compito poiché il governo francese non si riteneva vincolato alla

[49] *Ivi* sent. cit., § 179.

[50] *Viviane Lambert: at the Human Rights Council for her son Vincent*, Oral Declaration, in European Centre for Law & Justice, Luglio 2020.

[51] Come altre Convenzioni sui diritti umani, anche quella sui diritti delle persone con disabilità contempla la possibilità che, contro decisioni giudiziarie diventate ormai definitive nei singoli Stati, ci si possa appellare a organismi sovranazionali. Si tratta di un ricorso individuale, che nel caso specifico è stato presentato all'attenzione del Comitato Onu dai legali dei genitori di Lambert, quando non era più possibile proporre ricorso presso la giustizia francese.

[52] Il Comitato Onu chiedeva alla Francia di mantenere l'idratazione e l'alimentazione del paziente, ricordando esplicitamente il carattere obbligatorio di tali misure cautelari che avevano lo scopo di scongiurare conseguenze irreversibili - quale sarebbe senza alcun dubbio la morte del soggetto- al fine di permettere al Comitato stesso di esaminare con attenzione il ricorso individuale presentato.

Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, che tuttavia aveva ratificato.

Nel tentativo disperato di salvare la vita del figlio, i genitori di Vincent Lambert avviavano l'ennesima azione legale nei confronti anche del medico curante, per "omicidio premeditato" di persona portatrice di handicap grave che non sarebbe stata né in fine vita, né un vegetale[53], e chiedevano nuovamente il permesso di trasferire il figlio[54] presso un istituto specializzato[55]. Non si comprende perché alle richieste avanzate dai genitori di Vincent Lambert di farsi carico dei costi e delle cure del figlio la risposta sia stata univoca: la morte indotta del paziente.

Le battaglie che hanno caratterizzato il caso Lambert, nonché il braccio di ferro Francia-Onu hanno messo in luce un ulteriore aspetto critico del diritto internazionale, ossia l'obbligatorietà, per gli Stati membri, di rispettare gli impegni internazionali assunti specialmente in materia di tutela dei diritti umani.

La vicenda Lambert, come pure i casi italiani Englaro o Fabio Antoniani, non ha dato soluzione ultima al rapporto tra diritti fondamentali e giurisprudenza, ma ha arricchito ulteriormodo una riflessione sul ruolo cardine assunto dall'interprete, che è chiamato a fornire tutela al valore della dignità umana, declinabile a seconda delle opzioni interpretative, come diritto alla vita in sé

[53] Il Tribunale di Reims il 29 gennaio 2020 assolveva Vincent Sanchez, il medico dell'ospedale Sébastopol Chu di Reims che il 3 luglio interrompeva l'alimentazione e l'idratazione di Vincent Lambert, provocandone la morte per fame e per sete l'11 luglio, poiché non riteneva sussistenti elementi che caratterizzavano il reato di non assistenza a persona in pericolo. Per i giudici Sanchez aveva perfettamente rispettato i suoi obblighi legali e la procedura che aveva portato alla morte Vincent Lambert non aveva danneggiato l'integrità del paziente.

[54] S. CENTOFANTI, *L'agonia*, op. cit., Dura e decisa è stata la reazione dell'arcivescovo di Reims e presidente della Conferenza episcopale francese, il quale ha dichiarato: "*Pur accogliendo l'impegno dell'equipe dell'ospedale CHU, sorprende il fatto che il signor Lambert non sia stato trasferito in un'unità specializzata nell'accompagnamento dei pazienti in stato vegetativo o di coscienza minima (…)*".

[55] Gli avvocati dei genitori di Vincent Lambert annunciavano la presentazione di un reclamo per "omicidio premeditato" di una persona vulnerabile nei confronti del medico che aveva ordinato l'interruzione del trattamento.
Un annuncio che, tuttavia, poneva difficoltà legali: da un lato, la terminologia utilizzata non corrispondeva a una qualifica criminale, d'altra parte, un'azione del genere era condannata al fallimento poiché la decisione medica di arresto era stata convalidata dal Consiglio di Stato e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. I genitori del paziente avevano già presentato una denuncia per "tentato omicidio" contro l'ospedale universitario di Reims nel 2017, che era stato dichiarato inammissibile dalla Corte d'appello di Reims. Irricevibilità confermata lo scorso marzo dalla Corte di Cassazione francese.

considerata, ovvero come diritto al rispetto delle condizioni di dignità della persona anche nelle scelte del fine-vita[56].

dirittifondamentali.it

[56] N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice,* relazione del 30.06.2010 consultabile sul sito www.europeanrights.eu.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 3 gennaio 2022

Pandemia e stato d'eccezione*

di
Gemma Alberico**

SOMMARIO: 1. Stato di eccezione, Costituzione ed emergenza. 2. Quadro sintetico della gestione della pandemia: fonti e misure adottate. 3. Gestione emergenziale e legalità costituzionale. 4. Conclusioni: stato di eccezione o violazione della Costituzione?

1. Stato di eccezione, Costituzione ed emergenza.

La pandemia dovuta alla diffusione del COVID-19 ha messo a dura prova la tenuta dell'ordinamento costituzionale, trovatosi a fronteggiare una situazione di fatto inconfutabilmente eccezionale e straordinaria. Nella gestione dell'emergenza sanitaria molto si è discusso circa l'esercizio del potere, sia per quanto concerne il metodo sia per quanto concerne il merito delle misure adottate per fronteggiare l'emergenza sanitaria, richiamando spesso anche il concetto di stato di eccezione. Prima di soffermarmi sugli aspetti più significativi di questi ultimi due anni di esercizio del potere emergenziale, pertanto, è opportuno segnare dei punti di riferimento in relazione al concetto di stato d'eccezione correlato alla Costituzione e all'emergenza.

Fin dall'inizio di questa fase emergenziale, formalmente cominciata con la deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020[1], uno dei riferimenti più frequenti operati nell'ambito del diritto pubblico e costituzionale è stato quello al concetto di stato di eccezione elaborato da Carl Schmitt nella sua opera "*Teologia politica*"[2]. Una delle citazioni più utilizzate di Schmitt in relazione allo stato di

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione introduttiva tenuta al Convegno "*Squilibri nella pandemia*" presso l'Università degli studi della Campania "L. Vanvitelli" il 18 novembre 2021.

**Dottoressa di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali.

[1] Testo reperibile al link: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/01/20A00737/sg

[2] C. SCHMITT, Teologia politica, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica* (a cura di G. Miglio e P. Schiera), Bologna, 1986.

eccezione è l'incipit della *Teologia politica* in cui si afferma che "*Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione*"[3]. Declinabile e declinato in diverse accezioni, tale incipit, se decontestualizzato, rischia di perdere parte del significato della ricostruzione schmittiana, in cui si evidenzia il rapporto tra sovranità ed eccezione, precisando però che quest'ultimo concetto può essere utilizzato in relazione al concetto di sovranità, "*solo in quanto questo si assuma come concetto limite (…) A ciò corrisponde il fatto che la sua definizione non può applicarsi al caso normale, ma ad un caso limite*"[4]. Lo stato di eccezione, quindi, rappresenta per Schmitt una situazione limite, cioè una situazione in cui le regole giuridiche non sono osservate e non sono osservabili, una situazione appunto straordinaria ed eccezionale che causa una sospensione del diritto. Non vi è una definizione specifica del concetto di eccezione né potrebbe esservi, perché l'eccezione in quanto tale è imprevedibile e non è imbrigliabile in una casistica neppure esemplificativa. Secondo Schmitt, dunque, lo stato di eccezione è un caso estremo in cui il diritto è sospeso, ma tale sospensione è ontologicamente preordinata alla temporaneità. Lo stato di eccezione, in quanto tale, costituisce una sorta di parentesi all'interno della quale il diritto costituito non trova applicazione, ma tale parentesi ha natura conservativa, cioè mira a ristabilire nel minor tempo possibile l'ordinamento giuridico precostituito[5].

Il concetto di stato di eccezione è stato delineato diversamente, invece, da Agamben, il quale durante la pandemia ha recuperato tale categoria per sostenere tesi anche estreme. Secondo Agamben, lo stato di eccezione sarebbe una situazione persistente, "*la forma legale di ciò che non può avere forma legale*"[6]. Richiamando lo stesso Schmitt, ma prendendone contemporaneamente le distanze, Agamben sostiene che la creazione volontaria di uno stato di emergenza permanente sia divenuta una delle pratiche essenziali degli stati contemporanei e che lo stato di eccezione tende sempre più a presentarsi come il paradigma di governo dominante nella politica contemporanea. Lo stato di eccezione così delineato sembrerebbe caratterizzato da una sorta di

[3] *Ibidem*, p. 33

[4] *Ibidem*

[5] C'è anche la possibilità che l'eccezione abbia una natura innovativa, cioè fondi un nuovo ordine costituito anziché conservare il preesistente, ma resta ferma la natura temporanea dello stato di eccezione.

[6] G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p. 10.

dirittifondamentali.it

permanenza di un vuoto di diritto o addirittura di anomia in cui il potere si muove senza limiti. Lo stesso autore ritiene che l'espressione stato d'eccezione miri a segnare una distinzione rispetto al cosiddetto diritto speciale, il quale può dirsi applicabile nell'ambito, ad esempio, dello stato di assedio[7] o dello stato di guerra, cioè in un ambito circoscritto.

Come è noto, la Costituzione repubblicana del 1948 non contiene una disciplina dell'emergenza o dell'eccezione, ma prende in considerazione, quale ipotesi di emergenza, soltanto lo stato di guerra, disciplinato dall'art. 78 Cost.[8], che evidenzia come sussista un minimo costituzionale[9] che resiste anche nella condizione estrema del conflitto bellico. Non vi è dunque una sospensione dell'ordinamento, non vi è una sospensione delle garanzie costituzionali e dei diritti fondamentali, al contrario il quadro costituzionale, nel disciplinare l'ipotesi dello stato di guerra, mette in sicurezza lo stato costituzionale di diritto. Il sistema costituzionale, dunque, rappresenta un limite per il potere emergenziale poiché, pur in assenza di una espressa disciplina dello stato d'emergenza, il Legislatore è chiamato a rispettare i principi fondamentali dell'ordinamento, adottando misure che incidano il meno possibile sulle garanzie costituzionali e arrecando il minor sacrificio possibile all'esercizio delle libertà fondamentali. Il minimo costituzionale che resiste nelle situazioni emergenziali viene individuato nel nucleo essenziale dello stato di diritto, nel rispetto del sistema gerarchico delle fonti e della riserva di legge posti a tutela dei diritti[10], nella capacità dell'ordinamento di continuare a produrre effetti, pur se integrato da un diritto dell'emergenza che affianca e talvolta deroga il diritto normalmente vigente[11]. I

[7] Sullo stato di assedio, cfr. F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Stato d'assedio*, Noviss. Digesto italiano, vol. XVIII, UTET, Torino, 1971; G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, Enc. del diritto, III, Giuffrè, 1988. SCUDIERO M., *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969.

[8] Cfr. A. GIARDINA, *Art. 78*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 1979, pp. 103ss.; SCUDIERO M., *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969. In relazione all'impossibilità di ritenere ipotizzabile una dichiarazione di stato d'assedio secondo le forme previste per lo stato di guerra, cfr. A. Pizzorusso, *Emergenza, stato di*, p. 558. In senso contrario, circa la possibilità di ricavare l'estensibilità della disposizione dell'art. 78 cost. all'ipotesi di altre situazioni eccezionali come lo stato d'assedio, G. Motzo, *Assedio (stato di)*, op. cit.

[9] L'espressione è di G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, 237 ss.

[10] V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; più recente anche G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e territorio*, Napoli, 2016, p. 53 ss.

[11] G. MARAZZITA, *ibidem*.

connotati essenziali dell'ordinamento democratico-costituzionale devono essere assicurati soprattutto in presenza di situazioni emergenziali la cui gestione pretende di essere inserita all'interno della cornice disegnata dall'ordinamento vigente, dovendo, al contrario, collocare l'esperienza emergenziale idonea a provocare la sospensione della Costituzione in una parentesi esterna rispetto al modello dello Stato di diritto i cui caratteri fondamentali venissero disattesi[12]. L'art. 78 Cost. precisa un riparto di competenze che si muove proprio in questa direzione, prevedendo che sia il Parlamento a deliberare lo stato di guerra e a conferire al Governo i poteri necessari a gestire la situazione eccezionale, non abdicando in favore dell'esecutivo.

A partire dall'inizio dell'emergenza è stato più volte ricordato come la Costituzione italiana, pur priva di una compiuta ed espressa normativa relativa agli stati di emergenza, sia del tutto idonea a sostenere il peso dell'eccezionalità, o meglio, a consentire di gestire e fronteggiare eventuali situazioni imprevedibili mediante il ricorso a strumenti straordinari, non rendendosi necessaria una ricerca della fonte del potere emergenziale al di fuori del disegno costituzionale[13]. In occasione dell'apertura della fase emergenziale, dunque, il proliferare di diverse tipologie di fonti e di interventi normativi dai contenuti eccezionali adottati al fine di assicurare il contenimento del contagio e gestire l'emergenza epidemiologica dovuta al Covid-19, finalizzati a tutelare la sanità pubblica, ha posto evidenti dubbi circa la possibilità di ricondurre l'esercizio del potere emergenziale all'interno della cornice costituzionale.

Tanto premesso, è doveroso chiedersi se la gestione del potere nella fase pandemica sia riconducibile al concetto di stato di eccezione e se ad oggi, in uno stato di emergenza sanitaria tuttora esistente, possa eventualmente parlarsi di stato di eccezione.

---

[12] V. BALDINI, *Sicurezza e libertà nello stato di diritto in trasformazione*, Torino, 2005, p. 86. L'A. specifica come la tutela dei diritti fondamentali "*quanto meno nei loro contenuti essenziali, resta un compito indefettibile ed un connotato dello Stato costituzionale di diritto, derogando al quale quest'ultimo verrebbe a smarrire le sue proprie caratteristiche e i suoi tratti di legittimazione funzionale, così che anche la decisione politica-democratica degenererebbe, nella sostanza, in un esercizio di forza svincolato da ogni giuridica delimitazione*". P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, *passim.*

[13] Sul punto cfr. C. MORTATI, *Costituzione*, in Enciclopedia del diritto, vol. XI, Milano 1962, pp. 139-232; sull'esistenza di uno statuto minimo dell'emergenza, v. anche M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, AIC, Osservatorio costituzionale, fasc. n. 3/2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, unicost.it, 2020.

2. Quadro sintetico della gestione della pandemia: fonti e misure adottate

Per cercare di rispondere a tale interrogativo è necessario ripercorrere brevemente le tappe più significative della gestione emergenziale.

La situazione di emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del Covid-19 ha preso avvio formalmente a partire dalla deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020. Nello specifico, lo stato di emergenza è stato deliberato sulla base della disciplina del Codice della Protezione Civile[14], autorizzando l'emanazione di ordinanze di Protezione civile. In particolare, la deliberazione del Consiglio dei Ministri ha richiamato l'ipotesi prevista dall'art. 7, lett. c) del Codice di Protezione civile concernente "*emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24*". In virtù del citato art. 24, inoltre, il Consiglio dei Ministri ha fissato inizialmente la durata di tale emergenza per un periodo di sei mesi correlandola genericamente al "*rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*"[15], richiamando espressamente la dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione Mondiale della sanità del 30 gennaio 2020[16].

[14] D.lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018. Il testo del nuovo Codice prende avvio con la legge n. 30/2017, recante il riordino e l'integrazione delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale della protezione civile, con la quale è stato delegato il Governo (art. 1) all'adozione di uno o più decreti legislativi di ricognizione, riordino, coordinamento, modifica e integrazione delle disposizioni legislative che disciplinano il Servizio nazionale della protezione civile e le relative funzioni. Il disegno legislativo è frutto di un complesso iter che ha visto la partecipazione, oltre che delle Regioni, anche la presenza attiva di soggetti tecnici. La bozza di decreto legislativo è stata elaborata infatti da un gruppo eterogeneo, composto nello specifico dai rappresentanti del Dipartimento della Protezione Civile, dei Ministeri, delle Regioni, dei Comuni e dai rappresentanti del Volontariato di protezione civile. In attuazione della delega contenuta nell'articolo 1 della l. n. 30/2017, è stato approvato il d.lgs. n. 1/2018, recante il Codice della protezione civile.

[15] Cfr. Delibera 31.1.2020, punto 1). Successivamente l'emergenza è stata prorogata più volte e nel momento in cui si scrive il termine finale è individuato nel 31.3.2022.

[16] Il 30 gennaio 2020, a seguito di una riunione del Comitato di sicurezza, il Direttore generale dell'OMS aveva dichiarato il focolaio internazionale da SARS-CoV-2 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale (Public Health Emergency of International Concern - PHEIC), come previsto nel Regolamento sanitario internazionale (International Health Regulations, IHR, 2005). Per "emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale" si intende: "un evento straordinario che può costituire una minaccia sanitaria per altri Stati membri attraverso la diffusione di una malattia e richiedere potenzialmente una risposta

Muovendosi entro la cornice disegnata dal Codice di Protezione civile, pertanto, il Consiglio dei Ministri ha deliberato di provvedere agli interventi necessari per fronteggiare lo stato di emergenza di rilievo nazionale mediante "*ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3*".

Tale deliberazione non rappresentava il primo intervento correlato alla diffusione del Covid-19, affiancandosi ad altre ordinanze già adottate dal Ministero della Salute (es. la sospensione del traffico aereo con la Cina)[17] in virtù dell'art. 32 della L. n. 833/1978[18]. La collocazione normativa dei provvedimenti adottati dal Ministero della Salute al di fuori del sistema disciplinante la Protezione Civile non sorprendeva nella fase iniziale dell'esperienza epidemica la cui portata restava ancora sconosciuta, ma tale sistema di gestione basato su ordinanze contingibili e urgenti è proseguito anche successivamente alla deliberazione dello stato di emergenza, ponendosi quale percorso parallelo rispetto alla strada tracciata dal Codice di Protezione civile[19].

Nel mese di febbraio 2020, peraltro, il quadro delle fonti volte a fronteggiare la crescente ondata epidemiologica si è delineato in modo progressivamente sempre più complesso e confuso[20]: accanto alla sovrapposizione tra ordinanze contingibili e urgenti

---

coordinata a livello internazionale". Ciò implica un evento grave, improvviso, insolito o inaspettato; comporta ricadute per la salute pubblica oltre il confine nazionale dello Stato colpito; e può richiedere un'azione internazionale immediata. L'11 marzo 2020, l'OMS, dopo aver valutato i livelli di gravità e la diffusione globale dell'infezione da SARS-CoV-2, ha dichiarato che l'epidemia di COVID-19 aveva assunto i caratteri di una pandemia.

[17] Si fa qui riferimento alle ordinanze adottate in data 25 gennaio e 30 gennaio 2020 da parte del Ministero della Salute.

[18] L'art. 32 dispone che "*Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni*".

[19] Sul parallelismo tra ordinanze contingibili e urgenti e sistema di protezione civile, v. A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020.

[20] In virtù della deliberazione del 31 gennaio 2020, venivano adottate ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile. In particolare, con l'ordinanza 3 febbraio 2020, n. 630, recante "Primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili", venivano indicate le finalità degli interventi coordinati dal Capo Dipartimento (soccorso, assistenza, ripristino o potenziamento della funzionalità dei servizi pubblici …), si istituiva il Comitato tecnico-scientifico di supporto al Capo Dipartimento e si precisavano le deroghe alle disposizioni normative (Codice dei contratti pubblici) per la realizzazione delle misure ivi previste.

e provvedimenti previsti dal sistema di Protezione civile[21], un passaggio ulteriore è stato rappresentato dal ricorso dalla decretazione d'urgenza operato dal Governo. Il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante "*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*" non solo si poneva al di fuori del sistema disegnato dal Codice di Protezione civile, ma prevedeva una diversa strategia normativa per fronteggiare l'epidemia.

Dinanzi a questo quadro di disciplina delineatosi nel periodo di poche settimane, sono stati rilevati diversi profili problematici. In primo luogo, ci si è chiesti se il Codice potesse essere utilizzato per simili emergenze e, in caso di risposta affermativa, perché il Governo avesse preso una strada diversa e disegnato un sistema di fonti alternativo. In secondo luogo, conseguentemente, l'impatto sul sistema delle fonti e i rapporti tra Governo e Parlamento, valutando altresì il profilo della limitazione dei diritti fondamentali[22].

Un primo elemento che deve essere chiarito attiene alla deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020. Tale deliberazione, infatti, non si pone quale atto dichiarativo dell'inizio di una fase di eccezione rispetto all'ordinamento vigente, bensì quale passaggio finalizzato a legittimare interventi normativi e provvedimentali connessi all'eventuale verificarsi di un evento eccezionale e imprevedibile, cioè un evento che richiede l'esercizio di alcuni poteri straordinari per

---

Il Ministro della Salute, dal canto suo, percorrendo una strada diversa in virtù del potere di ordinanza assegnatogli dall'art. 32 della l. n. 833 del 1978, tra il 21 e il 22 febbraio 2020 adottava due ordinanze in concomitanza del rilevamento dei primi focolai di Covid-19 in Italia: la prima, d'intesa con la Regione Lombardia, avente efficacia limitata al territorio dei dieci Comuni coinvolti dal focolaio, disponeva il divieto di entrare e di uscire da tale territorio; la seconda, assunta d'intesa con la Regione Veneto, disponeva misure di contenimento nel Comune di Vo' Euganeo.

[21] Emblematico della denunciata sovrapposizione tra poteri d'ordinanza in materia di protezione civile e poteri *extra ordinem* in materia sanitaria appare il decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile 7 febbraio 2020, n. 414, con cui il Segretario generale del Ministero della Salute viene qualificato come soggetto attuatore per la gestione delle attività connesse all'emergenza relativa al rischio sanitario, realizzando così una vera e propria ibridazione funzionale tra i due poteri. A. CARDONE, ult. op. cit.

[22] Ha parlato di creazione di un nuovo sistema di fonti, A. CARDONE, ult. op. cit.; sulla marcata disinvoltura da parte del Governo nell'uso delle fonti P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020.

essere efficacemente regolato[23]. La citata deliberazione, d'altronde, trova fondamento in una disposizione del Codice di Protezione civile e risponde sostanzialmente all'esigenza di fornire una base di legittimazione per l'esercizio del potere straordinario da parte del soggetto abilitato, cioè soprattutto del Governo e per l'emanazione delle ordinanze di cui all'art. 25 del Codice[24].

La deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei ministri, dunque, non apre una fase di sospensione costituzionale, ma costituisce il fondamento di legittimità dell'esercizio dei poteri e delle misure straordinarie resi necessari dall'evento eccezionale. L'attivazione del potere straordinario previsto dal Codice di Protezione civile, inoltre, non deriva tanto dal solo verificarsi di un evento eccezionale, bensì dall'accertamento che le conseguenze di quell'evento non possano essere gestite

[23] A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 164 ss.. Si evidenzia come la deliberazione dello stato di emergenza non sia altro che il risultato di un processo interpretativo volto ad accertare la costituzionalità dell'esercizio del potere *extra ordinem*. Richiamando il concetto dello stato di eccezione avente natura conservativa, si rileva come la deliberazione non possa essere il frutto di una mera constatazione di una realtà fattuale, ma debba presupporre la qualificazione giuridica di quella situazione quale "*condizione costituzionalmente riconosciuta per la paralisi parziale dell'ordinaria forza prescrittiva delle norme costituzionali interessate*". Ove non fosse così, infatti, verrebbe meno l'assunto in virtù del quale il potere *extra ordinem* si muove all'interno dei confini disegnati dall'ordine costituito, dovendo ammettere che la sospensione dell'ordinamento costituzionale avvenga sulla base di premesse fattuali su cui il medesimo non ha un esercito alcuna funzione regolativa e/o di controllo. La deliberazione dello stato di emergenza, pertanto, viene delineato come lo strumento attraverso cui si esercita questo controllo da parte dell'ordinamento, rendendo chiaro come la stessa non possa che avere effetti costitutivi e non meramente dichiarativi, dipendendo da essa la configurabilità costituzionale del potere di ordinanza in termini conservativi.

[24] In questo senso, G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: Il caso del potere di ordinanza*, AIC, 2.7.2010. L'A. evidenzia come il potere riconosciuto all'esecutivo sia sostanzialmente libero poiché i tentativi di circoscriverlo restano vani dinanzi all'impossibilità ontologica di prevedere ex ante le misure straordinarie adottabili. Nelle ordinarie attribuzioni di competenza, secondo lo schema sillogistico, abbiamo una proposizione legislativa del seguente tenore: "*se si verifica l'evento X è conferito il potere Y*". Si distinguono tre momenti, il primo in cui si qualifica un evento come X, il secondo in cui si constata che un determinato stato di fatto configura l'evento X ed il terzo in cui si attiva la competenza straordinaria: il soggetto (l'amministrazione) che verifica la ricorrenza del presupposto e fruisce della competenza non è lo stesso soggetto che effettua la qualificazione dell'evento legittimante (che spetta al legislatore). Diversamente nella legge n. 225 del 1992, la prima parte del sillogismo consiste in una proposizione di questo tipo: "*l'evento X è quello che richiede il potere Y*". Allora la qualificazione dell'evento e la verifica della sua esistenza si rivelano un'unica operazione logica rimessa allo stesso soggetto destinatario della competenza: la qualificazione contenuta nella legge si rivela solamente una scatola vuota, capace di ricevere qualsiasi contenuto. In altre parole, l'amministrazione beneficiaria della competenza è del tutto libera di attivarla quando lo riterrà più opportuno.

mediante strumenti ordinari. In questo senso, la deliberazione dello stato di emergenza appare quale concretizzazione di un processo non meramente ricognitivo ma valutativo, poiché il Consiglio dei ministri non si limita a rilevare la sussistenza di un evento eccezionale, ma verifica l'impossibilità di fronteggiare quell'evento utilizzando poteri ordinari. La riconducibilità dell'evento entro le maglie delle previsioni delle attività di Protezione civile è la conseguenza di un apprezzamento discrezionale e non un approdo obbligato.

Tale precisazione risulta necessaria nella misura in cui la scelta di procedere alla deliberazione dello stato di emergenza ai sensi dell'art. 24 del Codice di protezione civile non può essere descritta come l'unica strada percorribile, trattandosi, al contrario, di una decisione di natura sostanzialmente politica volta a legittimare l'esercizio di un potere straordinario per gestire la situazione fattuale.

Per quanto riguarda la possibilità di applicare la disciplina predisposta dal D.Lgs. n. 1/2018 all'esperienza della diffusione del Covid-19, a distanza di quasi due anni dall'intervenuta deliberazione dello stato di emergenza, si può evidenziare come il Codice di Protezione civile non potesse costituire uno statuto dell'emergenza utilizzabile in presenza di un'emergenza sanitaria di carattere così esteso nel tempo e nello spazio, né potesse legittimare tante e tali alterazioni istituzionali. La pandemia, d'altronde, si configura come una circostanza non paragonabile all'ipotesi di emergenze igienico-sanitarie prese in considerazione dal Codice e appare inconfutabile la profonda e sostanziale differenza intercorrente tra le due figure, non solo dal punto di vista quantitativo, ma anche dal punto di vista qualitativo[25].

3. Gestione emergenziale e legalità costituzionale.

Ferma la rilevata inapplicabilità del Codice di Protezione civile all'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del Covid-19, è stata fin da subito rimarcata l'importanza di approfondire l'impatto dell'emergenza sul sistema delle fonti e sugli assetti

[25] La difficoltà di affrontare l'emergenza sanitaria con gli strumenti predisposti dal sistema di protezione civile, d'altronde, sembra trovare conferma anche nel ruolo effettivamente marginale ed esiguo riservato tanto al Dipartimento di Protezione civile quanto alle ordinanze contingibili e urgenti previste dall'art. 25 del Codice stesso, confermando così una sorta di inadeguatezza del sistema di cui al D. Lgs. n. 1/2018 per affrontare l'emergenza sanitaria. In relazione al ruolo delle ordinanze Dipartimento di Protezione civile come meramente esecutive, v. A. CARDONE, ult. op. cit.

dirittifondamentali.it

organizzativi del potere perché tali temi attengono alla tenuta dell'ordinamento costituito[26]; il potere emergenziale che si colloca all'interno dell'ordinamento, infatti, è tenuto al rispetto non soltanto di principi formali ma anche di elementi sostanziali. La congerie di provvedimenti adottati a livello nazionale, regionale e territoriale, nonché di una molteplicità di ulteriori strumenti regolativi (circolari, ordinanze ministeriali, protocolli) e le stesse misure di contrasto alla pandemia hanno evidentemente generato una frizione con le garanzie costituzionali, soprattutto con riferimento alle disposizioni costituzionali poste a tutela delle diverse libertà individuali e collettive e che caratterizzano l'esistenza di una società aperta e democratica[27].

Fin dalle prime manifestazioni del potere straordinario esercitato da parte del Governo nell'ottica della gestione dell'emergenza è stato evidenziato il rischio di cedere alla logica della prevenzione a tutti i costi e lasciare che il diritto si arrendesse alla 'paura', restando succube del fatto emergenziale anziché governarlo[28]. I principi fondamentali dell'ordinamento, d'altronde, proprio per la loro attitudine identificativa dell'ordinamento democratico-costituzionale, richiedono di essere rispettati e tutelati nei periodi di crisi, consentendo al diritto di non restare inerme dinanzi all'evento imprevedibile e di avere un faro capace di indicare la strada da percorrere. Si pone in questo modo un duplice problema poiché, da un lato, bisogna verificare che le misure restrittive siano state adottate con una fonte legittimata a disporre eventuali limitazioni di libertà fondamentali, dall'altro lato, bisogna verificare che tali misure fossero strettamente funzionali alle esigenze di gestione e contenimento dell'emergenza e che fossero proporzionate e ragionevoli.

Per quanto riguarda la fonte normativa utilizzata per adottare le misure restrittive, dopo la deliberazione dello stato di emergenza ai sensi dell'art. 24 del Codice di Protezione civile, il Governo ha imboccato la strada della decretazione d'urgenza,

---

[26] In questi termini, A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, Costituzionalismo.it, fasc. n. 1/2021.

[27] Sul punto U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in Osservatorio sulle fonti, fasc. speciale, 2020, sostiene che sia "vano" il tentativo di provare a dare una "*lettura consolatoria o artificiosamente riduttiva*" di quanto operato dai pubblici poteri per il contenimento e la gestione dell'emergenza sanitaria, ritenendo che sia impossibile giungere a una conclusione nel senso di riconoscere una compatibilità del quadro normativo disegnato nell'emergenza con la cornice costituzionale vigente in tema di libertà e garanzie costituzionali.

[28] A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in BioLaw Journal, fasc. 2/2020.

introducendo peraltro il sistema dei DPCM, volti a disciplinare nel dettaglio le misure restrittive per fronteggiare la pandemia.

Dal momento che il principio di legalità costituisce l'architrave dell'esercizio del potere emergenziale[29], appare evidente che lo stesso non possa essere inteso soltanto in senso formale ma debba essere rispettato anche nella sua accezione sostanziale. In tal senso, appare difficile sostenere che i DDPCM siano stati provvedimenti meramente attuativi di disposizioni poste con fonte primaria poiché ogni decreto-legge ha formalmente fornito copertura legislativa a più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di contenuto sostanzialmente molto diverso tra loro. La modulabilità delle misure concretamente attuata con i DDPCM, in altri termini, permetterebbe di riconoscere in questi e non nei decreti-legge convertiti in legge la fonte delle restrizioni dei diritti di libertà, così rivelando una violazione del principio di legalità e della riserva di legge[30]. Nel contempo, non si è mancato di rilevare come lo stesso strumento del DPCM fosse controverso, trattandosi di un provvedimento monocratico di cui il Presidente del Consiglio si assume la piena responsabilità politica, sottratto al circuito Parlamento, Presidente della Repubblica e Corte costituzionale. Un provvedimento che viene ad atteggiarsi quale una sorta di ordinanza *extra ordinem*[31], il cui utilizzo inedito appare sconosciuto al diritto costituzionale, non potendo trovare un fondamento neppure nella legge n. 400 del 1988 che non prevede questi decreti slegati dal sistema[32]. Ciò che si evidenzia, tuttavia, è la tollerabilità di elementi critici in ragione della condizione emergenziale, ritenendo che un provvedimento funzionale allo scopo possa ricondursi entro la cornice costituzionale se strettamente necessario ad affrontare una situazione del tutto eccezionale e temporanea.

Se è vero che l'emergenza costituisce un tema di confine dell'ordinamento[33], rappresentando una prova difficile per la tenuta del sistema costituzionale e se si condivide l'assunto in virtù del quale in presenza di una situazione emergenziale vi è

[29] E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in BioLaw Journal, fasc. n. 2/2020.

[30] A. ALGOSTINO, op. cit.; *contra* M. LUCIANI, op. cit.; E.C. RAFFIOTTA, ult. op. cit.; F. SORRENTINO, op. cit., sostengono la copertura legislativa con decreto-legge.

[31] A. CARDONE, ult. op. cit; E.C. RAFFIOTTA, "*Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*", Bononia University Press, 2020

[32] G. MARAZZITA, ult. op. cit.

[33] P. BONETTI, op. cit

sempre un margine di rischio di una deriva autoritaria[34], stante la tendenza dell'autorità chiamata ad esercitare il potere a forzare gli argini formali e dare spazio alla volontà di potenza originaria[35], le specificità di ogni singola situazione eccezionale non dovrebbero permettere di lasciare in secondo piano eventuali criticità rilevabili rispetto all'effettiva gestione dell'emergenza da parte dei poteri pubblici.

In altri termini, il punto non è solo discutere se l'emergenza sanitaria abbia aperto le porte ad un esercizio del potere *contra Constitutionem* o se eventuali aspetti illegittimi nell'esercizio del potere possano aver condotto o condurre a risvolti in senso autoritario, ma anche valutare come simili situazioni abbiano indotto un approccio del potere volto a incidere sulla stessa logica democratica e costituzionale, spostando progressivamente oltre la soglia di tollerabilità le limitazioni dei diritti e delle garanzie in ragione di un altrettanto progressivo aumento del livello di tutela della sicurezza. È doveroso rilevare il pericolo che risiede nell'assuefazione da parte degli stessi cittadini a determinate forme di esercizio del potere, poiché la difficoltà di circoscrivere temporalmente l'esistenza di una minaccia per la sicurezza pubblica ha fatto sì che le misure restrittive adottate come misure a termine si siano gradualmente trasformate in misure permanenti, tanto da rischiare di capovolgere il modello liberale in virtù del quale la libertà di esercizio di un diritto fondamentale costituisce la regola caratterizzante l'ordinamento e l'eventuale misura restrittiva rappresenta l'eccezione che deve essere adeguatamente motivata[36].

In relazione alle misure restrittive, ad esempio, si può considerare l'elemento della riserva di legge in relazione alle limitazioni di libertà fondamentali. Gli spazi di discrezionalità lasciati ai DDPCM hanno di fatto vanificato l'intervento della fonte primaria rappresentata dai decreti legge, concretizzando così una violazione della riserva di legge[37]. Tale considerazione vale non soltanto in relazione alla libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost., il cui esercizio è stato primariamente inciso dalle misure restrittive, ma anche in relazione alle ulteriori libertà travolte dai

[34] E.C. RAFFIOTTA, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, AIC, fasc. n. 3/2017.

[35] G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: Il caso del potere di ordinanza*, op. cit.

[36] V. BALDINI, ult. op. cit.

[37] A. ALGOSTINO, op. cit., sottolinea che "*La riserva di legge, il principio di legalità in senso sostanziale, così come l'architettura del sistema delle fonti, risultano sostanzialmente violati: quando uno stesso decreto legge fonda provvedimenti, incidenti su diritti, molto differenti fra loro, risulta manifesto come l'atto che effettivamente restringe i diritti sia il dpcm e non il decreto legge*".

provvedimenti di contenimento del contagio. I motivi di sicurezza e sanità, d'altronde, sono espressamente previsti dall'art. 16 cost. quali ragioni valide per motivare eventuali limitazioni della libertà di circolazione, trattandosi di una riserva di legge rinforzata[38]; tuttavia, la disposizione costituzionale non pare giustificare limitazioni così profonde della libertà[39].

In termini di ragionevolezza e proporzionalità delle misure, va considerato che la portata delle misure di limitazione delle libertà fondamentali adottate dal Governo hanno inciso, in ultima istanza, persino sulla libertà personale, fino a porre divieti incondizionati di allontanamento dalla propria abitazione in forma individuale e in zone prive di rischio di assembramenti, nell'ottica della prevenzione. La logica della massima sicurezza perseguibile, tuttavia, entra in contrasto con i canoni di proporzionalità e ragionevolezza più volte richiamati nelle fasi emergenziali come metro utile per valutare la legittimità di misure restrittive e preventive adottate dagli Stati per minimizzare i pericoli connessi ad eventi straordinari[40]. Fin dai primi provvedimenti adottati, nel climax ascendente di restrizioni imposte con i molti DDPCM adottati, è stato evidenziato come misure così incidenti sulle libertà fondamentali potessero ritenersi accettabili soltanto alla luce della grave emergenza sanitaria, rilevando come fosse opportuno rimandare a un momento successivo la riflessione sull'effettivo operato del Governo e delle diverse amministrazioni. In altri termini, la situazione appariva così tanto caotica e sconosciuta da portare a sostenere la tollerabilità delle misure, pur nella consapevolezza dei dubbi di legittimità agli stessi relativi[41]. Tale ruolo preponderante del fatto emergenziale che assume caratteristiche tali da generare una sorta di sospensione temporanea dell'ordinamento, tuttavia, rende

[38] Cfr. G. AMATO, *Art. 16*, in G. Branca (diretto da) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977; G. DEMURO, *Art. 16*, in A. Celotto-M. Olivetti-R. Bifulco (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006; P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Cedam, Padova, 1966; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.

[39] U. DE SIERVO, op. cit.

[40] P. BONETTI, op. cit. evidenzia come la sproporzione comporti una soppressione di fatto e vanifichi i fondamenti della forma di stato.

[41] La tollerabilità, peraltro, è fortemente correlata alla temporaneità, cioè le misure si ritengono ammissibili seppur con riserva, ma solo per il lasso di tempo strettamente necessario a comprendere meglio la situazione per poterla gestire adeguatamente, ricalibrando il rapporto tra fatto e diritto e rimodulando le scelte in base a un criterio di proporzionalità e non di prevenzione. Sulla questione della durata dell'emergenza, cfr. U. DE SIERVO, ult. op. cit.; A. D'ALOIA, op. cit.

evidente la difficoltà di sostenere che la gestione della pandemia si sia mossa integralmente entro i confini disegnati dal diritto.

Ciò è vero soprattutto se si pensa che la gestione dell'emergenza e la predisposizione di misure così stringenti è avvenuta in un contesto di sostanziale assenza del Parlamento e di protagonismo del potere esecutivo e della figura del Presidente del Consiglio dei ministri. Considerati i connotati essenziali della forma di governo parlamentare e tenuto conto degli artt. 77 e 78 cost. come un punto di riferimento da cui trarre il modello di organizzazione dei rapporti tra gli organi costituzionali per la gestione emergenziale, non può non essere rilevata come una evidente criticità la quasi totale estraneità del Parlamento rispetto alla gestione dell'emergenza pandemica. L'azione solitaria e autonoma del Governo e del Presidente del Consiglio del Ministri in materie coperte da riserva di legge nonché interventi variamente limitativi di libertà costituzionalmente garantite posti in essere mediante atti amministrativi secondari, sottratti a un controllo di ragionevolezza del bilanciamento e a qualsiasi altro controllo politico e istituzionale hanno caratterizzato e in parte continuano a caratterizzare l'esperienza della pandemia. Ciò che è venuto meno, pertanto, è stato un elemento cardine dell'ordinamento: la centralità del Parlamento. Un ruolo preminente che la Costituzione garantisce persino nello stato di guerra e che è stato relegato a mera comparsa nell'emergenza sanitaria, limitandosi a svolgere sostanzialmente funzioni di consulente dell'esecutivo[42]. Né può ritenersi sufficiente a sanare la marginalizzazione dell'organo rappresentativo il meccanismo di c.d. parlamentarizzazione dei DDPCM, trattandosi di un procedimento poco agevole e certamente non idoneo a ripristinare il pieno esercizio dei poteri attribuiti al Parlamento[43]. Tale quadro appare ancor più sconfortante se si considera che questo assetto emergenziale dell'organizzazione del potere perdura da ormai quasi due anni, non essendo ancora stato ristabilito

[42] In questi termini, G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, Osservatorio sulle fonti, 2021.

[43] XVIII Legislatura, Camera dei deputati, Osservatorio sulla legislazione, La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2019-2020. Sulla marginalizzazione del Parlamento, cfr. C. DE FIORES, *Audizione informale resa nella seduta del 12 novembre 2020 davanti alla Commissione 1a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica dedicata all'affare assegnato n. 588 "Sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata"*, AIC, Osservatorio costituzionale, fasc. n. 1/2021

l'equilibrio ordinario sebbene si possa dire fortunatamente superata la fase acuta della pandemia[44].

4. Conclusioni: stato di eccezione o violazione della Costituzione?

Ad oggi la realtà di fatto appare per molti aspetti sostanzialmente mutata rispetto alla fase inziale della pandemia e anche rispetto allo scorso anno. Tale mutamento delle condizioni di fatto, tuttavia, ha portato alla progressiva ripresa delle attività economiche e sociali, ma non sembra aver comportato un mutamento del *modus operandi* del potere. In altri termini, l'esercizio del potere che ha caratterizzato le fasi più acute della pandemia sembra permanere a prescindere dalla mutata situazione di emergenza, stabilizzandosi e continuando a trovare legittimazione sulla base di una deliberazione di stato di emergenza del 31.1.2020, che è stata ulteriormente prorogata oltre il limite dei 24 mesi previsto dal Codice di Protezione Civile[45]. Si protrae così la legittimazione di un esercizio del potere straordinario che è in distonia rispetto al dato costituzionale, in virtù del quale lo stesso strumento del decreto-legge può essere utilizzato in via eccezionale e non può diventare mezzo di normazione ordinaria in luogo della legge frutto del dibattito parlamentare.

L'emergenza, d'altronde, rappresenta una clausola generale del diritto con la quale si intende far riferimento a tutte quelle situazioni di fatto eccezionali, straordinarie e imprevedibili che proprio in quanto tali non riescono ad essere circoscritte in una categoria a numero chiuso e che possono consentire un esercizio del potere eccezionale per un tempo limitato[46].

La temporaneità, dunque, come elemento identificativo dell'emergenza e conseguentemente delle misure adottate al fine del contenimento e della gestione della pandemia. Le misure straordinarie e l'esercizio del potere eccezionale, infatti, possono essere legittimati per un lasso di tempo molto contenuto, il più breve possibile, non potendo tollerare l'ordinamento democratico-costituzionale il protrarsi di meccanismi

[44] XVIII Legislatura, Camera dei deputati, Osservatorio sulla legislazione, La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2021.

[45] La proroga oltre il limite dei 24 mesi è già avvenuta altre volte, cfr. decreto-legge del 30 dicembre 2019, n. 162.

[46] A. PIZZORUSSO, *Emergenza, stato di*, in Enciclopedia delle scienze sociali, Treccani, Roma, 1993, p. 551

istituzionali e misure che finiscano per contraddire i principi fondamentali dello stesso[47].

Negli ultimi due anni misure restrittive, limitazioni e controlli sono diventati la regola. Volendo catalizzare l'attenzione sul periodo più recente, la misura del green pass ha fatto molto discutere e restano dei profili di criticità costituzionale nella misura in cui il possesso o meno della certificazione verde diventa un mezzo per precludere l'accesso a servizi anche essenziali, nonché nelle misura in cui si riflette sulla questione economica sottesa alla possibilità di ottenere il green pass mediante la sottoposizione a tamponi a validità temporale limitata[48].

Da ultimo, non si può trascurare la "*Direttiva recante indicazioni sullo svolgimento di manifestazioni di protesta contro le misure sanitarie in atto*" emanata dal Ministro dell'Interno il 10 novembre scorso, con la quale si incide su una libertà fondamentale garantita dalla Costituzione, senza tener conto del disposto dell'art. 17 Cost.[49]. Si procede così a una limitazione indiscriminata della libertà di manifestare "*per assicurare la più efficace tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica*". Vale la pena precisare che l'art. 17 Cost. non prevede alcuna autorizzazione da parte del potere pubblico per potere esercitare la libertà di riunione, anche nell'accezione del diritto ad esprimere il dissenso che la stessa direttiva richiama. La citata disposizione prevede che "*Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica*", così evidenziando l'eccezionalità della limitazione di tale libertà, che è possibile caso per caso, alla luce di comprovati motivi di sicurezza o incolumità pubblica. Non si tratta di una formula generale che consente una limitazione *sine die* di ogni manifestazione, né si può ritenere legittimo un divieto incidente su manifestazioni accomunate dal medesimo tema, cioè la "protesta contro le misure sanitarie in atto". La sicurezza richiamata quale limite alla libertà di riunione di cui all'art. 17 cost., peraltro, sarebbe da intendersi in modo restrittivo quale

[47] P. BONETTI, op. cit., p. 19

[48] A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in Federalismi, Editoriale, 8 settembre 2021; C. BERTOLINO, *'Certificato verde Covid-19' tra libertà ed eguaglianza*, in Federalismi, n. 15/2021.

[49] Il testo della direttiva è reperibile al link https://www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/disposizioni-generali/atti-generali/atti-amministrativi-generali/decreti-direttive-e-altri-documenti/direttiva-ministro-lamorgese-svolgimento-manifestazioni-protesta-contro-misure-sanitarie

tutela dell'ordine pubblico materiale, dovendosi trattare di motivi "comprovati"; ciò significa che è necessario che vi sia un'espressa motivazione del provvedimento eventualmente adottato dall'autorità e che il turbamento dell'ordine pubblico sia notevolmente probabile[50]. Pur essendo noto che il richiamo alla nozione di sicurezza sia idonea a fondare misure estremamente eterogenee e diversamente incidenti sulla vita del singolo e sui vari aspetti dei suoi diritti, diventa fondamentale rimarcare che non è "*la presenza della sicurezza a condizionare l'esistenza dei diritti e delle libertà costituzionali, ma è l'esistenza di quei diritti e di quelle libertà che condiziona il concetto di sicurezza pubblica*"[51].

Tanto ci consente di riflettere su quanto le misure adottate nella vigenza dell'emergenza siano state e continuino ad essere impattanti sul quadro dei diritti fondamentali, delle libertà e delle garanzie costituzionali[52]. Non solo. Ci porta a riflettere sui possibili effetti di tale prolungato esercizio del potere eccezionale, sul persistente assetto sbilanciato a favore dell'esecutivo e della figura del Presidente del Consiglio dei Ministri, sulla possibile assuefazione da parte dei cittadini a un certo atteggiarsi del potere nei confronti delle libertà costituzionalmente tutelate.

Se consideriamo, come anticipato poc'anzi, che misure fortemente restrittive in un momento iniziale della pandemia venivano giustificate in relazione a una situazione di fatto emergenziale evidente ed estrema, risulta difficile oggi giustificare forme così invadenti di limitazione e restrizione delle libertà in un contesto di sostanziale ripresa delle attività sociali ed economiche e mutato quadro emergenziale.

Riprendendo il concetto di stato di eccezione delineato in precedenza, dunque, possiamo tentare di rispondere al quesito circa la possibilità o meno di inquadrare la gestione della pandemia quale stato di eccezione. Da una parte, si può ritenere che non ci siano i presupposti perché possa configurarsi lo stato di eccezione teorizzato da Schmitt, dal momento che lo stato di eccezione è ontologicamente predisposto a una

[50] G. TARLI BARBIERI, *Art. 17*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p.397; A. PACE, *Art. 17*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione,* cit., p. 187.

[51] A. PACE, *Art. 17*, op. cit., pp. 186-187.

[52] Per una più ampia riflessione sul tema, v. V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra ripristino della legalità costituzionale perduta e realizzazione di un nuovo ordine costituzionale. Aspetti problematici della tutela della salute pubblica in tempo di pandemia*, in Diritti Fodnamentali.it, fasc. 3/2021.

natura transitoria, caratteristica che sembra poco in linea con il contesto attuale di ulteriore proroga dello stato di emergenza. Dall'altra parte, non pare configurabile lo stato di eccezione teorizzato da Agamben, poiché non ci si muove in una condizione di totale anomia e di caos. Se non si vuole parlare di stato di eccezione, però, è evidente che siamo in un contesto in cui la Costituzione sembra rivestire un ruolo quasi secondario rispetto al potere contingente, che si muove senza tener conto dei limiti posti dalla Carta fondamentale, incidendo sui diritti fondamentali e limitandoli pur in assenza dei presupposti costituzionalmente previsti.

Non solo, quindi, vi è il dubbio che la gestione in via amministrativa dell'emergenza possa ritenersi pienamente riconducibile entro la cornice dell'ordinamento vigente, ma, dato che gli stati emergenziali pongono sempre criticità in ordine alla possibilità di lasciare residui di eccezionalità nel successivo ripristino del quadro ordinario, resta anche aperta la questione circa gli effetti sull'ordinamento di tale esperienza eccezionale nel prossimo futuro.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 13 gennaio 2022

Il contraddittorio endoprocedimentale: è possibile limitare la sua applicazione?

di
Floriana Santagata e Alessandra Russo*

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il principio del contraddittorio endoprocedimentale tra diritto nazionale ed europeo - 3. Il contraddittorio endoprocedimentale e il rischio fiscale - 4. Conclusioni. La partecipazione del contribuente alla fase investigativa vs il potere di controllo dell'A.F.

1. Introduzione

La sentenza della Corte di Cassazione civ., sez. VI, sent. 28 aprile - 27 settembre 2021, n. 26094, nel confermare il contraddittorio endoprocedimentale quale diritto fondamentale del contribuente, sulla base anche della giurisiprudenza europea, riconosce, allo stesso tempo, la possibilità che tale diritto possa essere *limitato*. La giustificazione di tale limitazione risiede, secondo l'arresto, nella essenza stessa del diritto al contraddittorio endoprocedimentale in termini non assoluti.

La questione è stata già affrontata dalla Suprema Corte[1] sviluppando principi in tema di contraddittorio endoprocedimentale, sia in relazione alla distinzione tra tributi

* Ricercatore di diritto tributario presso il Dipartimento di Scienze Politiche Jean Monnet Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli (par. 1 e 4); Alessandra Russo, Dottoranda di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione – Dipartimento di Scienze Politiche Jean Monnet - Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli (par. 2 e 3)

[1] La Corte Cassazione è spesso intervenuta in materia di contraddittorio endoprocedimentale nel caso di accertamenti tributari a tavolino con un orientamento mutevole. V. tra le altre SS.UU., 9 dicembre 2015, n. 24823; sez. 6-5, ord. 26 maggio 2016, n. 10904; sez. 6-5, ord. 20 aprile 2016, n. 8000; sez. 6-5, ord. 15 aprile 2016, n. 7600; sez. 6-5, ord. 14 ottobre 2016, n. 20849; sez. 5, 3 febbraio 2017, n. 2875; sez. 6-5, ord. 20 aprile 2017, n. 10030; sez. 6-5, ord. 5 settembre 2017, n. 20799; sez. 6-5, ord. 11 settembre 2017, n. 21071; sez. 6-5, ord. 14 novembre 2017, n. 26943; sez. 6 - 5, ord. 27 luglio 2018 n. 20036; sez. 6 - 5, ord. 29 ottobre 2018, n. 27420; ord. n. 6219/18, dep. 14/3/2018 e n.16641/18, dep. 25/6/2018. Infine, la sent. Sez. VI, 25/10/2021, n. 29886 nella quale i Giudici ribadiscono il differente ruolo che riveste il contraddittorio in relazione alla tipologia del tributo oggetto di accertamento.

armonizzati e no sia relativamente alla tipologia di accertamento, in particolare, al c.d. accertamento a tavolino[2].

Il recente arresto, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, consente di poter affrontare alcuni aspetti peculiari posti dal contraddittorio endoprocedimentale nel caso di indagini "a tavolino", sulla base che tale principio sia da inquadrare nel più ampio concetto della *tax compliance*; si ritiene, infatti, che le conclusioni a cui giunge il Supremo Collegio potrebbero *affievolire* la tutela del contribuente e quindi rendere inefficace l'equità tributaria sostanziale, e, ciò, atteso che la previsione di un efficace procedimento accertativo e la collaborazione del contribuente consentono la piena realizzazione di un sistema fiscale equo. Tale relazione è da intendersi non con riguardo alla struttura del sistema tributario (che deve ugualmente rispettare l'equità), ma alla sua strutturazione. Il rapporto fisco - contribuente (oggi si parla spesso di *tax compliance*) è stato al centro dei dibattiti delle grandi riforme a partire dal Regno d'Italia fino ai nostri giorni; il soggetto passivo non deve essere più considerato come colui che versa in una situazione di *passiva soggezione* ma *contribuente* cioè colui che contribuisce con parte della propria ricchezza alle spese dello Stato[3]. D'altro canto, anche l'azione dell'Amministrazione Finanziaria (A.F.) deve essere trasparente e chiara al fine di consentire al contribuente una completa informazione dell'azione amministrativa.

Alle soglie del terzo millennio la normativa fiscale tendeva a un passaggio dalla facoltatività del rispetto del principio del contraddittorio da parte dell'A.F. alla obbligatorietà di tale principio nel procedimento di accertamento tributario; oggi, dopo poco più di venti anni dall'inizio del nuovo millennio tale principio è divenuto indispensabile per la realizzazione non solo della cultura del dialogo, ma per l'esigenza di certezza dell'intero procedimento di imposizione.

Infatti, si ricorda che l'5-*ter* del d. lgs 218/1997 rubricato «invito obbligatorio» introdotto dall'art. 4-*octies*, co.1, lettera b, del D.L. 34/2019 (*convertito, con modificazioni, dalla L. 58/2019*) statuisce che «l'ufficio, fuori dei casi in cui sia stata rilasciata copia del

[2] M. MANGILI, *Le nuove forme di accertamento tributario a tavolino: gli obiettivi di budget*, in *Amministrazione*, 12/2014, 5 ss.

[3] Il rapporto tributario era, inizialmente, sbilanciato verso l'A.F. e solo con l'affermarsi dello Stato sociale di diritto si è equilibrato. È significativo sul punto un passo dell'ultimo discorso pronunciato da Ezio Vanoni il 16 febbraio 1956 in Senato. Cfr.: L. PALADIN in *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 151 ss.

processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, prima di emettere un avviso di accertamento, notifica al contribuente un invito a comparire per l'avvio del procedimento di definizione dell'accertamento». La novella normativa rappresenta, così come è stato rilevato nella circ. 17/E del 22 giugno 2020 dell'Agenzia delle entrate, «un importante tassello nel percorso intrapreso dall'A.F. teso a garantire l'effettiva partecipazione del contribuente al procedimento di accertamento» e, quindi, il contraddittorio endoprocedimentale «assume un ruolo centrale nell'assicurare la corretta pretesa erariale e, in generale, nello spingere i contribuenti medesimi a incrementare il proprio adempimento spontaneo, così da ridurre, conseguentemente, il *tax gap*»[4].

Il contraddittorio endoprocedimentale va applicato nel caso di accertamenti relativi alle imposte sul reddito e relative addizionali, contributi previdenziali, ritenute, imposte sostitutive, Irap, imposta sul valore degli immobili all'estero, imposta sul valore delle attività finanziarie all'estero e Iva. La violazione di tale obbligo comporta l'invalidità dell'avviso di accertamento emesso se, a seguito dell'impugnazione dell'atto, il contribuente dimostri «in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere se il contraddittorio fosse stato attivato (dall'art. 5-*ter*, co. 5, D. Lgs. 218/1997)»[5]. La disciplina *de qua* prevede inoltre i casi di esclusione, come statuito dall'art. 5-*ter*, co. 4, d. lgs. 218/1997.

Ai fini della ricerca risulta interessante approfondire il comma 1 del citato articolo che da un lato esclude l'obbligo del contraddittorio se gli organi di controllo rilasciano il pvc, dall'altro invece pone in rilievo la garanzia di tutela del contribuente contenuta

[4] **La disposizione, inoltre, prevede al comma 2 i casi di esclusione dall'obbligo e ai commi 4 e 5 i casi di particolare urgenza che deve essere motivata. Inoltre, nella Circ. 17/E/2020, l'AdE** lo definisce «prova di resistenza».

[5] Sul punto si richiama la relazione del 30 giugno 2021 redatta dalla Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributaria (v. p. 111 ss.) la quale, dopo aver evidenziato il rilevante ruolo svolto dal contraddittorio endoprocedimentale, afferma che «Il nuovo principio statutario … è volutamente di carattere generale: in primo luogo, perché tale carattere di generalità è consono alla funzione dello Statuto ed alla formulazione delle altre norme statutarie; in secondo luogo, perché ciò dà modo al legislatore delegato (secondo la tecnica di attuazione prevista dall'art. 16 Statuto) di declinare il diritto al contraddittorio con riferimento ai diversi modelli impositivi, bilanciando l'interesse del contribuente con quello ad un efficiente esercizio dell'attività di controllo ed accertamento e soprattutto colmando gli spazi che le attuali frammentarie disposizioni lasciano prive di effettivo presidio». Da quanto affermato la Commissione ritiene necessaria una modifica dell'art. 5-*ter* d. lgs. n. 218/1997.

nell'art. 12, co. 7, L. 212/2000 (Statuto dei diritti del contribuente), che statuisce che «nel rispetto del principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente, dopo il rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, il contribuente può comunicare entro sessanta giorni osservazioni e richieste che sono valutate dagli uffici impositori», garanzia di tutela del contribuente oggetto delle numerose sentenze richiamate. La rilevanza di tale relazione tra i soggetti del procedimento d'imposizione è posta in evidenza nella circ. 17/E/2020 che precisa che «l'esito del contraddittorio con il contribuente, quindi, costituisce parte della motivazione dell'accertamento: non è sufficiente che gli uffici si limitino a valutare gli elementi forniti dal contribuente, ma dovranno essere argomentate in motivazione le ragioni del relativo mancato accoglimento»[6]. La normativa, che sarà successivamente esaminata, esclude l'obbligo del contraddittorio nel caso in cui la tipologia di accertamento utilizzata dall'A.F. preveda un costante dialogo con il contribuente[7]. In tale ipotesi l'A.F. può emettere l'avviso di accertamento prima del termine dilatorio stabilito all'art. 12, co. 7 della l. 212/2000.

Si osserva che il procedimento di imposizione dovrebbe essere sempre più caratterizzato da un elevato grado di pariteticità del rapporto fisco-contribuente relativamente non solo alle regole che consentono al fisco di esercitare la propria potestà di imposizione nelle differenti fasi che la caratterizzano, ma soprattutto alle regole che consentono al contribuente di *dialogare* con l'A.F. durante tutto lo svolgimento del procedimento amministrativo[8].

---

[6] L'AdE con la citata Circ. n° 17/E/2020 ha illustrato le istruzioni in tema di contraddittorio preventivo che sono state applicate agli avvisi di accertamento emessi dal 1° luglio 2020 (art. 4-*octies*, co. 2, D.L. n. 34/2019).

[7] La Circ. 17/E/2020 prevede esplicitamente le differenti ipotesi.

[8] Nel procedimento tributario, a differenza del procedimento amministrativo, non è prevista alcuna obbligatorietà del rispetto di tale principio. Il contraddittorio endoprocedimentale consiste nella partecipazione del contribuente all'attività di accertamento fiscale e mira a «*garantire l'effettiva partecipazione del contribuente al procedimento di accertamento*» (v. circ. AdE 17/E/2020). Inoltre, cfr.: Circ. AdE n. 16/E/2016 e n. 19/E/2019 e la Circ. della GdF n. 1/18. Dalla combinata lettera delle Circolari 17/E/2020 e 1/18 emerge che il contraddittorio è considerato come una *normale relazione* tra fisco e contribuente accertato al fine di assicurare ai contribuenti un dialogo preventivo. Le motivazioni della sent. C. cass. n. 26094/2021 sembrerebbero depotenziare la relazione paritetica; relazione che viene a instaurarsi in tutte le tipologie di controllo e verifica da parte dell'A.F. Dalla sentenza emerge una interpretazione restrittiva del principio; in tal caso sarebbe opportuno porlo in contrapposizione al diritto al silenzio, diritti

Il principio del contraddittorio è stato analizzato da autorevoli studiosi del diritto tributario[9] (anche in relazione al diritto del contribuente a essere informato), e, pertanto, sembra opportuno ricordare che tale diritto trova la sua *ratio* sia nelle fonti di diritto interno sia in quelle dell'UE. Del resto, non può essere ridimensionato il ruolo svolto dalla giurisprudenza nazionale[10] ed europea[11] circa il riconoscimento del principio del contraddittorio quale diritto fondamentale del contribuente[12].

È pacifico, quindi, giungere alla conclusione che il contraddittorio è non solo divenuto *sistematico* e *generalizzato* nel procedimento di imposizione[13], ma è qualificato come diritto fondamentale tutelato a livello europeo. Tale asserzione trova riscontro nella disciplina fiscale in materia di accertamento e nella Carta di Nizza, se trattasi di tributi

che devono essere generalmente garantiti. La garanzia di tutela per il contribuente di partecipare alla fase investigativa è da rinvenirsi nel rispetto del termine dilatorio.

[9] M. BASILAVECCHIA, *Contraddittorio preventivo e accesso al fascicolo*, in *Corr. Trib*., 8-9/2020, 737 ss.; P. ACCORIDNO, *Problematiche applicative del "contraddittorio" nei procedimenti tributari*, Milano, 2018; A. COLLI VIGNARELLI, *Il contraddittorio endoprocedimentale e l'"idea" di una sua "utilità" ai fini dell'invalidità dell'atto impositivo*, in *Riv. dir. trib.*, 1/2017, 21 ss.; F. TUNDO, *Procedimento tributario e difesa del contribuente*, Padova, 2013; G. RAGUCCI, *Il contraddittorio nei procedimenti Tributari*, Torino, 2009.

[10] S.C., SS.UU. n. 19667/2014, ha dichiarato il contraddittorio quale «principio fondamentale immanente nell'ordinamento tributario (…)».

[11] Si richiamano alcune pronunce della CGUE, sent, 03/7/2014, cause 129/13 e 130/13, Kamino; C-430/19 del 4 giugno 2020, «CF»; 22 ottobre 2013, C-276/12, Sabou (Conclusioni dell'Avv. Generale J. Kokott presentate il 6 giugno 2013); 18 dicembre 2008, C-349/07, Sopropè; 21 settembre 2000, C-462/98, Mediocurso. Sul diritto di difesa, v.: Sent.12 dicembre 2002 causa C-395/00 Cipriani.

[12] Per tutti cfr.: M. BASILAVECCHIA, *Contraddittorio preventivo e accesso al fascicolo*, in *Corr. Trib.*, 8-9/2020, 737 ss.

[13] La l. 58/2019 ha previsto un obbligo generalizzato del contraddittorio endoprocedimentale riprendendo l'orientamento che per diversi anni ha contraddistinto la giurisprudenza della Suprema corte, orientamento che negli ultimi anni, invece, mette in discussione la centralità del diritto del contribuente. La dottrina ha affrontato il tema incentrando la giustificazione di tale principio nel diritto nazionale in base alla congiunta lettura dell'art. 97 Cost. e gli artt. 10, co. 1, e 12 dello Statuto del contribuente che delinea un diritto/dovere di collaborazione delle parti del rapporto tributario. La nuova disposizione sembra essere, in primo luogo, contraddittoria in sé in quanto prevede essa stessa i limiti dell'operare dell'obbligo generalizzato alle ipotesi espressamente previste e, in secondo luogo, discriminante riaprendo il dibattito sul differente operare del principio per i tributi nazionali e quelli armonizzati. Cfr.: A. CUVA - A. DAMASCELLI (a cura di), *L'accertamento tributario alla prova del contraddittorio endoprocedimentale obbligatorio*, Bari, 2020; A. MUTARELLI - G. MONACO, *Accertamento tributario e contraddittorio endoprocedimentale*, in *Judicium*, 02/2018; SS.UU. Cass., 29 luglio 2013, n. 18184, in *Dir. e Prat. Trib*., 2014, 1, 2003, con nota di A. RENDA, *Contraddittorio endoprocedimentale e invalidità dell'atto impositivo notificato ante tempus: le Sezioni Unite e la prospettiva del bilanciamento dei valori in campo*.

armonizzati[14], mentre non risulta essere questo l'orientamento con riferimento ai tributi non armonizzati.

La Suprema Corte è intervenuta più volte affermando che «in tema di diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali, per i tributi armonizzati, l'Amministrazione finanziaria è gravata di un obbligo generale di contraddittorio endoprocedimentale, la cui violazione comporta l'invalidità dell'atto, purché il contribuente abbia assolto all'onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere e non abbia proposto un'opposizione meramente pretestuosa (Cass., S.U., 09/12/2015, n. 24823)»[15].

Anche la Corte di Giustizia UE è intervenuta sancendo la necessità del rispetto della tutela del contribuente nella fase investigativa.

Dall'analisi della recente sentenza citata, come del resto dagli ulteriori arresti della Suprema corte, emergono alcuni aspetti critici in relazione ai diritti del contribuente sia in ambito nazionale sia europeo che non risultano ancora approfonditi: la questione della limitazione di un diritto fondamentale (europeo e nazionale) del contribuente; la differente tutela di un diritto fondamentale del contribuente in base alla tipologia di tributo (armonizzato e non armonizzato) che naturalmente si ricollega alla problematica di fondo della sovranità fiscale e alla cittadinanza europea; l'effettiva tutela del contribuente nella fase investigativa (con riferimento agli accertamenti finanziari) e i conseguenti maggiori costi della *tax compliance* per i contribuenti.

La ricerca si incentra sulla questione se la tutela dell'interesse fiscale da parte dell'A.F. possa prevalere sul diritto al contraddittorio endoprocedimentale nel caso dei tributi non armonizzati e per alcune tipologie di accertamento della base imponibile, inteso quale esternazione del più ampio principio di eguglianza tributaria tra le parti.

2. Il principio del contraddittorio endoprocedimentale tra diritto nazionale ed europeo

[14] Le SS.UU. Cass, n. 18184 del 29 luglio 2013, così come Cass., 14 gennaio 2015, n. 406 e 5 dicembre 2014, n. 25759 riconoscevano l'obbligo generalizzato di contraddittorio limitatamente ai tributi armonizzati. Contro cfr.: Cass. 24823/2015; le ordinanze n. 17426/2016; n. 29153/2017; n. 29034/2017; n. 28858/2017; n. 27373/2017.

[15] Con l'ordinanza n. 5362 del 17 marzo 2016, la Suprema Corte, richiamando l'arresto delle SS.UU. n. 24823/2015, evidenzia il ruolo non marginale che ha assunto il contraddittorio endoprocedimentale; così Sez. trib., 31 maggio-1° agosto 2019, n. 20747

Prima di inquadrare la questione posta dalla Suprema Corte, occorre illustrare alcuni aspetti generali che sono basilari per le conclusioni che saranno prospettate. Anzitutto, si ricorda che «il contraddittorio esprime la posizione di eguaglianza che è fatta alle parti nel processo in ordine alla possibilità astratta di elaborazione del contenuto della sentenza»[16]. Tale rapporto, come accettato dalla dottrina, non è più limitato alla fase contenziosa ma coinvolge tutta l'attività investigativa svolta dall'A.F.

Nella relazione di *tax compliance*, in un'ottica preventiva (di collaborazione) sono previste forme di tutela al cittadino-contribuente che gli consentono di interagire[17] con l'autorità fiscale in tutte le fasi procedimentali. A.F. e contribuente vengono così a trovarsi, in posizione di tendenziale parità, in quanto la partecipazione del contribuente al procedimento, fin dalla fase investigativa e dall'attività di controllo svolta dall'amministrazione, consente l'instaurarsi di un contraddittorio tra le parti, similmente al contraddittorio previsto dalla L. 241/1990. Tali prerogative sono previste in ossequio al principio cardine del buon andamento[18] (ex art. 97 Cost.), inteso in dottrina[19] e giurisprudenza[20] come norma non soltanto programmatica, ma anche immediatamente e direttamente precettiva per la P.A. nello svolgimento dei procedimenti amministrativi con effetti potenzialmente lesivi della sfera giuridica dei cittadini e, letto in combinato disposto con l'art. 3 Cost., funge da parametro di giudizio di ragionevolezza dell'azione amministrativa nel suo complesso.

[16] F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 133

[17] Per la L. 241/90 si pensi alla previsione dell'art. 2 sull'obbligo di conclusione del procedimento, all'istituto del preavviso di rigetto, previsto dall'art. 10 bis della L. 241/1990, che obbliga l'amministrazione a comunicare, prima di adottare un atto di diniego, i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza. Per la l. 212/2000 si pensi al legittimo affidamento, all'obbligo di motivazione, al diritto di interpello, all'istituzione della figura del Garante del contribuente.

[18] Cfr. L. IANNUCCILLI – A. DE TURA, *Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it. Gli Autori ricordano che la giurisprudenza costituzionale riconosce al principio di buon andamento dell'amministrazione il valore di parametro di legittimità delle scelte discrezionali effettuate dal legislatore

[19] Sulla portata precettiva e non meramente programmatica dell'art. 97 Cost. dottrina e giurisprudenza concordano nel riferirla all'intera attività amministrativa. Cfr.: M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, 77 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1978, 396; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, vol. I, 91; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 41.

[20] Per tutte, cfr.: sent. Cass. penale, sez. VI, del 19.06.2008 n° 25162

In ambito tributario, i principi di cui all'art. 97 Cost. trovano effettiva applicazione nell'art. 12, co. 7, l. 212/2000[21], che disciplina il contraddittorio endoprocedimentale[22], che nel quadro del rapporto fisco-contribuente si sostanzia nel diritto del contribuente di interloquire con l'A.F. nell'attività di accertamento fiscale. Entro sessanta giorni dal rilascio del pvc delle operazioni di controllo, il contribuente può presentare le proprie osservazioni e, decorso tale termine, viene emanato l'avviso di accertamento. È possibile derogare a tale termine in casi di «particolare e motivata urgenza», che devono essere adeguatamente motivati dall'A.F. nell'atto impositivo.

Dalla formulazione della norma si evince chiaramente la natura preventiva dell'istituto, che è finalizzato a consentire all'A.F. di acquisire elementi in fase investigativa e a garantire un congruo termine *a difesa* del contribuente. Il termine è *dilatorio* e quindi preclusivo all'emissione dell'avviso di accertamento da parte dell'A.F. prima della sua decorrenza. La presentazione di osservazioni da parte del contribuente, difatti, impone all'A.F. di valutarle e di motivarne l'eventuale mancato accoglimento. Viene così a configurarsi un *diritto al contraddittorio* nella fase investigativa, che appare comparabile al diritto al contraddittorio previsto dalla L. 241/1990, e, in conseguenza dell'appartenenza all'UE, dalla Carta di Nizza.

Ai fini della ricerca risulta interessante porre l'attenzione sull'art. 41 della Carta di Nizza, che riconosce il diritto di ogni individuo alla buona amministrazione e vincola l'esercizio della funzione amministrativa degli organi e delle Istituzioni dell'U.E. con effetti sulle situazioni soggettive destinatarie e impone il rispetto di una serie di diritti fondamentali. Peraltro, tali prerogative sono vincolanti in tutti gli Stati membri dell'UE al pari del diritto interno e di quello europeo originario, essendo state le disposizioni della Carta di Nizza equiparate, con il Trattato di Lisbona del 2009, a quelle contenute nei Trattati[23]. In materia fiscale, tale diritto, rientrando nell'ambito della sovranità

[21] La norma *de qua,* rubricata *Diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali,* fa riferimento ai casi di «accessi, ispezioni e verifiche fiscali nei locali destinati all'esercizio di attività commerciali, (…)» (co. 1).

[22] Cfr. L. SALVINI, *La partecipazione del privato all'accertamento*, Padova, 1990; ID., *La nuova partecipazione del contribuente (dalla richiesta di chiarimenti al contribuente allo Statuto del contribuente ed oltre*", in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, I.

[23] L'art.6, par. 1, del TUE, come modificato dal TFUE, riconosce ai diritti fondamentali dalla CEDU natura di principi generali del diritto dell'UE e attribuisce alla Carta di Nizza lo stesso valore dei Trattati

statale, presenta tratti peculiari nell'applicabilità. Ai sensi dell'art. 41 il diritto di partecipare al procedimento non è configurabile soltanto come principio generale, ma come un vero e proprio diritto alla buona amministrazione[24] dei cittadini verso le P.A. europee, la cui portata è stata ricostruita in via giurisprudenziale[25] e chiarita dal Codice europeo di buona condotta amministrativa[26], approvato nel 2001 dal Parlamento e applicabile a tutti gli organi dell'UE. In base al disposto dell'art. 41, par. 1,[27] ogni persona ha il diritto di ricevere dalle amministrazioni pubbliche un trattamento equo e imparziale, entro un termine ragionevole. I paragrafi successivi ne specificano le manifestazioni procedimentali, fra le quali il diritto di essere ascoltati prima dell'adozione di un provvedimento sfavorevole, diritto nel quale si esprime il contraddittorio endoprocedimentale[28] (anche tributario[29]) prima dell'emissione di un provvedimento potenzialmente pregiudizievole. L'art. 12, co. 7, della l. 212/2000[30], con

[24] Sull'art. 41 della Carta di Nizza cfr.: I. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (témoignages et commentaires de)*, Paris, 2001, 211 ss.; L. FERRARI BRAVO- F.M. DI MAJO- A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, commentata con la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Milano, 2001, 154 ss.; M. PANEBIANCO, (sotto la direzione di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle alte Corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Milano, 2001, 379 ss. In particolare, si richiama M.G. DE FLORA, *Riflessioni sul diritto di accesso agli atti tributari: tra disciplina domestica e diritto europeo*, in *Dir. prat. trib. int.*, 3/2021, 1296. L'A. afferma che «(…) l'art. 41 non può essere interpretato come limitativo dell'applicazione, nei confronti delle Amministrazioni dei vari Stati, dei precetti specifici della buona amministrazione, in quanto principi generali del diritto europeo (…)».

[25] Sul principio del primato del diritto UE si rinvia alle sentt. CGUE Causa 6/64-*Costa/Enel* e Causa 106/77-*Simmenthal*.

[26] Cfr. R. ADAM-A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, 2010, 248

[27] V. art. 41 Carta di Nizza

[28] Con le differenze dovute al fatto che il procedimento tributario è espressione del potere impositivo, mentre quello amministrativo del contemperamento dell'interesse pubblico con gli interessi privati.

[29] La CGUE ritiene il contraddittorio endoprocedimentale un diritto fondamentale garantito dal diritto UE. Nella sentenza *Sopropè* (C-349/07) lo riconosce come principio fondamentale di carattere generale, corollario del diritto di difesa, e, quindi, applicabile non soltanto alle materie di competenza dell'UE; inoltre effettua una sostanziale equiparazione fra principi fondamentali e diritti fondamentali. Nonostante la materia fiscale sia di competenza statale, un'eventuale compressione del contraddittorio (e quindi del diritto di difesa), deve essere interpretata come violazione dei diritti fondamentali garantiti dal diritto dell'UE. Nella Causa C-35/09 *MEF e Agenz. Entrate/Speranza*, la Corte ha precisato, con riferimento al procedimento tributario, che è contraria al diritto Ue anche una procedura che renda impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione

[30] Cfr. A. MARCHESELLI, *L'indefettibilità del contraddittorio tra principi interni e comunitari*, comm. a Cass. 9 aprile 2010, n. 8481, in *Corr. Trib*., 2010, 1776

una formulazione molto ampia, si limita a prevedere un generico divieto di emettere l'avviso di accertamento prima del decorso del termine di sessanta giorni e non impone uno specifico obbligo di garantire il contraddittorio, lasciando all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale la differenziazione "caso per caso" del contraddittorio (e quindi delle tutele del contribuente) in rapporto alle diverse tipologie di accertamento. In varie pronunce giurisprudenziali, l'applicabilità di tale principio è stata dapprima interpretata uniformemente, indipendentemente dal fatto che si trattasse di accertamenti a seguito di accessi, ispezioni e verifiche o di accertamenti c.d. a tavolino (che si svolgono senza che vi siano stati accessi, verifiche e ispezioni presso la sede dell'attività). Difatti, con la sentenza Cass. Civ., SSUU, n. 18184/2013, la Suprema Corte ha ritenuto illegittimo l'atto di accertamento emesso prima di sessanta giorni dalla consegna del pvc, essendo tale termine preclusivo all'emanazione di atti prima della sua decorrenza poiché posto a garanzia del *principio* del contraddittorio endoprocedimentale.

Un contrasto interpretativo è sorto intorno all'obbligatorietà di garantire il decorso del termine dei sessanta giorni dal rilascio al contribuente della copia del pvc nei soli casi di accessi, ispezioni e verifiche presso la sede dell'attività (il termine non sarebbe quindi garantito negli accertamenti a tavolino). Nel 2014, con Sent. Cass. Civ., SSUU, n. 19667, la Suprema Corte si è espressa a favore dell'applicabilità del contraddittorio preventivo endoprocedimentale agli accertamenti c.d. *a tavolino*, ritenendo, sulla scorta della Carta di Nizza, il contraddittorio endoprocedimentale un *principio* fondamentale immanente nell'ordinamento e vincolante anche in assenza di specifiche previsioni normative.

La violazione di tale principio determina la nullità dell'avviso di accertamento emesso in violazione del diritto del contribuente di essere ascoltato e di presentare osservazioni[31]. Di conseguenza, il diritto al contraddittorio endoprocedimentale è riconosciuto anche a livello sovranazionale, non può essere limitato o derogato da una norma procedurale nazionale e deve essere garantito sempre sia in caso di accessi, ispezioni e verifiche presso la sede del contribuente che in caso di *indagini a tavolino*.

[31] Cfr.: R. MICELI, *La partecipazione del contribuente alla fase istruttoria*, in A. FANTOZZI – A. FEDELE (a cura di), *Statuto dei diritti del contribuente*, Milano, 2005, 673.

In definitiva, ricordando che la fiscalità è una sovranità nazionale ma con evidenti influenze dell'UE, il contraddittorio endoprocedimentale viene riconosciuto quale principio generale del diritto UE, superando la questione della competenza in materia tributaria. Di conseguenza la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo, fra le quali il diritto a essere ascoltato prima dell'emanazione di un provvedimento potenzialmente lesivo, non può essere derogato-limitato.

Si potrebbe obiettare che esistono limiti di applicabilità dei diritti fondamentali, poiché ai sensi dell'art. 51 CEDU, tali diritti possono essere fatti valere solo nei confronti delle istituzioni europee e non nei confronti degli Stati membri, salvo che gli Stati membri agiscano *nell'attuazione del diritto dell'Unione*[32].

A differenza dei diritti riconosciuti dalle Costituzioni nazionali, quelli previsti dalla CEDU valgono soltanto nelle materie di competenza dell'Unione, competenza che non può essere ampliata ai procedimenti tributari. Alcune pronunce di legittimità[33], capovolgendo il precedente orientamento, hanno ritenuto derogabili i diritti del cittadino-contribuente, considerata la materia fiscale come sfera di interesse del diritto nazionale, tranne nel caso di tributi armonizzati (principio di equivalenza) e hanno ritenuto il diritto dell'UE non direttamente applicabile in materia di procedimenti relativi a tributi non armonizzati. Sembrerebbe quindi che, nonostante tutti gli Stati siano tenuti al rispetto del principio di equivalenza e di effettività, il Giudice nazionale possa discostarsene e non sia tenuto ad applicarli come princìpi fondamentali.

Nel 2015, con sentenza Cass. Civ., SSUU, n. 2483/2015, la Suprema Corte ha negato la sussistenza di *"un generalizzato obbligo di contraddittorio endoprocedimentale"*. Tale

[32] Così M. GIORGIANNI, *Il rapporto fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel dialogo fra le Corti europee e nazionali: il problema dell'interpretazione dei diritti umani*, in www.dirritticomparati.it. Nel *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights 2013* del 14 aprile 2014 la Commissione europea ha ribadito che le norme della Carta dell'UE (art. 51) impegnano le istituzioni e gli organi dell'UE al loro rispetto nel quadro della propria azione nonché gli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Cfr.: Corte giust., 26.2.2013, causa C-617/10 (caso *Åklagaren*); Corte giust., 15.11.2011, C-256/11 (caso *Dereci e a.*). I diritti fondamentali della Carta producono effetti solo nell'ambito di tali competenze, ma questo non significa che sussiste un *gap* nella tutela dei diritti fondamentali, perché i singoli individui possono fare ricorso ai rimedi nazionali e, una volta esauriti, possono rivolgersi alla Corte di Strasburgo per l'applicazione delle norme della CEDU, della quale tutti gli Stati membri dell'UE sono parti.

[33] Cfr.: Sent. C. cost. n. 132/2015**;** C. cost. ordinanza n. 227/2016; C. cost. Ordinanza 189/2017**.** Per la dottrina cfr.: A. CALZOLARI, *Cedu e diritto tributario: i diritti fondamentali dell'uomo vengono in soccorso del contribuente*, in *Corr. Trib.*, 24/2017, 1926.

obbligo varrebbe solo per i tributi armonizzati[34], come IVA e accise, escludendo quelli non armonizzati, con una evidente lesione dei diritti e delle garanzie di tutela del contribuente. Anche nel caso di tributi armonizzati, infatti, la violazione del contraddittorio non determina l'invalidità dell'atto impositivo, ma è onere del contribuente esporre le ragioni che motivano la nullità dell'atto (che avrebbero costituito oggetto delle osservazioni presentate in pendenza del termine).

In senso contrario alla pronuncia del 2015, la Commissione Tributaria Provinciale Reggio Emilia, nella sent. 7 febbraio 2017, n. 55 ha affermato che limitare la tutela del contraddittorio preventivo in caso di tributi non armonizzati implicherebbe irragionevoli "*disparità di trattamento manifestatamente contrarie al divieto della c.d. discriminazione a rovescio*". Recentemente, la Suprema Corte è tornata sull'argomento con la sentenza Cass. Civ., sez. VI, 28 aprile – 27 settembre 2021, n. 26094[35], asserendo che, sebbene sia un diritto fondamentale del contribuente, l'obbligatorietà del contraddittorio può essere limitata e non investire l'attività di indagine e acquisizione di elementi probatori. Il diritto alla buona amministrazione, tuttavia, come previsto dall'art. 41, «rappresenta il primo grande atto di riconoscimento di ordine costituzionale di quel complesso quadro di prerogative riconosciute ad ogni persona – a prescindere quindi dal mero rapporto di cittadinanza – nei confronti degli organi e delle istituzioni dell'Unione, (…). (…) il legislatore europeo ha così codificato un quadro minimo di garanzie che, aggiungendosi al contenuto classico della dimensione politica della cittadinanza, concorre nell'edificazione dello statuto della c.d. cittadinanza amministrativa europea»[36].

---

[34] Cfr: F. GALLO, *La necessità di un'armonizzazione fiscale in Europa*, in *Bancaria Special Issue*, 07/2015, 19 ss.; C. SACCHETTO (a cura di), *Princìpi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2016; ID, *Armonizzazione fiscale nelle Comunità Europee,* voce della *Enc. Giur. Treccani*; V. UCKMAR, *Progetti e possibili soluzioni dell'armonizzazione fiscale del'UE,* in *Dir. prat. trib.*,1995, 9

[35] I Giudici sostengono che, nel procedimento tributario, l'obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale, pur costituendo un diritto fondamentale del contribuente e principio fondamentale dell'ordinamento Europeo (art. 41 Carta di Nizza), non è assunto dalla CGUE in termini assoluti e formali, ma può soggiacere a restrizioni che rispondano, con criterio di effettività e proporzionalità, a obiettivi di interesse generale. Pertanto, in ambito tributario non investe l'attività investigativa dell'A.f.

[36] V.: A. GIUFFRIDA, *Il «diritto» ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità,* Torino, 2012, 1 ss. Cfr.: M.G. DE FLORA, *Riflessioni sul diritto di accesso agli atti tributari: tra disciplina domestica e diritto europeo*, *op. cit*.

Si configura così un insieme di doveri applicabile a tutti gli organi dell'UE nel rapporto con i cittadini, che rende auspicabile parlare di un *contribuente europeo*. L'UE dispone di competenze limitate in materia[37] e la politica fiscale europea è finalizzata al corretto funzionamento del mercato unico[38], ma è altrettanto vero che *contribuente* è colui che contribuisce con parte della propria ricchezza alle spese dello Stato e - sebbene in via indiretta e mediata dallo Stato - contribuisce alle finanze dell'UE ed è titolare di diritti europei e di princìpi fondamentali quali la trasparenza dell'azione dell'A.F., la certezza del diritto e il diritto all' informazione.

Tali princìpi sono contenuti nello Statuto dei diritti del Contribuente (l. 212/2000)[39], che, stabilendo diritti e doveri e disciplinando le modalità di tutela, all'art. 10, co.1, delinea un rapporto fisco-contribuente fondato sulla reciproca collaborazione, buona fede (in senso oggettivo[40]) e affidamento[41], ovvero come obbligo sia per il fisco che per il contribuente di agire con correttezza e lealtà. Ovviamente tali obiettivi consentono di raggiungere il rispetto delle disposizioni costituzionali statuite agli artt. 2, 3 e 53. In tale contesto il ruolo del contraddittorio endoprocedimentale ha inoltre ricadute anche sul

[37] Cfr.: M. GREGGI, *La rilevanza fiscale della convenzione europea dei diritti dell'uomo: dall'interesse fiscale al principio di non discriminazione,* in *Riv. dir. fin.*, 2000, I; L. DEL FEDERICO, *I principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia tributaria,* in *Riv. dir. fin.*, 2010, I; G. KOFLER-M.P. MADURO-P. PISTONE (a cura di), *Taxation and Human Rights in Europe and the World*, IBFD, Amsterdam, 2011; A. KOSTNER, *Osservazioni in tema di diritti fondamentali della persona in ambito fiscale e riflessi sul giudicato tributario*, in *RTDT*, 4/2012, 929 ss.; P. LAROMA JEZZI, *Il riconoscimento in materia fiscale dei diritti fondamentali tutelati dalla CEDU e dalla Carta dei diritti UE*, in *Corr. Trib.*, 9/2015, 679 ss.

[38] F. SAPONARO, *Il "funzionalismo" e l'integrazione europea in materia tributaria*, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 5-8/2019, 11(2):143-168. L'A. afferma che «La filosofia che ha ispirato tale processo di integrazione, (…) è nota con il nome di "funzionalismo" (….)» nel senso che l'integrazione tra gli Stati deve avvenire gradualmente a partire dai settori economici e sociali e, creando vincoli di mutua dipendenza fra gli Stati membri, «attraverso un progressivo svuotamento dei poteri sovrani degli Stati ed il contestuale accrescimento di poteri e competenze in capo al nuovo ente»

[39] Cfr.: C. BUCCICO– S. FIORENTINO– A. MERONE, *Civiltà fiscale. Riflessioni sul progetto «ideale» di Statuto dei diritti del contribuente*, CEDAM, 2020; A. FANTOZZI – A. FEDELE, *Statuto dei diritti del contribuente*, Milano, 2005; G. MARONGIU, *Lo statuto dei diritti del contribuente*, Torino, 2010

[40] Cfr. G. MARONGIU, *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 3/2016. L'A. nell'esaminare il concetto di "buon andamento" in relazione ai differenti ambiti giuridici evidenzia l'immanenza dei principi di collaborazione e di buona fede nel diritto tributario. Cfr.: Cass., sez. trib., 13 febbraio 2009, n. 3559.

[41] Cfr.: F. MERUSI, *Buona fede ed affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001; G. PALUMBO, *Il principio del legittimo affidamento del contribuente*, in www.commercialistatelematico.com del 21 settembre 2021. Inoltre, CGUE del 18 novembre 2021, n. C-358/20

rispetto dei princìpi di cui agli artt. 81 e 117 Cost., che statuiscono vincoli europei per gli Stati. Pertanto si ritiene che il cittadino europeo abbia già una identità di contribuente europeo. Espressione questa che non è contenuta nei Trattati così come non sono statuite previsioni generali di tutela di un *contribuente europeo*, ma le Istituzioni europee sono intervenute spesso in materia di *tutela delle entrate fiscali* (lotta all'evasione; elusione e pianificazione fiscale aggressiva) attraverso gli strumenti giuridici dell'armonizzazione e del coordinamento dei sistemi fiscali nazionali. È chiaro che nell'ottica del bilanciamento delle posizioni dei soggetti coinvolti nel rapporto tributario gli interventi europei indirizzati agli Stati abbiano al pari una ricaduta nella tutela degli interessi del *contribuente europeo*.

3. Il contraddittorio endoprocedimentale e il rischio fiscale

Chiarito che il diritto al contraddittorio endoprocedimentale è riconosciuto come parte fondamentale del rapporto di collaborazione fisco-contribuente e che qualsivoglia sua limitazione non è conforme alla sua natura di diritto fondamentale, occorre ripercorrere le ragioni che la Corte ha posto a fondamento della sua possibile limitazione derivante dall'interesse fiscale. Anzitutto si rileva una lacuna normativa nell'applicabilità del termine dilatorio di 60 giorni fra il pvc e l'emissione dell'avviso di accertamento, poichè «non opera nell'ipotesi di accertamenti c.d. a tavolino, salvo che riguardino tributi "armonizzati" come l'IVA, ipotesi nella quale, tuttavia, il contribuente che faccia valere il mancato rispetto di detto termine è in ogni caso onerato di indicare, in concreto, le questioni che avrebbe potuto dedurre in sede di contraddittorio preventivo». I Trattati attribuiscono all'UE una generale potestà di armonizzazione delle legislazioni nazionali (IVA e accise), con l'obiettivo di eliminare gli ostacoli al buon funzionamento del mercato unico e imponendo vincoli alla finanza pubblica, ma la sovranità tributaria, per quanto oramai logorata, è degli Stati membri [42]. È da rilevare che il coordinamento e l'armonizzazione dei diversi sistemi tributari è da sempre auspicato dalle Istituzioni europee[43] al fine di evitare non solo le distorsioni

[42] V. Dir. 2006/112/CE del Consiglio del 28/11/2006. La Direttiva prevede che l'obiettivo della realizzazione del mercato interno può essere raggiunto attraverso l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sul volume di affari

[43] Nella Comunicazione del 10/10/2001, *La politica fiscale dell'Unione europea — Priorità per gli anni a venire*, la Commissione, dopo aver evidenziato la necessità di un maggiore coordinamento fra

della concorrenza a livello transfrontaliero con ripercussioni sull'esercizio delle quattro libertà fondamentali, ma soprattutto per il persistere dei differenti effetti redistributivi causati dal perseguimento di obiettivi discrezionali delle politiche fiscali nazionali. Da quanto esposto, la mancata previsione nell'art. 12, co. 7, della l. n. 212/2000 dell'applicabilità del termine dilatorio all'accertamento a tavolino per i tributi non armonizzati, posta in relazione con le conclusioni della Corte, che considera *già svolto* il contraddittorio in tale tipologia di accertamento con riferimento alle informazioni finanziarie, si ritiene che possa determinare un *affievolimento* di tutela del contribuente.

Nell'ottica di un c.d. *grande contribuente*, potrebbe incidere sfavorevolmente sui processi interni di valutazione e prevenzione del rischio fiscale in quanto è chiara la stretta relazione che esiste tra la base imponibile ai fini del tributo armonizzato IVA e tributi nazionali (IRES e/o IRAP). Difatti, ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. 446/97, l'IRAP si applica alle attività di produzione o di scambio di beni e servizi oggetto di esercizio di imprese, arti o professioni, ma alcune di queste operazioni risultano essere imponibili ai fini IVA secondo l'art. 1 del D.P.R. 633/1972. In altre parole, una qualsisi rettifica dell'imponibile ai fini IVA potrebbe quindi condizionare anche un tributo non armonizzato, con ricadute palesi sul sistema di *tax risk governance*.

Negli ultimi anni la valutazione rischio fiscale e l'implementazione di un *Tax Control Framework* per il suo monitoraggio, controllo e gestione sono stati individuati dall'OCSE[44] come elementi essenziali della collaborazione tra contribuenti e A.F. (*tax compliance*) per contrastare i fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva e i rischi derivanti dall'interpretazione della normativa tributaria, che possono dar luogo alle c.d. *uncertain tax positions*[45] e determinare probabili contestazioni da parte dell'A.F.

---

le politiche fiscali degli Stati membri, sottolinea che il potere di introdurre tributi nonché di rimuoverli o adeguarli debba restare nelle competenze degli Stati membri. V.: F. SAPONARO, *L'attuazione amministrativa del tributo nel diritto dell'integrazione europea*, Padova, 2017, 67 ss.; ID., *L'armonizzazione fiscale e il ruolo delle autonomie locali nel sistema pre-federale europeo*, in *Riv. Dir. Trib*., 10/2002, 1037 ss.

[44] Al fine di introdurre una maggiore collaborazione e trasparenza nel rapporto fra il contribuente e l'A.F. e di contrastare la pianificazione fiscale aggressiva, con il contributo del *Forum on Tax Administration* (FTA), nel report emanato nel 2008 "*Study into the role of tax intermediaries*", l'OCSE ha evidenziato la necessità dell'introduzione di una *enhanced relationship* (relazione rafforzata) fra i c.d. grandi contribuenti e le Autorità fiscali, basata su fiducia e cooperazione reciproche.

[45] Le *uncertain tax positions* consistono nella non corretta rappresentazione in bilancio dell'effettivo carico fiscale.

La *tax compliance* si può intendere quindi in senso ampio come l'esigenza di collaborare con l'A.F. al fine di prevenire il rischio fiscale e quindi possibili contenziosi. A tale scopo è necessaria l'istituzione da parte dei grandi contribuenti (si pensi alle imprese multinazionali) di un modello di *tax risk management*, ovvero di gestione del rischio fiscale[46], articolato in *policies* che si traducono in specifiche attività di rilevazione, misurazione, monitoraggio e controllo dei margini di rischio delle operazioni aziendali. Il modello di gestione del rischio fiscale presenta profili di affinità con la gestione dei rischi di *non compliance* di cui al Modello 231[47], in quanto entrambi risultano essere caratterizzati dalla finalità di prevenzione di eventuali difformità rispetto alle normative e si concretizzano in attività di *tracciamento* delle procedure aziendali. L'aspetto innovativo della *tax compliance* consiste nel *rovesciare il guanto* rispetto alla tradizionale contrapposizione[48] tra l'autorità fiscale e il contribuente, nel prevedere forme di collaborazione[49] che rappresentano un *incontro di interessi*: l'interesse del Fisco all'adempimento dell'obbligazione tributaria e l'interesse del contribuente a ridurre il rischio di contenziosi ed eventuali sanzioni.

L'intento collaborativo è evidente, ad esempio, nel contribuente che implementa un sistema di misurazione e gestione del rischio fiscale[50]. Risulta preferibile, infatti,

---

[46] Per un approfondimento sulla c.d. *corporate responsibility*. Cfr.: A. BAKKER–S. KLOOSTERHOF, *Tax Risk management: From Risk to Opportunity*, Amsterdam, 2010; J. JENSEN – F. WOHLBIER, *Improving Tax Governancein EU Member States: Criteria for Successful Policies, Publications Office of the European Union*, 2012; P. DIETSCH–T. RIXEN, *Global Tax Governance: What's wrong and how to fix it*, ECPR Press, 2016.

[47] Il Modello 231, se correlato al rischio fiscale, è sicuramente il primo strumento normativo introdotto in Italia al fine di minimizzare il rischio della violazione di norme tributarie, introducendo un sistema di rilevazione e gestione del rischio fiscale.

[48] Cfr.: E. BETTI, *Dovere giuridico* (voce), in *Enciclopedia del diritto, Vol. XIV*, Milano, 1960, 53. L'A. nell'enucleare il concetto di dovere giuridico ne rintraccia una tipica manifestazione nel rapporto fisco-contribuente, che, tradizionalmente è fondato sul dovere di collaborare alla pacifica convivenza dei cittadini. Interessante è la ricostruzione della differenza tra onere e dovere di collaborazione di M. BASILE, *Il principio di collaborazione tra fisco e contribuente*, Bari, 2010, 117

[49] Il rapporto tra A.F. e contribuente nel corso del secolo scorso ha subito un profondo cambiamento: da modello autoritario a modello del dialogo e confronto. Se parlare di *par condicio fiscale* nel senso di piena parità fra fisco e contribuente appare ancora difficilmente realizzabile, negli ultimi vent'anni (a partire dalla l. 212/2000) sembrano invece essere stati raggiunti e ormai consolidati gli obiettivi di una maggiore trasparenza e semplificazione normativa e procedimentale e di una più efficace tutela dei diritti del contribuente. Cfr. M. BASILE, *Il principio di collaborazione tra fisco e contribuente, op. cit*., 115

[50] Interessante è la correlazione fra rischio fiscale e *tax planning*. Difatti il *tax planning* non deve mirare solo alla minimizzazione del carico fiscale, ma deve considerare anche il rapporto con le

valutare preventivamente il rischio fiscale connesso a ogni operazione (*risk assessment*) piuttosto che attendere il confronto con l'A.F. in sede di contraddittorio (endo)procedimentale. Vi è quindi un'anticipazione del confronto e del dialogo e un *favor* per il contribuente che valuta le proprie operazioni di rilievo fiscale e, nell'effettuare tale valutazione, interpreta le norme tributarie individuando le criticità delle proprie operazioni. Un efficace *tax risk management* realizza l'incontro di interessi tra A.F. e contribuente: la volontà del contribuente di collaborare con l'A.F. genera una riduzione dei costi dei procedimenti tributari e, di contro, ottiene importanti benefici derivanti dall'applicazione degli strumenti premiali introdotti dal Legislatore[51]. Gli studi elaborati dall'OCSE, in particolare il Rapporto del 21 maggio 2013 dal titolo «*Cooperative Compliance: a Framework – from enhanced relationship to cooperative compliance*[52]» e quello del maggio 2016 «*Cooperative Tax Compliance. Building better Tax Control Frameworks*» hanno evidenziato l'importanza di un efficace sistema di controllo e gestione del rischio fiscale[53] in termini di riduzione dei costi sia per il contribuente che per l'A.F.

È di tutta evidenza, quindi, che qualsivoglia *affievolimento* del diritto al contraddittorio endoprocedimentale, oltre a causare un'evidente lesione delle garanzie di tutela del contribuente, determinerebbe l'inefficacia di quegli stessi strumenti volti a garantire la certezza del diritto nei rapporti con l'A.F[54].

---

autorità fiscali. Cfr.: P. VALENTE– I. CARACCIOLI–R. RIZZARDI, *Responsabilità del professionista. Gestione dei rischi nelle operazioni internazionali*, Milano, 2014

[51] In Italia, sulla scia dei Report elaborati dall'OCSE, la *tax compliance* è stata introdotta nel 2013 con un primo progetto pilota, a cui ha fatto seguito il D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128, che ha disciplinato l'accesso al regime facoltativo di adempimento collaborativo. Fra i requisiti richiesti vi è anche l'adozione di sistemi di identificazione, gestione e controllo dei rischi fiscali e l'indicazione delle funzioni responsabili del monitoraggio dei rischi.

[52] Il Rapporto precedentemente richiamato a p. 19, in tema di *Tax Control Framework*, chiarisce che in assenza di un efficace sistema di gestione del rischio fiscale «è facile che le Autorità Fiscali fraintendano il più ampio contesto di un'attività o una transazione, e che rispondano in modo da dare luogo a controversie e incertezze evitabili e potenzialmente costose».

[53] P. BORIA, *Diritto tributario*, Torino, 2016, 492 ss.; G. MARINO, *Corporate tax governance: Il rischio fiscale nei modelli di gestione d'impresa*, Milano, 2018; G. ZIZZO – A. CONTRINO – M. BEGHIN, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Torino, 2017

[54] Numerosi contributi scientifici evidenziano che un approccio collaborativo tra fisco e contribuente genera vantaggi sia in termini di riduzione dei costi di compliance per il contribuente che in termini di costi dei controlli per l'A.F.. Per una traduzione di tali vantaggi in termini statistici, si vedano i risultati delle *surveys* riportate nei seguenti studi: E. A. GROENLAND– G. M. VELDHOVEN, *Tax evasion behavior: A psychological framework*, in *Journal*

4. Conclusioni. La partecipazione del contribuente alla fase investigativa vs il potere di controllo dell'A.F.

La sentenza della Suprema Corte, che rappresenta l'occasione per gli approfondimenti espressi nel presente lavoro, riguarda l'accertamento *a tavolino* con particolare riferimento agli accertamenti finanziari e bancari. Il problema di fondo è inerente alla legittimità di una limitazione della portata del diritto di difesa del contribuente, potendo l'A.F. emanare direttamente l'avviso di accertamento senza attendere il trascorrere dei sessanta giorni dal rilascio del pvc nel caso di tributi non armonizzati.

Nella presente ricerca non si esamina l'istituto dell'accertamento, già ampiamente affrontato dalla dottrina, ma si ritiene opportuno proporre solo qualche riflessione preliminare sul concetto di accesso, ispezione e verifica. Tali attività sono interpretate, come si evince anche dalle circolari dell'AdE e della GdF[55], limitatamente all'attività svolta presso il contribuente. Di contro, è evidente che le richieste di informazioni da parte dell'A.F., che determinano l'instaurazione di un colloquio tra le parti del rapporto tributario, sono escluse dal concetto di accesso. Difatti, come precedentemente illustrato, l'orientamento giurisprudenziale non considera la richiesta al contribuente dei dati finanziari alla stregua di un accesso, ispezione e verifica presso i locali destinati all'esercizio delle attività economiche[56] e quindi esclude l'illegittimità dell'avviso di accertamento emesso *ante tempus* e senza il rilascio del pvc in relazione ai tributi non armonizzati.

Si ritiene che l'interpretazione di accesso, ispezioni e verifiche limitatamente alle attività accertative svolte presso i locali destinati all'esercizio di attività commerciali, industriali, agricole, artistiche e professionali, nell'attuale scenario economico, risulti essere obsoleto. Basta pensare all'economia digitale e allo sviluppo delle nuove

---

of Economic Psychology, Vol. 3, Elsevier, 1983, 129-144; L. P. FELD-B. S. FREY, *Trust breeds trust: how taxpayers are treated*, in *Economics of Governance*, 2002, 87-99; ID., *The tax authority and the taxpayer. An exploratory analysis, Annual Meeting of the European Public Choice Society*, Belgirate, Italy, 2002, 5; AA.VV., *Trust and power as determinants of tax compliance across 44 nations* in *Journal of Economic Psychology, Vol. 74,* Elsevier, 2019; C. KOGLER–L. BATRANCEA–A. NICHITA–J. PANTYA–A. BELIANIN–E. KIRCHLER, *Trust and power as determinants of tax compliance: Testing the assumptions of the slippery slope framework in Austria, Hungary, Romania and Russia*, Elsevier, 2013, 169-180

[55] Circ. n. 1/2018 della Guardia di Finanza

[56] Art. 52 del DPR 633/1972; artt. 31 e 31bis D.P.R. 600/73

tecnologie con conseguente dematerializzazione di molte attività economiche. I concetti di accesso, ispezione e verifica dovranno essere interpretati in maniera più ampia. Peraltro, gli accertamenti nella nuova struttura economica saranno caratterizzati soprattutto dallo scambio di dati in possesso dei contribuenti stessi o disponibili nella rete digitale[57] e la disciplina dell'accertamento dovrà sempre più basarsi sulla collaborazione con il contribuente.

Le conclusioni che possono trarsi muovono dalle seguenti circostanze e precisamente:

- posto che l'art. 12, co. 7 della L. 212/2000 e l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. statuiscono, come precedentemente richiamato, un generale principio del contraddittorio al fine di un maggior bilanciamento tra le posizioni dei soggetti del procedimento di imposizione, il consolidato orientamento della giurisprudenza nazionale sembra propendere verso un affievolimento della garanzia intrinseca al principio stesso. Difatti la giurisprudenza della Suprema Corte non considera "accesso" la consegna da parte del contribuente dei dati finanziari e bancari basandosi su una interpretazione restrittiva delle attività di "accesso, ispezione e verifica". Il diritto al contraddittorio endoprocedimentale, quale particolare momento della relazione fisco- contribuente, costituisce un fondamentale principio lungo tutto l'esplicarsi del procedimento d'imposizione. Difatti il contribuente e il fisco si pongono in una relazione paritaria e quindi entrambi possono espletare in modo efficace ed economico il rispettivo dovere di contribuire e la potestà impositiva, l'obbligo di contribuire alla spesa pubblica e l'onere di bilanciamento degli interessi tra le parti.

Il contraddittorio ha ricoperto nel tempo una sempre maggiore rilevanza, così da configurare un vero e proprio diritto fondamentale di tutela e garanzia dei soggetti del procedimento di imposizione. Allo stesso tempo, come evidenziato precedentemente, l'orientamento di legittimità - con particolare riferimento ai tributi non armonizzati - sembra ridurre la portata di tale diritto. Pertanto, le pronunce sopra richiamate non sono da ritenersi coerenti né con lo spirito che ha portato all'approvazione dello

[57] Si pensi alla DAC 7 che ha modificato la direttiva 2011/16/Ue. La direttiva pone in capo ai gestori delle piattaforme digitali obblighi di screening e "adeguata verifica" degli utilizzatori e identificazione della loro posizione territoriale, dati che devono comunicare all'Amministrazione finanziria al fine di *intercettare* le basi imponibili. In tal caso è previsto un obbligo di comunicazione che deve essere inquadrato nell'ambito della leale collaborazione al fine di raggiungere la giustizia tributaria.

dirittifondamentali.it

Statuto dei diritti del contribuente né con quanto statuito nella Carta di Nizza. Si deve concludere che un diritto fondamentale non possa essere limitato, o affievolito a seconda della particolare tipologia di accertamento utilizzata dall'A. F. Da ciò discende che anche nel caso di accertamento a tavolino deve essere rilasciato al contribuente il pvc e, di conseguenza, al termine dei 60 giorni, potrà essere emesso l'avviso di accertamento. Affermazione questa in netto contrasto con quanto asserito dalla Corte[58]. L'affermata possibilità di una limitazione di tale diritto sulla base della tipologia di accertamento "a tavolino", della natura dilatoria del termine e della distinzione dei tributi armonizzati e non armonizzati, non sembra potersi conciliare con la rinsaldata accettazione del principio del contraddittorio quale diritto fondamentale di uguaglianza tra le parti del procedimento di imposizione.

- la Carta di Nizza prevede che un diritto fondamentale possa essere limitato solo per un interesse urgente. Nel caso dell'interesse fiscale è quindi difficile ravvisare l'urgenza, salvo i casi espressamente previsti dal legislatore nazionale.

Inoltre, la distinzione tra i tributi determina un differente grado di tutela dei contribuenti in relazione all'obbligo del rispetto del termine dilatorio. Va precisato che il processo di armonizzazione in materia di imposte indirette è volto a superare le differenze esistenti tra i vari sistemi fiscali che hanno ripercussioni sul funzionamento del mercato interno. Tra i vari tributi l'IVA è il tributo armonizzato per eccellenza, nel senso che gli Stati membri hanno adottato lo stesso tributo con un limitato margine di discrezionalità; margine che invece risulta essere molto ampio nel caso dei tributi non armonizzati. L'obiettivo dell'armonizzazione fiscale è, dunque, il buon funzionamento del mercato interno, e riguarda la «struttura tipizzante di un tributo ovvero a singoli segmenti ordinamentali o a parti della disciplina impositiva»[59]. In altre parole, la disciplina normativa di un tributo armonizzato di ogni Stato risulta essere convergente verso obiettivi comuni di buon funzionamento del mercato unico[60]. Da quanto

[58] Nell'ordinanza della Corte di Cass. n. 34409/2019 è statuito che l'A.F. non è tenuta a redigere il pvc e a concedere il termine dilatorio di 60 giorni prima dell'emissione dell'avviso di accertamento nel caso di accertamento effettuato senza lo svolgimento di accessi, ispezioni e verifiche fiscali nei locali destinati all'esercizio di attività di impresa o professionale.

[59] Cfr. P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2017, 218.

[60] Sul punto v. CGUE, sez. VI, Sent. 4/06/2020, Causa C-430/19 che sottolinea che il regime comune IVA ha quali principi fondamentali la realizzazione della neutralità fiscale e la certezza del diritto.

ricordato emerge che la differente disposizione normativa, nel prevedere l'obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale e il rispetto del termine dilatorio dei sessanta giorni per l'emissione dell'avviso di accertamento nel caso di tributi armonizzati, comporta una discriminazione rispetto ai contribuenti che siano soggetti passivi solo di tributi non armonizzati[61]. Come è stato precedentemente evidenziato, la rideterminazione della base imponibile ai fini di un tributo diretto (IRAP/IRES) comporta, di solito, la rettifica dell'imponibile ai fini IVA (tributo armonizzato). Da ciò discende che qualsivoglia distinzione nell'attività di accertamento con riflessi sul diritto di difesa del contribuente sia priva di fondamento giuridico e normativo.

Si ritiene che la normativa nazionale non possa limitare l'efficacia di tali principi.

Riconducendo a sistema le suddette circostanze, si possono trarre le seguenti conclusioni:

A -Nell'ottica più generale di una *tax compliance* nel procedimento d'imposizione, ogni eventuale distinzione tra tributi (armonizzati e non armonizzati) è da ritenersi non soltanto discriminatoria, ma anche potenzialmente produttiva di maggiori oneri per le imprese multinazionali nella previsione del rischio fiscale[62].

B - La limitazione di un diritto fondamentale posto da una legge nazionale e, soprattutto se si tratta di una attività procedurale, non si ritiene compatibile con la garanzia del giusto ed equo processo. In secondo luogo, si pone la questione della natura del termine intercorrente tra l'emissione del processo verbale di chiusura e l'avviso di accertamento così come statuito all'art. 12, co. 7, della l. n. 212/2000. Il termine qualificato dilatorio deve trovare generale applicazione in quanto diviene strumento di effettiva operatività del principio generalizzato del contraddittorio endoprocedimentale. In senso contrario sarebbe inefficace la recente modifica prevista dal decreto crescita con risvolti negativi sull'attuazione della *tax compliance* nel suo complesso.

---

[61] Cfr.: S. SAMMARTINO, *Il diritto al contraddittorio endoprocedimentale*, in *Rass. Trib*., 4/2016, 999.

[62] In tale visione si inserisce l'art. 31-*ter* - Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale - che è entrato in vigore dal 1° gennaio 2021 e prevede un preventivo contraddittorio per la definizione, ad esempio, dei metodi di calcolo per le operazioni di transfer pricing (art. 110, co.7, DPR 917/1986).

In conclusione, si ritiene che il contraddittorio endoprocedimentale, con particolare riferimento a quello attivato negli accertamenti a tavolino, sia da considerare come esplicazione della effettiva partecipazione del contribuente all'attività investigativa che ha quale fine ultimo la giusta imposizione assicurando, tra l'altro, l'economicità dell'azione amministrativa.

La richiesta al contribuente di informazioni finanziarie, pertanto, dovrebbe essere considerata quale attività di collaborazione con la A.F. e, quindi, sarebbe necessario il rilascio del pvc e far trascorrere i sessanta giorni per emettere l'avviso di accertamento. Il mancato rispetto di tale garanzia rappresenta una rilevante compressione del diritto di difesa del contribuente; l'atto emesso dovrebbe essere considerato affetto da un vizio di merito in quanto viola il principio di buona amministrazione (art. 97 Cost.) e, se solo viene dimostrato che il procedimento avrebbe potuto concludersi con un diverso risultato l'atto irregolare sarà considerato nullo.

Dunque, è chiaro l'obiettivo, come esposto nella Circolare, di far assumere al contraddittorio il ruolo *nodale e strategico per la 'compliance'*. Un'attività investigativa incentrata sul contraddittorio preventivo con il contribuente «rende la pretesa tributaria più credibile e sostenibile» e «scongiura l'effettuazione di recuperi non adeguatamente supportati e motivati perché non preceduti da un effettivo confronto».

Il ruolo determinante del principio del contraddittorio è altresì evidente nel progetto di Statuto UE dei diritti del contribuente. Insieme con gli altri princìpi, come quello di leale cooperazione, del legittimo affidamento e della certezza del diritto, esso risulta essere fondamentale per le decisioni della CGUE e svolge un ruolo incisivo nel *coordinamento* e *armonizzazione* dei sistemi tributari dei singoli Stati. La bozza del codice europeo del contribuente, che chiaramente non è uno strumento vincolante ma un modello[63] uniforme di princìpi, evidenzia l'esigenza della collaborazione durante tutto il procedimento d'imposizione. In un'ottica di europeizzazione del diritto tributario degli Stati membri, e forse in ottica di un diritto tributario globale, diviene essenziale uniformare i principi fondamentali su cui basare la giusta ed equa compartecipazione

[63] V. Commissione Europea, Direzione Generale Fiscalità e Unione doganale, *Orientamenti per un modello di Codice europeo del contribuente, 2016*, 4

alla spesa pubblica nazionale e garantire un equo bilanciamento degli interessi del rapporto tributario[64].

dirittifondamentali.it

[64] Cfr.: P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in F. Amatucci-R. Cordeiro Guerra, *L'evasione e l'elusione fiscale in ambito nazionale e internazionale*, in *Studi dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Tributario*, Canterano (Roma), 2016, 320.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 13 gennaio 2022

"Better regulation" in Europe: principles and regulatory sustainability

di
Gianluigi Delle Cave*

Sommario: 1. European "regulatory sustainability" cornerstones: an introduction. – 2. The EU "Sustainable Regulation": functions and expectations. – 3. The EU "better regulation" stance: Italian case. – 4. A brief analysis of the Italian Better Regulation. – 5. Conclusions.

1. European "regulatory sustainability" cornerstones: an introduction

The issues of "regulatory sustainability" (*rectius* "quality"), introduced at international level by the "*Recommendation on Improving the Quality of Regulation*" of the OECD Council of 9 March 1952[1], have been a long-standing part of the strategies of European Union institutions, in the belief that poor regulation has a negative impact not only on legal certainty, compliance with the law and efficiency

* Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi di Brescia.

[1] The "Recommendation" at hand called on Member States to take effective measures to ensure the quality and transparency of regulation and provided a list of reference criteria. These are the so called "checklists", to be used in public decision-making to provide Member States with a set of common principles and procedural tools to improve the quality and efficiency of regulatory activity. Following the adoption of this Recommendation, a specific multi-annual programme on regulatory reform has been launched. A report on the implementation of this programme was presented in 1997 with sector and thematic studies on regulatory review by Member States and a series of recommendations on the use of regulatory impact analysis (see OECD "*Report on Regulatory Reform*", Paris, 1997). In 1998, the OECD launched the Country Reviews programme on regulatory reform in member countries with the aim of building a comprehensive and in-depth review of e-experiences of economic, government and administrative reform in member countries and helping governments to improve the performance of the economy in terms of innovation, growth and social progress.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

of justice, but also on a country's economic development and resource efficiency[2]. As evidence of this growing commitment, European institutions have adopted specific initiatives aimed at implementing "sustainable regulation" policies (or "smart regulation", according to recent European language). In this regard, the principles of subsidiarity and proportionality, enshrined in Article 5 of the Treaty on European Union (so called "TUE"), are not only two fundamental moments in the decision-making process, but also appear to be the basic rules guaranteeing the quality of regulation. As a matter of fact, on the one hand, the principle of subsidiarity obliges us to consider the so called "zero option", *i.e.* it requires us to consider not adopting any regulatory measures and in this sense it contributes to containing the production of legislation; on the other hand, the reference to the principle of proportionality involves assessments, a study of facts (so called "*ex ante* analysis") and *ex post* verifications, *i.e.* constant monitoring of the impact of legislation, contributing, at least potentially, to a greater effectiveness of European legislation and related policies[3]. From a historical point of view, it should be remembered that, until the 1990s, the debate on European regulation focused on problems of quality of drafting (so called "formal drafting") and on the tools and methods proposed by legislative technique, rather than on the question of how to govern regulatory policies in a multi-level system, such as that of the European Union. Care for the drafting quality of legislative texts is considered by the European institutions to be indispensable for legislation to be better understood and correctly implemented. Particular attention is paid to the implications of multiculturalism[4]. Acts enacted by the institutions must be formulated in a

[2] N. RANGONE, *The quality of regulation: the myth and reality of good regulation tools*, in *Italian Journal of public law*, 2012, 3-4, 235 ff.; L. Trucco, *Better regulation e better lawmaking dell'U.E.*, in R. ZACCARIA (ed.), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, 2011, 62 ff.

[3] A. VEDASCHI, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Torino, 2001, 258 ff.

[4] As said in doctrine, "*the decision-making process has evolved becoming more complicated and extensive. Indeed, in keeping with the guidelines provided by the EU, a long cycle frequently follows that starts with the stakeholder and expert consultations, goes through the impact assessment and compliance with drafting rules (i.e. better regulation), passes through the rule-making deliberation, and ends with the monitoring and evaluation of public policies. Moreover, the law frequently introduces an experimental period of application by means of sunset clauses"* (N. MACCABIANI, *An empirical approach to the Rule of Law: the case of Regulatory Sandboxes*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 2, 367 ff.).

comprehensible and coherent way and according to uniform rules of presentation and legislative technique so that citizens and economic operators can know their rights and obligations; courts can ensure that the law is respected and Member States can proceed, where necessary, with correct and timely implementation of national law[5]. Only in the late 1990s, at the initiative of the governments of some Member States (Italy and Spain first and foremost) did the issue of the "sustainability and quality" of regulation become a common concern. With the official commitments adopted in 2000 by the Lisbon and Feira European Councils, an overall strategy was outlined, which led the Community institutions and the Member States to adopt concrete programmes for improving the sustainability and quality of regulation, which, as mentioned above, is also recognised as having an important role in improving the competitiveness of the European economy[6]. In particular, the Commission's strategy for the achievement of sustainable regulation was – and actually is – essentially based on three pillars[7]: (I) *regulatory simplification*: in this field, the Commission has identified a number of regulatory sustainability instruments, *i.e.* the abrogation of obsolete rules, codification in a single act of several existing acts and recasting in a single act of several amendments to an act, which have become stratified over time[8]; (II) *the reduction of administrative burdens*:

[5] For an in-depth analysis, L. HOOGHE, *Cohesion policy and European integration: building multi-level governance*, Oxford, 1996; D. DINAN, *Ever closer union: an introduction to European integration*, Basingstoke, 1999, 134 ff.; H. WALLACE, M.A. POLLACK, A.R. YOUNG, *Policy-making in the European Union*, Oxford, 2015, 234 ff.

[6] F. BASSANINI, S. PAPARO, G. TIBERI, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere*, in *Astrid*, 2005, 2, 367 ff.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *L'ultima stagione della semplificazione: la riduzione degli oneri amministrativi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, 3, 125 ff.

[7] These milestones have been accompanied by other lines of action that the Commission has, over the years, identified, implemented, and sometimes corrected. On this point, G. MARKS, *Structural Policy and Multilevel Governance in the EC*, in A. CAFRUNY, G. ROSENTHAL (eds.), *The State of the European Community*, Berlin, 1993, 392, ff.; N. Chowdhury, R.A. Wessel, *Conceptualising Multilevel Regulation in the EU: a legal translation of multilevel governance?*, in *European Law Journal*, 3, 5, 335 ff. (2012).

[8] As far as acts of unification of existing norms in the European context are concerned, it should be pointed out that the terminology used is the result of translations from English and French, so the meaning of a European denomination translated into Italian often does not identify the same type of act as the original language. The typical example is the word "codification", which for the European Union means the reunification into a single text, and the subsequent abrogation, of one or more acts with the relative modifications, but unlike what happens in the Italian legal system, the new text cannot in any way intervene on the substance of the codified

among the main actions, it is worth mentioning those inspired by the "Think Small First" principle, which states that the European Union must formulate rules taking particular account of the characteristics of SMEs (Small-Medium Enterprises) and simplify the regulatory environment in force[9]; (III) *impact analysis*: this assessment aims to increase the technical quality of the Commission's proposals by evaluating the costs and benefits they bring to: (i) improve the quality of proposals, through a more systematic, open and evidence-based approach to policy design and a rigorous and comprehensive analysis of social, economic and environmental impacts; (ii) provide an effective aid to decision making; (iii) make the policy process more open and transparent, thanks to coordination within the Commission and the strengthening of external communication[10]. In a nutshell, the regulatory and administrative simplification measures have been combined with the objective of improving the existing regulatory framework, while impact analysis has been given the task of improving the quality of new initiatives[11].

dirittifondamentali.it

---

norms. As far as "consolidation" is concerned, while for us it corresponds to a generic activity of simplification and reorganization of rules which certainly lies at the basis of the acts of unification, for the European Union it is a specific operation of clarification of the law conducted by the Commission for purely informational purposes, it does not produce legal effects and does not replace the acts contained therein which therefore remain in force. In this regard, see P. BILANCIA, *Il modello europeo di governance multilivello*, in A. PAPA (ed.), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, Milano, 2016, 32 ff.; N. CHOWDHURY, R.A. WESSEL, *Conceptualising Multilevel Regulation in the EU: a legal translation of multilevel governance?*, in *European Law Journal*, 3, 6, 335 ff. (2012); J.P. OLSEN, *Unity, diversity and democratic institutions*, Oslo, 2013, 289 ff.

[9] This principle also gives rise to the following commitments for Member States: (i) to rigorously assess the impact of legislative and administrative initiatives on SMEs (the so called "SME test") and integrate the results into the formulation of proposals; (ii) to consult stakeholders, such as SME organisations, at least in the eight weeks preceding the submission of a legislative or administrative proposal, which is likely to have an impact on business; (iii) to use specific measures for SMEs and micro-enterprises, such as transition periods, derogations and exemptions, especially from information or reporting obligations, and other *ad hoc* methods.

[10] With regard to this matter, see E. MELLONI, *Dieci anni di Impact Assessment della Commissione europea*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2012, 3, 179 ff.

[11] See O. PORCHIA, L. SWAN, D. CAPUANO, N. MARIN, P.L. PETRILLO, M. RICCIARDELLI, C. ODONE, C. GESTRI, N. MINASI, M. MARGIOTTA, E. PROSPERI, T. PETUCCI, P. PONZANO, *"Better regulation" nell'Unione Europea: principi, obiettivi e strumenti*, in *issirfa.cnr.it*, 2015; C.M. RADAELLI, A.C.M. MEUWESE, *Better regulation in Europe: between public management and regulatory reform*, in *Public administration*, 87, 3, 2009, 639-654.

2. The EU "Sustainable Regulation": functions and expectations

In recent years, the European Commission has considered to focus further attention on the "sustainability of legislation", on the assumption that the current social/economic situation requires a legislation that is even more effective and efficient in achieving its general interest objectives, demonstrating that it has a clear added value, providing full benefits at minimum regulatory costs – respecting the principles of subsidiarity and proportionality – and a simple, clear, stable and predictable regulatory framework for businesses, workers and citizens. In this respect, the Commission has repeatedly stressed that the concept of "sustainability/smart regulation" includes in the so called "better regulation policies" the idea that legislating "*does not mean reducing or increasing the number of rules, but rather achieving results in the least burdensome way possible*"[12]. To achieve these objectives, the European Union has highlighted several critical steps towards achieving regulatory sustainability, namely: *(A)* the phases of regulation must be integrated within a comprehensive strategy (c.d. "life-cycle approach"). The regulatory cycle should be a *continuum* in which the project and *ex ante* evaluation of a regulatory text is linked to its implementation, monitoring, evaluation, and review. So, from an integrated perspective, the quality of regulation cannot be achieved with partial approaches; *(B)* the governance of "implementation processes" should be considered: evaluations should take into account how European legislation is implemented at national and sub-national level, which often place an unnecessary burden on European legislation (see the so called "gold-plating"); *(C)* the regulation shall be open to society by strengthening consultation procedures[13]; *(D)* for the Member States, a policy of regulatory quality needs to be

[12] See the Communication "*Smart Regulation in the European Union*" COM (2010) 543/3 of 08 October 2010.

[13] From 30 June to 30 September 2014, the European Commission submitted the first draft of the "Guidelines on Public Consultations" to stakeholders. The document, drawn up on the basis of the principles and *minimum* standards established by the Commission in 2002 (with Communication COM (2002)704), provides for the operational criteria for improving the quality, objectives and articulation of public consultations, with particular reference to the reporting phase. In particular, the draft Guidelines divide the consultation process into three different phases: (i) strategy development, (ii) consultation, (iii) analysis of results. Participation

developed, in particular by ensuring clarity and accessibility of national regulation[14]. Even more recently[15], the Commission has made it clear that sustainable regulation implies the adoption of an inclusive approach, based on consultation and transparency (i.e. it is necessary to "listen more closely" to citizens and stakeholders, with an attitude of openness to their suggestions, at every stage of the legislative process), on the adoption of instruments capable of producing better results (it means that all significant regulation impacts - whether positive or negative - must be analysed) and ongoing review of existing legislation[16]. More newly, in 2019[17], regulatory sustainability has been even more emphasized, given the potential for action on two of the key elements that strengthen the European vertical supply chain: the principle of subsidiarity and the strengthening of an inter-institutional coordination method. In a European system of vertical distribution of power, subsidiarity can remain a fixed point. Its oscillating nature,

---

in the consultation was quite large, with 120 contributions sent on the text, mostly from public authorities and representative organisations. The comments focused on two major problematic issues raised by the Commission in the consultation questionnaire: the balanced involvement of all types of stakeholders and transparency on the results of the consultation process. On the point, E. MELLONI, *Dieci anni di Impact Assessment della Commissione europea*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2012, 3, 179 ff.; C.J. PARASKEVOPOULOS, P. GETIMIS, N. REES, *Adapting to EU Multi-level Governance: Regional and Environmental Policies in Cohesion and CEE Countries*, London, 2016, 344 ff.; M. KAEDING, *In search of better quality of EU regulations for prompt transposition: the Brussels perspective*, in *European Law Journal*, 14, 5, 2008, 583-603.

[14] In 2012, the Commission took significant action: after launching a public consultation on the follow-up of Smart Regulation and one on the ten most burdensome rules for European SMEs, in December it adopted the Communication "*Adequacy of EU Regulation*" COM (2012) 746, which announced the so called "REFIT" programme, aimed at "*eliminating unnecessary regulatory costs (burdens) and ensuring that the body of EU legislation remains fit for purpose*" by identifying "*burdens, inconsistencies, gaps and ineffective measures*". The year 2013 was dedicated to the launch of the REFIT programme, completing the "mapping" of the European regulation measures, and defining the first simplification actions.

[15] On 19 May 2015, the Commission adopted the "*Better Regulation Agenda*", a package of initiatives and reforms inspired by criteria of transparency, simplification, and evaluation throughout the regulatory cycle. This was already announced in the Commission's Work Programme for 2015 COM (2014) 910, presented in December 2014, which stated a commitment to "s*trengthen* [...] *the tools* [...] *for better regulation, in particular evaluations, impact assessments and public consultations, and (identify) a further set of new actions under the* [...] *Better Regulation agenda*".

[16] R. BALDWIN, *Is better regulation smarter regulation?*, in *Public Law*, 2, 5, 485 ff. (2005); J. PELKMANS, S. LABORY, G. MAJONE, *Better EU regulatory quality: assessing current initiatives and new proposals*, in G. GALLI, J. PELKMANS (eds.), *Regulatory Reform and Competitiveness in Europe,* London, 2000, 234 ff.; G. MAJONE, *Regulating Europe*, London, 1996, 122 ff.

[17] Please see the communication "*Better Regulation principles: at the heart of the EU's decision-making process*", 15 April 2019.

repeatedly cited as the cause of its failure, can be rebalanced by trying to give subsidiarity a concrete political content, capable of guiding institutional activity toward a concrete regulatory sustainability. It is with respect to this concretization of subsidiarity that sub-national bodies and also national Parliaments must contribute, with the instruments provided by the strategy of better regulation, which helps to keep the reasons for unity and differentiation within an *endiadi*, without reducing them to a rigid dichotomy[18]. Regulatory sustainability, in the EU vision, stimulates the creation of a common language and method that becomes the basis of a wider sharing and involvement. The forms of vertical connection (and also those of horizontal connection) that arise from national and regional participation in the European legislative process can also contribute to the establishment of a relational mode through which this perspective of alliance between the European Union, the State and sub-national bodies can be filtered, in order to better achieve regulatory sustainability[19].

3. The EU "better regulation" stance: Italian case

Overall, from the reconstruction carried out, it seems clear that, in the European dimension, the sensitivity to the problems of regulatory sustainability became clear and that a broader vision of the problems inherent in the regulatory process – oriented towards developing "a culture of good legislation" – has progressively emerged, understood as (i) a process common to all European institutions and Member States and (ii) linked to a cycle of initiatives and interventions that are not

[18] B. VIMERCATI, *La better regulation come strumento politico dell'integrazione regionale nel federalizing process europeo*, in *Federalismi*, 2018, 7, 45 ff.; H. FOSS HANSEN, L. HOLM PEDERSEN, *The dynamics of regulatory reform*, in T. CHRISTENSEN, P. LAEGREID (eds.), *Autonomy and regulation: coping with agencies in the modern state*, Cheltenham, 2006, 55, ff.

[19] It shall be considered that the future of regulatory sustainability depends also on the real application of the principle of subsidiarity. It will depend not only on the design of procedural instruments capable of promoting their applicability, but also on the political and legal *ethos* that animates those who exercise legislative functions and those who control them (see G. MARKS, *Structural Policy and Multilevel Governance in the EC*, in A. CAFRUNY, G. ROSENTHAL (eds.), *The State of the European Community*, London, 1993, 392 ff.).

dirittifondamentali.it

isolated or sporadic[20], but that follows the legislative activity from the initial phase of conception and design to the implementation and verification of the results achieved; this, in a context of increased transparency and accountability and greater involvement of stakeholders and citizens, supported by the diffusion of the use of the network[21]. In this perspective, every regulatory act must not only be drafted in a simple, clear and univocal way in language and meaning, but at the same time it must be taken on the basis of a full awareness of the possible effects it will produce not only in the legal system, but also and above all on its recipients, citizens and businesses, and on public administration[22]. Moreover, any regulatory measure will require constant attention both in terms of implementation measures and in terms of continuous monitoring, aimed at verifying *in itinere* the effects and results produced and at considering the opportunity of possible adjustments. Finally, it will be necessary to assess the actual achievement of the objectives underlying the regulation itself and to outline the possible regulatory interventions for its modification, integration, or termination. In this way, the regulatory cycle becomes a real virtuous circle of production and regulation. It has also been noted that this complex virtuous circle cannot ignore the contribution and involvement not only of all the European institutions but also of the individual Member States[23]. Moreover, many of the instruments introduced in recent years reflect requests made by the Member States (i.e. the measurement of administrative burdens) and, more recently, the emphasis placed by the Commission on the assessment of the

[20] See J.H.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati Membri: competenze e sovranità*, in *Quaderni Costituzionali*, 2000, 4, 9 ff.; Id., *In the Face of Crisis: Input Legitimacy, Output Legitimacy and the Political Messianism of European Integration*, in *Journal of European Integration*, 5, 8, 825 ff. (2012).

[21] For an in-depth analysis, M. DABROWSKY, J. BACHTLER, F. BAFOIL, *Challenges of multi-level governance and partnership drawing lessons from European Union cohesion policy*, in *European Urban and Regional Studies*, 4, 6, 355 ff. (2015); N. GUNNINGHAM, D. SINCLAIR, *Smart regulation*, Oxford, 1999, 133 ff.

[22] See also G. VOSA, *Legiferare con intelligenza fra contenuto e forma: le procedure di codificazione e rifusione del diritto parlamentare europeo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011, 4, 11 ff.; A. CARDONE, *La qualità della normazione nel diritto comunitario*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2007, 3, 94 ff.; C.M. RADAELLI, *Whither better regulation for the Lisbon agenda?*, in *Journal of European Public Policy*, 3, 5, 190 ff. (2007); L. ALLIO, *Better Regulation in the European Commission*, in C. KIRKPATRICK, D. PARKER (eds.), *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?*, London, 2007, 72 ff.

[23] J.B. WIENER, *Better Regulation in Europe*, in *Current Legal Problems*, 3, 455 ff. (2006).

impacts produced by the rules in force is accompanied by an increasingly pressing request for greater involvement of the same countries[24], which have already been asked for data and information to assess the effects of the measures to simplify administrative burdens, and which should carry out "joint assessments" with the Commission in the context of the EU's internal market.

It is worth noting that improving the quality of regulation cannot be achieved without the articulation of public powers at different institutional levels, responsible for adopting and implementing policies also to reduce administrative costs. European integration leads to a huge redistribution of competences between various levels of government: European, national, regional, and local, called upon to cooperate to achieve the objective set by the Better Regulation program.

Coherence of government action can only be achieved through the complementarity of different regulations, intervening at the level where regulatory and market failures can be most effectively addressed. In multilevel governance systems, action by the State alone is not sufficient to solve the problem of excessive regulatory and bureaucratic costs, and the search for solutions at national level would not achieve any significant result, given the pervasive and detailed nature of European legislation in relation to some major matters like environment, procurement, transport, energy. For these reasons, it is necessary to have strong cooperation at every institutional level because, while on the one hand, EU requirements have produced positive results on the orientation of market regulation, favouring competition and guaranteeing high standards of products, environmental protection and public safety, on the other hand, European legislation may require conditions that make the reform of regulation in some

[24] *Ex aliis*, I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in *The Columbia Journal of European Law*, 4, 6, 407 ff. (2009); V. LIPPOLIS, *Gli effetti del processo di integrazione europea sul Parlamento italiano*, in *Rivista AIC*, 2017, 3, 144 ff.; K. BORONSKA-HRYNIEWIECKA, *A new player in the "multi-level parliamentary field". Cooperation and communication of regional parliaments in the post-Lisbon scenario*, in A. J. CORNELL, M. GOLDONI (eds.), *National and regional parliaments in the EU-legislative procedure post-Lisbon: The impact of the early warning mechanism*, Oxford, 2016, 137 ff.

States more complex, increasing the complexity of systems and inhibiting the search for and adoption of alternative regulations.

In Italian legal system, for example, the implementation of regulatory quality policy is increasingly the result of autonomous initiatives by the regions[25]. With the Agreement between the Government, Regions and Local Authorities on simplification and improvement of the quality of regulation of 29 March 2007, several initiatives were envisaged for the different levels of government to improve regulation itself. Subsequently, with law no. 180/2011, the Italian legislator made proposals intended to have an impact on businesses conditional on the use of better of Better Regulation tools. The regions have often paid more attention than the national legislator to the to the application of the principles of quality of legislation, especially with regard to *ex ante* and *ex post* evaluation of regulation[26].

Italy has been the subject of several reviews on the state of Better Regulation by the OECD, the first of which was in 2001, followed by subsequent reports in 2007, 2009 and 2012. The latest document was drafted taking also into account the indications offered by a government representative and representatives of and employers' organisations[27]. This report, although dated, provides a picture of the external perception of our country: it highlighted the need for a regulatory reform, simplification, and cost reduction. The assessment of policies on the quality of standardisation is not entirely positive: in particular, the lack of an adequate communication of the objectives and policies undertaken and the inadequacy of the methods for *ex post* evaluation of the initiatives undertaken are underlined, making a systematic approach based on a performance method impossible. There is a lack of transparency in the regulatory process, and it is recommended that there be greater quality in the work of the regulatory control bodies, but also that consultation mechanisms be strengthened and that there be no parameters enabling

[25] Following the reform of the so called "Title V" of the Italian Constitution by Constitutional law no. 3/2001, many of the most incisive competences at an economic level came under general or residual regional legislative powers: industry, trade, crafts, tourism, and agriculture.

[26] In some cases, including in their statutes the adoption of such instruments, as in the case of Lombardia Region, or by regulating the matter through *ad hoc* regional legislation.

[27] For example, *Cittadinanzattiva, Confartigianato, Confcommercio, Confederazione Nazionale dell'Artigianato e della Piccola e Media Impresa, Confindustria*.

dirittifondamentali.it

external stakeholders to assess policies and consequently provide feedback on the effectiveness of interventions in terms of quality of regulation. The transparency that should be essential in the entire decision-making process is also evaluated negatively. More recently, in February 2015, the OECD has provided an assessment of Italy in overall terms, not just in terms of better regulation. The OECD indicates as a necessary and priority labour market reform that should provide the flexibility needed to innovate, restructure and boost productivity. In addition to labour market reform, it is advisable also a closed markets reform as a means of increasing competitiveness and competition.

4. A brief analysis of the Italian Better Regulation

An accurate definition of what is meant by "simplification" is not as easy as it may seem, mainly for the uncertainty surrounding the meaning and the objectives pursued by the legislator, who often hides sector specific regulations behind simplification measures. To achieve simple and effective regulation, it is necessary to put in place a policy that makes interventions coherent and objectives enduring, using the regulatory instruments that best meet the specific needs underlying public intervention.

At the beginning of the 1990s, the Italian legal system was characterised by a high level of regulatory inflation that undermined the proper functioning of public administrations whose actions were subject to a multitude of procedures. The reform season was thus inaugurated by

by law no. 241/1990 on administrative procedures, introducing significant innovations linked to two main objectives: simplification and transparency. The acceleration of simplification processes was linked to different factors: the push of market globalisation, which brought with it competition between national economies; the need to enforce the rights of individuals; the reduction of costs for public administrations.

dirittifondamentali.it

The first simplification measures essentially concern the administrative respond to the problem of excessive bureaucratisation of public administration. Subsequently, the legislator began to turn its attention to other regulatory sectors, moving from a mainly administrative simplification to a simplification of entire regulation complexes. This is achieved by reducing the number of rules, especially of primary level, but also by reorganisation and codification. It becomes essential to reduce the number of regulations theoretically still in force, eliminate confusing or contradictory regulations and to establish clear rules that are comprehensible to the target, this also through the use of the so called "*Codici di Stile*", which contains the basic principles for drafting clear and comprehensible texts, always with a view to simplifying relations between administrations and users.

The reduction of the stock of regulations, especially in the Italian context, characterised by a high degree of regulatory inflation, was the subject of the annual simplification programme, provided for in law no. 59/1997, which was first implemented by law no. 50/1999. The aim was to give citizens and economic operators a precise and unitary overview of the rules governing every sector of social and economic life, but also to combine procedural simplification with specific measures to recompose the fragmented of regulatory sources[28].

5. Conclusions

Action to improve the quality of regulation is expressed through the establishment of principles and the provision of instruments to change the way the regulator makes his choices. The objective of Better Regulation is precisely that of making a decisive and significant change in the approach to regulation, considering first and foremost its economic impact on citizens and economic operators. The White Paper on Governance shows how regulatory action is a decisive factor for economic

[28] The reorganisation of legislation has led to an innovative choice for our legal system with the creation of an instrument specifically designed for this purpose: the "Mixed Single Texts" ("*Testi unici misti*").

dirittifondamentali.it

development and an instrument capable of restoring confidence in politics[29]. In this perspective, Better Regulation becomes the tool for fostering competitiveness and development by eliminating the regulatory and bureaucratic burdens on businesses and citizens and creating a clear and transparent regulatory framework.

At the international level, the OECD has indicated the lines of action to be followed, suggesting ways to implement, develop and revise regulations. At EU level, Better Regulation has become an integral part of the Lisbon Strategy, based on the assumption that quality regulation is a necessity for keeping the single market competitive, breaking down the barriers that still exist and promoting business development. The objective is achieved by means of an *ex ante* assessment of regulatory hypotheses, which provides a clear picture of the costs and benefits of the intervention, together with consultation of the addressees, which must permeate the entire process of producing regulations[30].

To promote economic development, the improvement of the quality of regulation must also and above all concern small and medium-sized enterprises. The commitment at Community level has focused precisely on the promotion of SMEs, assessing the obstacles that most hinder their growth, tackling the administrative dysfunctions that undermine their capacity to invest and develop, and finally preparing an impact analysis to assess the effects of regulations on small businesses. It is precisely this point that represents the most critical factor in the entire Better Regulation policy, not only at Community but also at national level: the unsatisfactory level of participation, due to multiple factors, including an imprecise and unfocused selection of the parties to be consulted, their mistrust and

[29] This position is reflected in the Mandelkern Report, which sets out the principles for quality regulation: the need for the decision-maker to intervene, the assignment of responsibility for the choice to a specific subject, transparency and participation in the decision. The implementation of these principles requires consideration of the various regulatory options, impact analysis, consultation and simplification, all of which have a direct impact on economic development.

[30] Better Regulation is based on three fundamental pillars: (i) regulatory simplification, which acts on the *acquis Communautaire* by providing a clearer and more streamlined framework for businesses and citizens; (ii) the reduction of administrative burdens; (iii) regulatory impact analysis, which ensures compliance with the principle of proportionality, balancing benefits and costs, transparency and accountability of the decision-maker.

the choice of interlocutors who are not always capable of highlighting technical profiles, undermines the possibility of designing the regulatory framework to meet the needs of the addressees. With the REFIT programme, launched in 2015, the commitment to the quality of regulation has been maintained and strengthened, with the monitoring of entire sectors to assess their degree of efficiency, strengthening impact analysis and consultations that must permeate the entire decision-making process.

The objective of improving the quality of regulation must be shared at all levels of government if it is to bring concrete results for economic and social development, and this is why the Member States must prepare enduring policies that are capable of affecting their own regulation.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 15 gennaio 2022

Balancing fundamental rights: What has the Brazilian Constitutional Court decided on mandatory vaccination?

di
Flávio Luiz Yarshell e Rafael Stefanini Auilo*

Almost one hundred and twenty (120) years ago, when the first mass vaccination campaign in Brazil (against smallpox) took place, the so-called Vaccine Revolt broke out. In mid-1904, the number of people infected with smallpox was growing. This motivated the National Congress to pass a law mandating vaccines against the disease and preventing those not vaccinated from getting work contracts, school enrolments, marriage certificates, travel permits etc. Added to this, people's natural ignorance about the immunizing agent and the Government's truculence, often invading people's homes to give them the vaccine *by force*, led to a great popular uprising and the State to give up making vaccination mandatory.[1] Interestingly, four (4) years later, due to a more violent smallpox epidemic, the population itself ended up spontaneously deciding to vaccinate.

With the spread of the SARS-CoV-2 virus and the ongoing Covid-19 pandemic, the Brazilian Federal Supreme Court (which is the Brazilian Constitutional Court) was

* Full Professor of the University of São Paulo Law School. Lawyer and arbitrator; Ph.D. e MSc degrees from the University of São Paulo Law School. Visiting-professor and visiting-scholar at University of Messina Law School. Lawyer and arbitrator.

[1] *See* https://portal.fiocruz.br/noticia/revolta-da-vacina-2, accessed on 6 December 2021. Also of a historical nature, it is important to recall a judgment that took place in 1905, right after the mentioned Vaccine Revolt, in which the Brazilian Federal Supreme Court (STF) granted *habeas corpus* to a subject so that he would not have his house sanitized by the agents of the Government. The decision, however, did not deal specifically with mandatory vaccination, but with the need for the disinfection order to have been issued by law and not by an act of the Executive Branch. (*see* STF, Full Court, RHC No. 2.244/RJ, reporting Justice Manuel Murtinho, ruled on 31 January 1905, published on Official Journal of Court of 3 February 1905, majority vote).

Contributo sottoposto a referaggio

recently called to rule on a similar theme that led to the Vaccine Revolt: the mandatory vaccination. Although the issue of coercibility of health treatments is not necessarily new or unprecedented – *see* three decisions in the two following paragraphs –, it was the first time that a Brazilian Superior Court, generally and binding on all other Courts and Brazilian judges, decided explicitly on the issue of mandatory vaccination.

To recap decisions dealing with the compulsory medical treatments issue, in a judgment held in 2011, the Superior Court of Justice (STJ), by majority vote, recognized that the parents, Jehovah's Witnesses, are not criminally liable for the death of their daughter because they refused the treatment to be followed indicated by the medical doctors (blood transfusion). In that same judgment, the Court understood that physicians and hospitals shall, in the case of a legally incapacitated patient (in this case, it was an adolescent), proceed with the treatment indicated by science, regardless of the consent of the legal guardians/parents[2].

The Court of Appeals of the State of São Paulo (TJ-SP), on two different occasions, rendered two antagonistic decisions: on the one hand, the Court granted to a hospital the permission to proceed with medical treatment contrary to the religion of the patient (legally capable)[3]; on the other hand, it decided that it was impossible to impose medical treatment not accepted by the patient (again legally capable)[4].

Turning to the object of this article, by the enactment of a federal law determining mandatory vaccination against Covid-19, the Brazilian Federal Supreme Court was asked to rule on its constitutionality[5] – sure of the existence of those who by religion, philosophy, ignorance, or denialism are against vaccines. At the same

[2] *See* STJ, 6th Panel, HC No. 268.459/SP, reporting Justice Maria Thereza de Assis Moura, ruled on 2 September 2011, published on Official Journal of Court of 28 October 2014, majority vote.

[3] *See* TJ-SP, 3rd Chamber of Public Law, Appeal No. 1003243-34.2018.8.26.0347, reporting Judge Marrey Uint, ruled on 20 August 2019, published on Official Journal of Court of 9 March 2020, majority vote.

[4] *See* TJ-SP, 3rd Chamber of Private Law., Appeal No. 1104890-13.2013.8.26.0100, reporting Judge Viviani Nicolau, ruled on 16.6.2005, published on Official Journal of Court of 17 June 2005, majority vote.

[5] *See* STF, Full Court, ADI No. 6.586/DF and ADI n. 6.587/DF, reporting Justice Ricardo Lewandowski, ruled on 17 December 2020, published on Official Journal of Court of 7 April 2021, majority vote.

time, an appeal had also reached the Court in which a similar issue was discussed: the possibility of compelling parents to vaccinate their children with the vaccines included in the Brazilian National Vaccination Program (PNI[6])[7]. Due to the relevance, urgency and intersection of the themes, the cases were ruled together.

As for the judgment of constitutionality of mandating vaccination, two main currents were opposed. On the one hand, those who understood that the decision to take the vaccine is individual freedom argued the unconstitutionality of the law and the illegality of compulsorily imposing the vaccination (even against Covid-19). On the other hand, those who understood that the pandemic (or any epidemic disease) is a public issue and that the collective should override the individual advocated the constitutionality of the law and the mandatory nature of vaccination.

The Brazilian Federal Supreme Court ruled that the law is constitutional. Still, it should be interpreted under the Brazilian Federal Constitution, following specific and strict requirements to make vaccination "mandatory". Balancing fundamental rights, the Court ruled the following.

First, despite considering the vaccination essential and mandatory, the Court granted the right of any legally capable person to refuse the immunization (*i.e.*, prohibition of vaccination by force). In addition, the State's decision to institute compulsory vaccination shall be based on scientific criteria and relevant strategic analyses, with wide dissemination of information on the efficacy, safety, and contraindications of the vaccine. Furthermore, the obligation can only concern immunization agents distributed universally and free of charge by the State.

Second, mandatory vaccination can only be imposed through indirect, reasonable, and proportionate measures (e.g., restriction on the exercise of activities or attendance to certain places), respecting human dignity and civil liberties. The obligation "cannot contemplate any invasive, distressing or coercive measures, as a

[6] The PNI was created on 18 September 1973 and is a world reference government program of universal access to vaccination. It has included or includes, among others, vaccines against yellow fever, polio, measles, tetanus, tuberculosis, diphtheria, whooping cough, influenza and rubella (*see* https://www.gov.br/saude/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/programa-nacional-de-imunizacoes-vacinacao, accessed on 7 December 2021).

[7] *See* STF, Full Court, ARE No. 1.267.879/SP, reporting Justice Luis Roberto Barroso, ruled on 17.12.2020, published on Official Journal of Court of 7 April 2021, unanimous vote.

direct result of the right to intangibility, inviolability and integrity of the human body, as well as other constitutional guarantees". It is "flagrantly unconstitutional any legal, regulatory or administrative determination implementing forced vaccination of people without their express consent". Therefore, vaccination may "be required as a condition for the practice of certain acts, such as the enrolment of a child in a school, public or private, or as a condition for the perception of benefits (...) or it also allows them to be applied the penalties in case of non-compliance", said the reporting Justice Ricardo Lewandowski.

Third, mandatory vaccination and indirect measures shall be imposed by law (and not by mere action of the Executive Branch, unless the law so authorizes), and it cannot be mandatory to those people who for health condition cannot be vaccinated (*i.e.*, indirect measures do not apply to such people in case of non-vaccination).

Fourth, indirect measures can be instituted by all federative members (Union, States, Federal District and Municipalities), provided that their respective power to legislate is respected.

There is no doubt that vaccination refusal cannot be admitted as an acceptable externality. Therefore, while it is recognized that there can be no forced vaccination, it is also accepted that refusal may lead to indirect measures restricting the exercise of certain activities or the frequency of certain places. These measures should encourage immunization but cannot cross the barrier of civil liberties. As is well known, non-democratic regimes – of different tendencies and political spectrums – have already invoked the motto of the prevalence of the collective as an instrument of subjugation; the Rule of Law does not accept this sort of "concept".

In constitutional terms, the decision of the Brazilian Federal Supreme Court is reasonable and proportional, balancing civil liberties and collective interest without violating the fundamental rights of the Rule of Law.

dirittifondamentali.it

The decision of the Brazilian Supreme Court follows a similar understanding adopted by the Supreme Court of the United States in *Jacobson v. Massachusetts*[8] and *Zucht v. King*[9], ruled in the first half of the 20th century. Also, recently, the European Court of Human Rights, ruling *Vavřička and Others v. the Czech Republic*[10], has decided accordingly.

As for the ruling of the appeal involving the possibility of forcing parents to vaccinate their children, two main currents were also opposed: on the one hand, those who understood that the State cannot interfere in family affairs and that the decision to vaccinate a child is civil liberty and a right of parents to raise their children following what they believe; on the other hand, those who argued that it is a public health issue, involves the health and life of a person who is not legally capable and is a constitutional duty of the State and society to take care of legally incapable people.

Balancing constitutional rights of equal relevance, the Brazilian Supreme Court ruled that vaccination[11] is mandatory in the case of legally incapable people, especially children and adolescents. Balancing constitutional rights, the Brazilian Federal Supreme Court has concluded that the compulsory vaccination of a legally incapable person does not violate the freedom of conscience or philosophical conviction of the parents or guardians, nor the parental authority. It must be distinguished "the choices that someone makes for themselves and the choices that someone makes as someone else's guardian (…) when adults make choices for themselves, under certain circumstances, it is possible to give precedence to individual autonomy as an expression of their civil liberty, as long as this does not illegitimately affect the rights of third parties", said the reporting Justice, Luis Roberto Barroso.

The Brazilian Supreme Court dismissed the appeal, upholding the decision rendered by the Court of Appeals of the State of São Paulo, which determined the

[8] *See* Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905).
[9] *See* Zucht v. King, 260 U.S. 174 (1922).
[10] *See* Vavřička and Others v. the Czech Republic (2021).
[11] Vaccines distributed by the public health system.

"regularization of the mandatory vaccination of the child (...), under penalty of limited suspension of parental authority (…) [and] search and seizure"[12] of the child.

As for this second judgment, unlike the mandatory vaccination through indirect measures, the Brazilian Federal Supreme Court concluded that a legally incapable person could be vaccinated by force, regardless of the will of their legal guardians. The Court understood that the obligation is not imposed against the person's will – the will of a legally incapable person is not endowed with any legal effect under Brazilian law –, but against the conscience or philosophy of the person's parents or guardian. The Court balanced the freedom of conscience of legal guardians and the legally incapable person's right to health, ruling for the second.

Although the potential risks arising from the second decision are as severe or more severe when compared to the decision of the first case judged by the Brazilian Federal Supreme Court, Brazilian Law oblige the State and the society to protect the health of those who cannot legally make their own decisions (especially children and adolescents). In addition, unlike what was decided on the possibility of making choices concerning the person himself, in this second case, the decision of taking vaccine interferes with the life and health of a third person, legally incapable. Considering both premises, one can conclude that the second decision is as reasonable and proportional as the first one, despite the risks arising from its abusive utilization in the future.

There is no certainty about what restrictions can be imposed, nor what will be the exact limits of mandatory vaccination of legally incapable people – and who can legally impose so –; and it is not clear to what extent the cost of refusal, especially in the Brazilian reality, should, even partially, be considered of social responsibility (obviously not at the price of contaminating other people). These are problems for which not even the good antidotes of broad information, respect for human dignity, fundamental rights, civil liberties, reasonableness, and proportionality can

[12] *See* TJ-SP, Special Chamber, Appeal No. 1003284-83.2017.8.26.0428, reporting Judge Fernando Torres Garcia, ruled on 11 July 2017, unanimous vote.

dirittifondamentali.it

be enough. Only future cases brought with the Brazilian Courts – including the Supreme Court – will be able to say about the adherence of their decisions to the Brazilian Federal Constitution[13].

One of those most important cases is to be decided by the Brazilian Supreme Court. Its judgment began on 15 December 2021 and is expected to be concluded on 17 February 2022. Deciding on the implementation of proof of vaccines (vaccine passport or Covid pass) by visitors coming from other countries to Brazil, the majority of the Supreme Court Justices[14] endorsed the precautionary measure that had been partially granted by the reporting Justice Luis Roberto Barroso.[15] However, the judgment was suspended after Justice Nunes Marques had requested that the case be ruled in an in-person trial – the case was originally designated to be ruled in a virtual trial, and the Justices could change their opinion until the judgment is reached concluded.

In this case, a political party defied the purported Federal Government's failure to adopt all measures recommended by the National Health Surveillance Agency (Anvisa) to prevent the entry of people from other countries without proving their vaccination or, at least, their non-contamination. Indeed, the Federal Government issued an executive order partially adopting the recommendation.

In its defence, the Federal Government reasoned that the Court could not intervene in the decision within its competence, based on a political judgment of convenience and opportunity. The Federal Government also claimed that any decision would violate the constitutional principle of separation of powers.

Despite the relevant reasons presented by the Federal Government – and their merits are not to be confused on how the pandemic has been conducted at the

[13] For instance, the Brazilian Supreme Court will rule whether employers can dismiss employees who refuse to be vaccinated, *i.e.*, whether this would be a constitutional, proportional, and reasonable measure (*See* ADPFs No. 898, 900, 901 e 905, under the report of Justice Luis Roberto Barroso).

[14] They are Justice Luiz Fux, Justice Rosa Weber, Justice Ricardo Lewandowski, Justice Cámen Lúcia, Justice Dias Toffoli, Justice Luis Roberto Barroso, Justice Edson Fachin and Justice Alexandre de Moraes.

[15] *See* STF, Full Court, ADPF n. 913 MC-Ref, reporting Justice Luis Roberto Barroso, ruled on 16 December 2021.

federal level –, the current majority of the Supreme Court Justices voted to endorse the single decision issued by the reporting Justice Luis Roberto Barroso. According to them, "the decision does not involve a judgment on the political preferences of the Judiciary Branch, but rather an assessment of the compatibility of the measures adopted by the Executive Branch with respect for such rights".

Giving "constitutional interpretation" to the executive order issued by the Federal Government, the Justices who have already voted concluded that: (a) people not domiciled in Brazil could only enter the country upon proof of vaccination, except in cases of people who for medical reasons cannot be immunized, who come from places where vaccines are not available or, for some humanitarian reason, who have entered the country before being vaccinated; (b) people domiciled in Brazil may return to the country upon proof of vaccination or quarantine, which only ends after a negative Covid-19 test.

From the perspective of safeguarding the health and inducing vaccination, the decision is adequate and should be applauded. However, with all due respect, by prevailing the votes already issued by the Justices, one can understand that the Brazilian Supreme Court crossed the boundaries of its own jurisdiction and violated the principle of separation of powers.

Regardless of whether the Federal Government's decisions are questionable – to say the least –, by establishing different and even stricter criteria for the entry of people which had not been adopted by the Federal Executive Branch, the Judiciary Branch could create a dangerous exception. The Brazilian Federal Constitution defines the competence of each of the three Branches of the State, deferring to the Executive the power to adopt public policies, which understands to be the right ones. Regardless of whether one supports the current Federal Government, it was democratically elected, which shall be respected. Criticism and objections must be made through freedom of speech and, when applicable, through the exercise of voting, not by replacing the decisions of the Federal Government with the decisions of the Judiciary Branch just because the former does not adopt the measure which the Justices thought was the right one. Indeed, this is not a case in

which the Federal Government crossed the limits of its discretion; only in cases like that, the Judiciary Branch could control the political decision rendered by the Executive Branch.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 17 gennaio 2022

La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne: giustizia riparativa ed esigenze di accertamento "alla prova" della carta costituzionale

di
Luca Forte*

Sommario: 1. Necessarie premesse di sistema: le origini della *probation* e le peculiarità dell'istituto nel procedimento per imputati maggiorenni. 2. *Restorative justice* e messa alla prova tra elementi caratterizzanti e criticità costituzionali 3. La privatizzazione normativa tra convenzioni e protocolli istituzionali. 4. L'estensione della messa alla prova nei confronti degli enti responsabili ex D.lgs 231/2001: lo stato dell'arte. 5. La messa alla prova… alla prova della riforma del processo penale: prospettive de iure condendo ed estensioni applicative

1. Necessarie premesse di sistema: le origini della *probation* e le peculiarità dell'istituto nel procedimento per imputati maggiorenni.

L'istituto della sospensione con messa alla prova costituisce ormai una costante applicativa e di studio tra gli operatori del diritto, coinvolgendo non solo la sede naturale dello svolgimento del procedimento penale, ma anche le istituzioni periferiche di supporto, quali ad esempio gli uffici di esecuzione penale esterna e gli enti che, loro tramite, hanno stipulato con il Tribunale una convenzione per lo svolgimento della prova. Ciò posto, l'istituto, di derivazione anglosassone, ha subìto successivamente alla sua introduzione nell'ambito del procedimento nei confronti di soggetti maggiorenni, una serie di perfezionamenti applicativi, che

* *Dottore di ricerca in diritto processuale penale presso l'Università telematica "Niccolò Cusano" - Roma.*

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

hanno incentivato una sempre più massiccia applicazione, stante anche l'effetto premiale da esso derivante, consistente nella estinzione del reato inizialmente contestato. Le peculiarità dell'istituto non si arrestano sotto un profilo squisitamente sostanziale, legato all'appena riferita estinzione del reato, ma si allarga altresì ad un'intrinseca dimensione processuale, che apre lo scenario ad un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice, appunto, decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del rito penale, con messa alla prova[1].

Ma si proceda per gradi. Con la l. 28 aprile 2014, n. 67, il legislatore italiano, incalzato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo attraverso la sentenza Torreggiani[2] e incoraggiato ad adottare misure normative e riforme strutturali idonee ad affrontare efficacemente la questione del sovraffollamento carcerario ha,

[1] C. cost., 7 ottobre 2015, n. 240, in *Cass. pen*., 2016, p. 1482 ss., con nota di J. DELLA TORRE, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*; C. cost., 5 giugno 2018, n. 141. Si veda anche C. cost., 7 novembre 2018, n. 231, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2018, con nota di D. ALBANESE, *Costituzionalmente illegittima la menzione dei provvedimenti sulla messa alla prova nei certificati del casellario richiesti dall'interessato*, ibidem, 19 dicembre 2018.

[2] Si veda sul punto, C. edu, sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, disponibile sul sito del Ministero della Giustizia, che ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 della CEDU per le condizioni di detenzione determinate da sovraffollamento carcerario. Inoltre, si veda anche Corte Edu, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, ric. n. 22635/03. Il ricorrente era stato detenuto nel 2003 presso la casa di reclusione di Rebibbia, a Roma, dividendo con altre cinque persone una cella di 16,20 metri quadrati, avendo, quindi a disposizione una superficie di soli 2,70 metri quadrati. Poi lo stesso è stato assegnato ad un'altra cella ospitante quattro persone, per un totale di 3,40 metri quadrati a persona. Nel caso di specie il nostro Paese è stato condannato per violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi CEDU), tale disposizione è così formulata: " Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti". A giudizio della Corte la flagrante mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto è di per sé costitutiva di un trattamento inumano e degradante. Nella stessa sentenza il giudice europeo si impegna a descrivere la vitale importanza della norma in parola: ricorda anzitutto che la stessa trova la sua ratio principale nell'esigenza di proteggere il principio essenziale della dignità di ogni essere umano. Il divieto ha pertanto natura fondamentale, assoluta e inderogabile, ciò significa che esso non può subire alcuna eccezione che ne diminuisca la portata precettiva, è esclusa, inoltre, la possibilità di operare un qualsiasi bilanciamento tra i valori tutelati dall'art. 3 e altri valori od obiettivi generali, pur meritevoli di tutela, da parte degli Stati contraenti. Tale proibizione costituisce, infatti, uno dei traguardi principali della civiltà giuridica contemporanea. Si veda inoltre Corte Edu, 15 luglio 2002, Kalachnikov c. Russia, ric. n. 47095/99, nella quale è stato stabilito che "benché non vi fosse indizione della presenza di una precisa intenzione di umiliare o di degradare il ricorrente, le sue condizioni di detenzione, in particolare l'ambiente sovraffollato e insano e gli effetti nocivi di questo sulla sua salute e sul suo benessere, combinati con lunghezza del periodo durante il quale egli è stato detenuto in tali condizioni, equivaleva a trattamento degradante".

dopo lunghe resistenze, introdotto nel rito degli adulti l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, mutuandolo, pur con significative interpolazioni, dal procedimento penale minorile[3].

Nata essenzialmente per contrastare l'annoso problema della sovrappopolazione carceraria, la messa alla prova ha nondimeno guadagnato attenzione quale novità di spicco tra le "*episodiche ma significative aperture verso l'idea della riparazione*"[4]: l'istituto ha infatti rappresentato un *cluster* di recepimento di istanze politico-criminali stratificate, che lo hanno voluto funzionale non solo alla *deflazione* e alla *diversion* del soggetto sottoposto alla prova, ma anche alla *risocializzazione* del medesimo e al potenziale espletamento di percorsi di mediazione con la persona offesa.

Le sostanziali differenze tra i due modelli di messa alla prova, per adulti e per minorenni, riguardano anzitutto l'ambito di applicabilità, essendo la messa alla prova minorile possibile per qualunque reato, a differenza di quanto accade nel rito degli adulti; inoltre, la durata massima della prova è fissata fino a due anni per gli adulti, e fino a tre anni per i minori; il consenso del soggetto che si sottopone alla prova è *condicio sine qua non* nel rito degli adulti, mentre non è formalmente richiesta, in quello dei minori; la possibilità di reiterare l'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova, concessa nel rito minorile, è invece preclusa in quello degli adulti; la prognosi di non recidiva del soggetto sottoposto alla prova, da effettuarsi nel solo rito degli adulti al fine di valutare l'ammissibilità della richiesta; il maggior margine di trasgressione al programma di messa alla prova concesso ai minori, i quali si vedranno revocare il provvedimento di sospensione

[3] L'introduzione nel procedimento penale nei confronti degli adulti dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova già previsto all'interno del rito minorile ha fatto la sua prima comparsa nel 2002, con la proposta di legge n. 3452. L'introduzione è stata riproposta senza successo: nel 2006, con la proposta di legge n. 916; nel 2007 con il disegno di legge n. 2664; nel 2008, con la proposta di legge n. 879; nel 2010 con il disegno di legge n. 3291; nel 2012 con il disegno di legge n. 5019 ed infine nel 2013 con il disegno di legge 5019-*bis* – che, non trasformato in legge per lo scioglimento anticipato del Parlamento, è stato trasfuso nel progetto n. 331 da cui la l. 67/2014 trae origine.

[4] Così, *La messa alla prova per adulti: riscontri applicativi*, *Un'indagine empirica sulla prassi della messa alla prova nel Tribunale di Como* di Grazia Mannozzi, Viola Molteni, Francesca Civiello, in Sistemapenale.it.

solo in caso di ripetute e gravi trasgressioni alle prescrizioni imposte, non opera invece nei confronti degli adulti, che incorreranno in tale esito, *ex* art. 168-*quater* c.p., in caso di reiterata o grave trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte o di rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità, ovvero in caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo o di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede; da ultimo, ma non per importanza, la possibilità, di evidente natura deflattiva, di richiedere la messa alla prova sin dalla fase delle indagini preliminari, prevista nel solo rito degli adulti ai sensi dell'art. 464 ter c.p.p.

La messa alla prova per adulti, allora, come può evincersi dalle differenze di sistema appena sollecitate, si inserisce in un contesto in cui «la responsabilità non è più un presupposto della condanna, ma diventa dinamica, proiettata alla realizzazione di una condotta post delictum»[5], per ridurre «l'eccessivo numero di procedimenti, che sfociano spesso nella celebrazione di processi sproporzionatamente dispendiosi in termini di tempo e risorse impegnate rispetto alle esigenze di retribuzione e difesa sociale rilevanti nel caso concreto»[6]. Il dato incontrovertibile da cui partire è certamente l'osservazione che la messa alla prova non può prescindere da una valutazione sul merito del fatto del reato contestato. Non fosse altro che la legge richiama i parametri di cui all'art. 133 c.p. per la valutazione di idoneità del programma di trattamento, una decisione, dunque, che non può tralasciare l'analisi del caso concreto.

È proprio dal dato testuale della disciplina che deriva la necessità di una disamina attenta e puntuale del fatto storico; una valutazione ancorata pertanto ad una conoscenza non approssimativa, sebbene sintetica e 'circoscritta'. Ulteriore indicatore è costituito dalla previsione normativa della verifica da parte del giudice dell'assenza dei presupposti per l'emanazione di una sentenza ex art. 129 c.p.p., al

[5] In questi termini PALIERO, La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia, in Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo. Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale tenutosi ad Urbino, 23-24 settembre 2005, Milano, 2007, 113.

[6] Così FIORENTIN, Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa, in Guida al dir., 2014, n. 21, 63.

fine di emanare un'ordinanza di messa alla prova. Se infatti la legge attribuisce al giudice tale potere di accertamento, potendo la domanda di sospensione essere accolta sempre che non risulti una delle cause di proscioglimento, non si comprende come possa il giudice ottemperare agli obblighi legislativi, nei casi in cui la domanda sia presentata in dibattimento, dovendo fondare il suo accertamento solamente sui pochi atti di cui si compone lo scarno fascicolo per il dibattimento[7].

D'altronde, gli atti del fascicolo del pubblico ministero sono sottratti alla cognizione del giudice dibattimentale per la celebrazione del processo, ma nella probation non si deve procedere al dibattimento, non c'è pertanto ragione di impedirne la conoscenza quando ciò è necessario al solo fine della decisione di tale richiesta. In questa prospettiva, l'accertamento del fatto e della responsabilità, seppur in negativo, si riduce in una sostanziale finzione[8], in violazione degli obblighi espressamente previsti dalle disposizioni della probation stessa.

La richiesta di esibizione del fascicolo è, infatti, sicuramente «strumentale all'esercizio dei poteri di accertamento ex actis, che trovano fondamento nell'articolo 129 c.p.p. e se questo è richiamato come snodo essenziale sia nel patteggiamento che nella messa alla prova»[9], allora un'applicazione estensiva[10] della disposizione di cui all'art. 135 disp. att. c.p.p.[11], idea prospettata dalla

[7] In tal senso anche la giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass, Sez. III, 20 giugno 2016, n. 14750, Ge- nocchi, in Mass. Uff., n. 266387.

[8] Cfr. MAFFEO, I profili processuali della sospensione con messa alla prova, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, cit., 140

[9] Così MAFFEO, La costituzionalità della messa alla prova. Tra vecchi modelli premiali e nuovi orizzonti sistematici, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, *n.* 2, Giuffrè, *p.* 953

[10] la Consulta che non si tratta del primo esperimento di estensione della norma, poiché analoga operazione si è fatta per il caso della domanda di giudizio abbreviato, così come nei casi di richiesta di un procedimento speciale a seguito di citazione diretta. Del resto la stessa sospensione con messa alla prova è, a sua volta, un rito speciale, o comunque alternativo al rito ordinario. Per un approfondimento sul punto, volendo, cfr. Cass., Sez un., 27 ottobre 2004, n. 44711, Wajib, in Cass. pen., 2005, 358, con nota di SPAGNOLO, Note minime in tema di giudizio abbreviato condizionato: prova necessaria, legalità della pena, oneri dell'imputato; Cass., Sez un., 27 ottobre 2004, n. 44711, Wajib in Corriere mer., 2005, 95, con nota di LEO, Giudizio abbreviato e poteri del giudice del dibat- timento; Corte cost., n. 169 del 2003.

[11] «il giudice, per decidere sulla richiesta di applicazione della pena rinnovata prima della dichiarazione di apertura del dibattimen- to di primo grado, ordina l'esibizione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Se la richiesta è accolta, gli atti esibiti vengono

Consulta, ma in realtà già individuata dalla dottrina[12], è sicuramente consentita. E però, se l'intento di eliminare tale incongruenza normativa è senz'altro apprezzabile, è ineccepibile l'osservazione che la similitudine dei due istituti è oltremodo circoscritta (i medesimi poteri di accertamento di entrambi i procedimenti) perché il ricorso allo stesso articolo è per finalità contrapposte: nel patteggiamento per prevenire ad una sentenza espressamente equiparata alla condanna (art. 445 c.p.p), mentre nella probation per condurre ad una sen- tenza di non doversi procedere per estinzione del reato, laddove l'esito della prova sarà stato positivo.

Non a caso, l'assoggettamento volontario conferisce alla messa alla prova l'essenza di modulo «patteggiato»[13], dove il richiedente, da un lato, accetta un «training rieducativo anticipato»[14], basato su un accertamento sommario della

responsabilità, ottenendo, in cambio, dall'altro, la declaratoria di estinzione del reato. A ben vedere poi, qualora l'esito della prova sia stato negativo, con conseguente revoca della sospensione e ripresa del processo innanzi al medesimo giudice, viene in rilievo un concreto profilo di incompatibilità[15].

---

inseriti nel fascicolo per il dibattimento; altrimenti gli atti sono immediatamente restituiti al pubblico ministero».

[12] Ricostruzione avanzata già da MAFFEO, I profili processuali della sospensione con messa alla prova, cit., 142. Di questo avviso anche CORTESE, Il probation giudiziale: la sospensione del procedimento con messa alla prova, in Procedura penale. Teoria e pratica del diritto, a cura di Spangher, Marandola- Garuti, Kalb, 2015, 446.

[13] Così CESARI, Trasferire la messa alla prova nel processo penale per adulti: condizioni e limiti di una riforma possibile, in Esperienze di probation in Italia ed in Europa, a cura I. Mastropasqua-S. Morde- glia, Padova, 2015, 155.

[14] In questi termini MAFFEO, La costituzionalità della messa alla prova. Tra vecchi modelli premiali e nuovi orizzonti sistematici, ibidem

[15] In precedenza erano state sollevate due questioni di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 34, comma 2, c.p.p. Con la sentenza n. 18 del 2017 la Corte dichiara l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che, avendo ravvisato, nel corso della stessa udienza preliminare, un fatto diverso da quello contestato, abbia invitato il Pubblico Ministero a procedere, nei confronti dello stesso imputato e per il medesimo fatto storico, alla modifica dell'imputazione, invito cui il Pubblico Ministero abbia aderito». Viceversa, con l'ordinanza n. 19 del 2017, invece, dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale del mede- simo art. 34, comma 2, c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice del dibattimento, o del giudizio abbreviato, del giudice che abbia respinto la richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento con messa alla prova sulla base dei parametri di cui all'art. 133

La previsione di tali cause trova giustificazione nell'opportunità di assicurare l'imparzialità del giudice, che risulterà compromessa dal fatto che egli sia chiamato a compiere in tempi diversi, una valutazione di merito, benchè la prima assai stringata, sullo stesso oggetto, con la conseguenza che la seconda valutazione potrebbe essere, o apparire, condizionata dalla propensione a confermare una propria precedente decisione.

2. *Restorative justice* e messa alla prova tra elementi caratterizzanti e criticità costituzionali

È del tutto evidente e noto, come con l'anglicismo Restorative Justice, ormai dominante nel dibattito internazionale, si intende descrivere un fenomeno complesso, crocevia di molteplici orientamenti culturali e oggetto di un notevole dibattito scientifico interdisciplinare. Da un punto di vista molto generale, la Restorative Justice rappresenta un ideale di gestione dei conflitti, in tutte le loro forme e dimensioni - anche e soprattutto extrapenali[16] - che si pone come alternativo alle modalità tradizionali, autoritative e punitive, di risoluzione degli stessi. La Restorative Justice, infatti, si articola attraverso strutture dialogiche tra le parti coinvolte nel conflitto, finalizzate alla riparazione dello stesso, qualunque forma assuma in concreto tale riparazione.

Come è noto, il conflitto e la sua gestione rappresentano degli elementi imprescindibili di ogni cultura o civiltà, che, «intesa nel suo ampio senso etnografico, è quell'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume, e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo in quanto membro di una società»[17]. All'interno dei modelli di

del codi- ce penale». Per una nota redazionale cfr. ANDOLFATTO, Profili di incompatibilità del giudice al vaglio della Consulta: questioni in tema di udienza preliminare e di messa alla prova, in Dir. pen. cont., n. 3, 2017, 289.

[16] BRAITHWAITE J., Principles of Restorative Justice, in Restorative Justice& Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?, Von Hirsch A. - Roberts J. -Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 1 ss.

[17] La citazione di Edward Tylor è ripresa da BASILE F., Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali, Milano, 2010, 17 ss.

comportamento che i membri del gruppo culturale acquisiscono e trasmettono mediante simboli tradizionali, particolarmente radicati nelle famiglie, nelle scuole, nelle comunità religiose, si riscontrano ideali sia di matrice punitiva che di ispirazione riparativa. D'altronde, è stato diffusamente sottolineato come il concetto di giustizia sia un prodotto culturale attraverso cui un determinato gruppo sociale cerca coesione e identità[18].

Manifestazioni riconducibili al concetto di Restorative Justice si rintracciano nelle culture di antiche civiltà, non da ultimo in quella greca e cristiano – giudaica[19]. Tali culture talvolta contemplavano un approccio riparativo anche per reati efferati come l'omicidio[20]. Per le comunità semplici, infatti, l'esclusione di alcuni membri dal consesso sociale, in seguito ai processi di stigmatizzazione connessi alla punizione del comportamento delittuoso tenuto dagli stessi, spesso produceva un danno diretto nei confronti dell'intero gruppo sociale, la cui sopravvivenza era fondata su una necessaria cooperazione ed un mutuo soccorso tra i suoi componenti[21].

Ciò, al netto di letture idealizzanti - giacché l'elemento retributivo, sub specie di vendetta, era altrettanto presente nelle civiltà antiche[22] e spesso intrecciato

[18] LODIGIANI G. A., Alla scoperta della giustizia riparativa. Un'indagine multidisciplinare, in Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone, G. Mannozzi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 13 ss.

[19] MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi, Torino, 2017, 11. Cfr. WIESNET E., Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita, 1980, trad. it. a cura di L. Eusebi, Milano, 1987 per la valorizzazione di un concetto di giustizia intesa come riconciliazione (tsedāqāh) presente già nelle Sacre Scritture; LODIGIANI G. A., La prospettiva del rendere giustizia nel canone scritturistico ebraico - cristiano, in Themis - Rivista giuridica, 3, 2011, 9, 41 ss.; per riferimenti a procedure riconciliative di risoluzione dei conflitti (rīb) nell'Antico Testamento cfr. MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., ult. op. cit., 50 ss.

[20] VAN NESS D., Crime and Its Victims: What We Can Do, Leicester, 1986, 64; BRAITHWAITE J., Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts, in Crime and Justice, 1999, 25, 1 ss.; COLAMUSSI M. - MESTITZ A., voce Restorative Justice (Giustizia riparativa), in Dig. Disc. Pen., Agg. V, Torino, 2010, 423 ss.

[21] WALGRAVE L., Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice, in Washington University Journal of Law and Policy, 36, 2011, 94; COLAMUSSI M. - MESTITZ A., op. cit., 423 ss.; BOTTOMS A., Some sociological reflections on Restorative Justice, in Restorative Justice& Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?, Von Hirsch A. - Roberts J. -Bottoms A. E. - Roach K. -Schiff M. (a cura di), Oxford and Portland, 2003, 79 ss. collega la Restorative Justice alle istanze tipiche di un sistema Gemeinschaft.

[22] Cfr. BODEL R., Tragedia e conflitto. I dilemmi dell'agire, in AA.VV., Metamorfosi del tragico tra classico e moderno, Bari, 1991, 41 ss. per un'analisi del tema nell'antica Grecia attraverso la

indissolubilmente con l'aspetto riparativo - permette di affermare che la Restorative Justice non è affatto un fenomeno recente ma anzi, secondo alcuni autori, essa costituirebbe addirittura un modello predominante nella storia dell'umanità, quanto meno come latente ratio essendi di taluni specifici fenomeni culturali.

Nel periodo medievale pratiche non autoritative di risoluzione dei conflitti, lato sensu annoverabili in un genus descrittivamente qualificabile come Restorative Justice, erano ben diffuse soprattutto nell'esperienza germanica, in cui la cosiddetta "giustizia penale negoziata"[23] rappresentava una modalità socialmente riconosciuta di risolvere i conflitti e di ristabilire gli equilibri violati, attraverso accordi intercorsi tra la vittima ed il reo.

Diverso, naturalmente, è l'approccio dei nostri tempi. L'apparato normativo e sistematico che caratterizza l'istituto della messa alla prova, sembra pensato per rappresentare, più che uno strumento di condanna, una vera e propria occasione per il soggetto passivo dell'accertamento di riassorbire il disvalore della propria condotta. Da ciò discende che pur implicando "limitazioni" in termini di libertà personale, gli obblighi assunti non potrebbero qualificarsi come sanzionatori, ma tuttalpiù afflittivi. Se l'afflittività è, effettivamente, carattere imprescindibile della pena (dal latino *poena* "castigo, molestia, sofferenza" e dal greco ποινή "ammenda, castigo"), non sempre vale la relazione contraria: non si può cioè parlare di pena ogni qual volta vi sia sofferenza. Ai fini classificatori, si dovrà considerare lo scopo di tale, anche possibile, sofferenza, cosicché non potrà dirsi sanzionatoria una misura che, per quanto afflittiva, non miri alla punizione del colpevole ma alla soluzione del conflitto sociale[24].

---

letture della tragediografia; cfr., altresì, MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., ult. op. cit., 48 - 56 ss.; BARTOLI R., Il diritto penale tra vendetta e riparazione, in Riv. it. dir. proc. pen., 1, 2016, 96 ss.

[23] SBRICCOLI M., Giustizia criminale, in Storia del diritto penale e della giustizia in Europa, I, 2009, 4.

[24] Sul punto, si cfr. Saporito M.C., La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale: un faticoso percorso verso l'allineamento costituzionale, in Processo penale e giustizia, n. 5/2019, pagg. 1331-1345.

Nella giurisprudenza della Corte EDU, è ormai consolidata una nozione sostanziale di "pena", fondata, più che sul *nomen juris* della sanzione, su caratteri intrinseci così individuati: qualificazione giuridica dell'illecito, natura dello stesso, natura e grado di severità della sanzione. Con riferimento alla messa alla prova, l'analisi dei primi due criteri conduce a esiti scontati (dato lo stesso ricorrere di un procedimento penale), mentre considerazioni più interessanti suscita il tema della gravità e natura della sanzione. Se la gravità della misura, in termini di ripercussioni sulla sfera giuridica del soggetto, è innegabile, la definizione della natura impone una certa prudenza. Si è sostenuto che, considerato lo scopo (anche) special-preventivo e general-preventivo perseguito dal legislatore del 2014, la misura avrebbe, in concreto, natura penale[25]. La deduzione pare frettolosa: da tempo all'ideale classico del "codice-decalogo", espressione dell'indefettibile binomio reato-sanzione, va sostituendosi un modello di legge "come programma di politica criminale"[26], nel quale trovano titolo modalità differenziate di risposta all'illecito che, anche a discapito della perfetta retribuzione, aspirano alle medesime funzioni preventive assegnate costituzionalmente alla pena[27]. In una prospettiva più attuale, dunque, l'esistenza di un progetto di prevenzione non necessariamente implica che lo Stato voglia intervenire in chiave sanzionatoria, ben potendo optare per una prevenzione "di segno positivo", fondata sulla promozione dell'incontro tra reo e comunità.

Escludere la natura sanzionatoria dell'istituto non vuol dire affrancarne i contenuti dalle garanzie costituzionali che regolano ogni forma di risposta statale all'illecito. Anzi, si può affermare che la messa alla prova rappresenti un valido banco di

[25] Così, in senso critico, in relazione alla sentenza della Corte Costituzionale n. 91/2018 da R. Muzzica, *La Consulta "salva" la messa alla prova: l'onere di una interpretazione convenzionalmente orientata per il giudice nazionale*, in *Dir. pen. cont., Rivista trimestrale,* 2018, 6, p. 173 ss.

[26] M. Donini, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente* in *Studi in onore di Franco Coppi,* Torino, Giappi- chelli, p. 902 e ss.

[27] In considerazione della natura polifunzionale della pena, come ha avuto modo di chiarire il Giudice delle leggi in Corte cost., sent. 306/1993 in *www.giurcost.org*, «non può stabilirsi a priori una gerarchia statica e assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione» tra le diverse funzioni, per cui «il legislatore può – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere di volta in volta l'una o l'altra a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata».

prova per l'attuazione del paradigma riparativo all'interno di un contesto di giustizia formale: proprio per mezzo di quei congegni a lungo criticati, infatti, si recepisce l'*input* a considerare la reintegrazione dell'offesa quale obiettivo (com)primario del diritto penale, al contempo, però, salvaguardando i principi cardine di quest'ultimo.

Intanto, la scelta di meccanismi riparativi "istituzionalizzati" scongiura ogni rischio di violazione del principio di obbligatorietà che disciplina l'azione penale (art. 112 Cost.). Solo in virtù del suo regolare esercizio, infatti, si potrà parlare di un procedimento penale il cui corso dirottare verso esiti differenti da quelli della celebrazione del processo e della pena[28].

Anche la verifica sommaria del fatto storico prescritta dall'art. 464-*quater*, comma 1 c.p.p., assume in questa prospettiva tutt'altro pregio, mutando da malferma base del piedistallo sanzionatorio a solida garanzia per l'imputato. Il controllo giudiziale lo tutela infatti dall'assumere impegni riparativi quando difettino le condizioni per procedere, risulti l'infondatezza del fatto o l'estraneità del soggetto[29]. In piena coscienza della carica afflittiva della misura, non si può rinunciare a un apprezzamento, seppur blando, dell'esistenza del fatto, della sua tipicità e del coinvolgimento del richiedente, per quanto non ancora definito in termini di responsabilità penale. Così, appurata una evidenza di innocenza, la vicenda giudiziaria deve concludersi, non trovando ragion d'essere altro epilogo che l'immediata fuoriuscita del soggetto dal circuito penale.

[28] Più diffuse, all'estero, le forme di "*diversion*" pura, in cui a venire meno è la stessa instaurazione del procedimento. Paradigmatiche le esperienze dei Paesi d'Oltralpe, i cui sistemi penali si ispirano a un principio di opportunità dell'azione penale o di obbligatorietà temperata. In Francia, l'art. 40 c.p.p. riserva al Procuratore il potere di valutare la *notitia criminis* e scegliere che seguito darvi, potendo optare, oltre che per l'esercizio dell'azione penale o all'archiviazione semplice (*classement sans suite*), per le ipotesi di risposta "graduata" previste dal 41-1 c.p.p.: mediazione con la vittima, richiamo del reo agli obblighi previsti per legge, indirizzamento verso una struttura sanitaria, sociale o professionale, invito a regolarizzare la propria posizione nei con- fronti della legge, richiesta di riparazione del danno conseguente al fatto. In Germania, il principio di legalità "temperato" con- sente numerose eccezioni all'obbligo di esercizio dell'azione penale, come quella di cui al §153 StPO: il pubblico ministero può rinunciare all'azione, previo consenso dell'indagato e autorizzazione del giudice, se l'interesse pubblico a perseguire il reato può essere soddisfatto mediante l'imposizione di obblighi e oneri sostitutivi (tra cui mediazione e riparazione).

[29] M. Bouchard, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa* in *Questione Giustizia*, 2, 2015, p. 72.

dirittifondamentali.it

D'altro canto, la verifica della tipicità formale assicura il procedimento da preoccupanti infiltrazioni antilegalitarie[30], facendo coincidere il perimetro di azione della *restorative justice* con quello del penalmente rilevante. Si impedisce, cioè, che la giustizia riparativa trascini la risposta dello Stato su fatti *ab origine* estranei al suo controllo, prevenendo così il cosiddetto *net-widening effect*, ossia l'"allargamento della rete" a quanto altrimenti vi sfuggirebbe[31].

Per quel che riguarda, infine, le istanze della vittima, la circostanza che la giustizia riparativa corra sugli stessi binari della soluzione penalistica del conflitto rappresenta, più che un limite, una garanzia contro le insidie della vittimizzazione secondaria. Al di fuori dello spazio del processo penale, la parte più psicologicamente debole potrebbe infatti percepirsi non confortata dal braccio forte dello Stato e, dunque, essere esposta, nella sua vulnerabilità, a ulteriori mortificazioni nella definizione dell'accordo riparativo. D'altronde, quando si è voluto intendere la giustizia riparativa come totalmente altra rispetto alla giustizia formale, le vittime hanno spesso percepito la migrazione della controversia dalle aule di giustizia a quelle di mediazione come forma di "declassamento" dell'offesa[32]. Ciò considerato, anche in prospettiva vittimologica, la messa alla prova pare assurgere a ideale compromesso tra due ipotesi di definizione della vicenda, entrambi non completamente soddisfacenti: una sanzionatoria, completamente istituzionale, e una riparativa, affidata alla società civile e scevra da formalismi.

Per quanto concerne specificamente il profilo costituzionale, è opportuno segnalare la pronuncia della Consulta che più delle altre ha avuto modo di effettuare, in

[30] Il principio di legalità tange infatti qualsiasi istituto che, in fase di cognizione o di esecuzione, si sostituisca alla pena e comporti limitazioni, in qualsiasi modalità e per qualsiasi fine, della libertà personale. Cfr. F. Cingari, *I contenuti positivi della so- spensione condizionale della pena in una prospettiva comparata e di riforma* in P. Pisa (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanziona- torio? Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti*, *Genova, 15 novembre 2006*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 311 ss.

[31] Il timore è che l'inglobamento delle tecniche riparative celi la volontà di estendere il controllo penalistico oltre le fattispe- cie tipizzate, grazie all'informalità del linguaggio e del *setting* degli strumenti operativi. Cfr. G. Maglione, *Oltre il delitto, oltre il castigo. Teoria, prassi e critica della giustizia riparativa* in *www.altrodiritto.unifi.it.*

[32] In questo senso, Saporito M.C., La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale: un faticoso percorso verso l'allineamento costituzionale, in Processo Penale e Giustizia, n. 5/2019.

modo compiuto, la disamina dell'istituto[33]. In particolare, il giudice rimettente aveva censurato il comma 4 dell'art. 464-*ter* cod. proc. pen. – «nella parte in cui prevede il consenso dell'imputato quale condizione meramente potestativa di efficacia del provvedimento giurisdizionale recante modificazione o integrazione del programma di trattamento» – perché contrasterebbe con il principio di soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.), con le direttive del giusto processo (comma 2 dell'art. 111 Cost.), finanche con il principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.). Con la sua sola manifestazione di volontà – dice in sostanza il rimettente – l'imputato è posto in grado di governare la «condizione meramente potestativa» utile ad avviare la procedura, il cui svolgimento resta interamente rimesso, di nuovo, alla «capacità sovrana» dell'interessato. A questi sarebbe infatti consentita in ogni momento, e senza conseguenze, la scelta se finalizzare o non la complessa attività richiesta dalla sospensione con messa alla prova. Ciò comporterebbe una menomazione dei poteri riconosciuti al giudice dalla legge (art. 101 Cost.), determinando inoltre il rischio dello spreco di risorse pubbliche (art. 97 Cost.) ed un *vulnus* per i principi di economicità e ragionevole durata del processo penale (art. 111, secondo comma, Cost.).

Si tratta, per la Corte, di rilievi non condivisibili. L'intera procedura non potrebbe legittimamente aver luogo senza il consenso dell'imputato, il quale d'altra parte, se vuole accedere al rito, deve accettare le condizioni valutate e stabilite dal giudice secondo i parametri legali. Pare ovvio, in effetti, che l'intera disciplina dei negozi processuali penali si fonda sull'interazione tra provvedimento giudiziale assunto in base alla legge e volontà di adesione dell'interessato, senza che questo si trasformi in una menomazione dei poteri giudiziali (ciò che la Corte ha tante volte già stabilito, ad esempio, riguardo al patteggiamento).

[33] Corte Cost., 21 febbraio 2018 (dep. 27 aprile 2018), n. 91 , Pres. E Red. Lattanzi. Per una parziale rassegna dei provvedimenti di rimessione successivi all'introduzione dell'istituto, che comprende anche le precidenti ordinanze del Tribunale di Grosseto, può vedersi la nota di J. Della Torre, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del* probation *processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 11 febbraio 2016. Tra i provvedimenti di rimessione più recenti, Cass., sez. I, 5 dicembre 2017, n.16358/18, in *Dir. e giust.* 2018, con nota di L. Piras, *Messa alla prova del maggiorenne e del minorenne alla prova della Corte Costituzionale*.

Anche riguardo agli altri parametri invocati dal rimettente la Corte ha potuto facilmente richiamare profili "granitici" della sua pregressa giurisprudenza. È notorio anzitutto come l'art. 97 Cost. sia costantemente ritenuto privo di pertinenza all'attività giudiziaria (*ex multis*, sent. n. 65 del 2014 e n. 272 del 2008). Quanto alla ragionevole durata del processo, si dovrà ben metabolizzare, alla fine, che ragionevole non vuol dire semplicemente breve, e che l'espressione evoca piuttosto la necessità di un corretto bilanciamento tra i costi (in termini di durata) di un determinato adempimento e l'utilità dell'adempimento medesimo per la garanzia dei diritti fondamentali coinvolti nel processo[34]. Del resto, come rilevato dalla Consulta, i pretesi atteggiamenti "potestativi" dell'imputato – per ciò che concerne l'istituzione, la durata e l'oggetto della sospensione con messa alla prova – si esercitano in apertura del giudizio, e dunque non determinano per sé una dilazione della procedura ordinaria, dilazione semmai connessa all'accoglimento della richiesta di sospensione, che ovviamente si giustifica per la sua potenziale efficacia definitoria. La messa alla prova, in altre parole, è strutturalmente mirata alla estinzione del reato senza processo (sul merito della contestazione), ed è dunque normalmente funzionale ad una semplificazione e ad una abbreviazione del procedimento innescato dall'esercizio dell'azione penale.

3. La privatizzazione normativa tra convenzioni e protocolli istituzionali.

A prescindere dalla normativa emergenziale imposta dal periodo pandemico, l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova costituisce uno dei più peculiari esempi di utilizzo, nell'ambito della prassi giudiziaria, di protocolli, linee guida, e più in generale convenzioni tra i vari enti coinvolti, a vario titolo, nel funzionamento della giustizia.

[34] Solo una citazione interna alla stessa sentenza in commento, tratta dalla sent. n. 12 del 2016: «alla luce dello stesso richiamo al connotato di "ragionevolezza", che compare nella formula costituzionale – possono arrecare un*vulnus*a quel principio solamente le norme "che comportino una dilatazione dei tempi del processo **non sorrette da alcuna logica esigenza**" (*ex plurimis*, sentenze n. 23 del 2015, n. 63 e n. 56 del 2009, n. 148 del 2005)».

Tale fenomeno di normazione costituisce quello che la dottrina costituzionalista definisce soft law: esso rappresenta "un sistema di regole che si connota essenzialmente per il fatto di non essere caratterizzata dai tratti più tipici e ricorrenti della norma giuridica: l'essere parte di un ordinamento giuridico e l'essere dotata di una qualche forza vincolante o precettiva. Quanto alla provenienza, le regole di soft law possono essere il frutto delle iniziative, private o pubbliche, individuali o collettive, più diverse ed essere rivolte a soggetti assolutamente indeterminati o a categorie ben specifiche di possibili fruitori". La *Soft law* si contrappone, quindi, ai tradizionali strumenti di normazione (leggi, regolamenti) emanati da soggetti che ne hanno l'autorità (Parlamenti e Governi), i quali producono norme dotate di efficacia vincolante nei confronti dei destinatari. Il fenomeno riguarda una variegata gamma che va dai codici di autoregolamentazione adottati da organizzazioni e dai codici deontologici o simili adottati da associazioni professionali o di categoria fino alle disposizioni emanate dalle Autorità indipendenti (ANAC, Garante della Privacy, ecc) che si posizionano al confine tra la *soft law* e la normativa secondaria. La ragione del ricorso a tali tipi di norme può ravvisarsi solitamente nell'esigenza di usufruire di una disciplina più flessibile in grado di adattarsi rapidamente all'evoluzione che caratterizza la via economica o sociale. Di contro, tali normative, al pari della normativa secondaria, non garantiscono le tutele insite nel processo di formazione della normativa primaria. In seguito al confronto tra tutte le parti a vario titolo coinvolte, sono stati elaborati all'esito di riunioni tenute tra le parti (ossia componenti – quasi sempre dirigenziali – del tribunale, del consiglio dell'ordine degli avvocati, della camera penale, dell'ufficio esecuzione penale esterna e nella maggior parte dei casi – ma non sempre – anche delle procure) e, una volta sottoscritti, sono stati diffusi tra gli appartenenti alle varie categorie interessate (da qui la pubblicazione sui siti *online* dei singoli consigli degli ordini ed in alcuni casi anche del singolo tribunale o del Ministero della giustizia). Chiare e comuni a tutti le finalità, esplicitate per altro nella parte introduttiva di ogni elaborato: facilitare l'accesso, la diffusione dell'istituto e garantire il diritto di informazione; ottimizzare le risorse dell'u.e.p.e,

punto cruciale e nevralgico della riforma; contrastare il sovraffollamento carcerario, il tutto attraverso procedure condivise, rispondenti al principio di trasparenza e buon andamento della p.a. e rispettose della discrezionalità interpretativa e del principio di legalità che governano il nostro ordinamento giudiziario. Si assiste, dunque, ad un fenomeno in crescita che in un recente passato era limitato – sempre e solo nel settore penale, perché in ambito civile la diffusione di tali atti concordati è ben maggiore o comunque diversa – alle procedure di liquidazione in favore degli avvocati che assistano imputati o indagati ammessi al patrocinio a spese dello Stato, o ai protocolli di intesa tra i presidenti di tribunali e del Consiglio dell'ordine dell'avvocati, in relazione, per esempio all'ordine di trattazione delle procedure nelle udienze o, ancora, ai protocolli di intesa tra i presidenti di tribunali ed i procuratori della Repubblica sull'uso, sempre a titolo esemplificativo, degli applicativi informatici.

Sia in tema di messa alla prova, che da ultimo per la particolare tenuità del fatto, gli elaborati sottoscritti vengono indicati con il termine "linee guida" e nel primo caso anche "protocolli", "protocolli d'intesa" o "*vademecum*"[35].

Già la diversa nomenclatura utilizzata per la messa alla prova fa riflettere: tutti i documenti hanno il medesimo oggetto, le medesime finalità ed anche la medesima struttura, al punto che è possibile individuare, per tutti, le medesime finalità, garanzie e limiti, nonché uno schema comune.

Appare quindi alquanto singolare, ma forse molto significativo, che, per indicare atti appartenenti alla stessa tipologia, siano stati usati termini differenti, quasi fossero sinonimi, nonostante essi non lo siano.

Ed infatti se con il termine "linee guida" si fa riferimento ad un insieme di raccomandazioni sviluppate sistematicamente, sulla base di conoscenze continuamente aggiornate e valide, redatto allo scopo di rendere appropriato, e con

[35] Si veda, a titolo del tutto esemplificativo, il documento denominato "linee guida", sottoscritto nell'ambito territoriale del Tribunale di Cassino, dal Presidente del Tribunale, dal Presidente della sezione penale, dal Procuratore della Repubblica, dal Direttore dell'UEPE di Frosinone, dal Presidente dell'Ordine degli Avvocati, e dal Presidente della Camera Penale, in data 22.06.2021, che costituisce "indirizzo generale di applicazione dell'istituto della messa alla prova, ritenuto idoneo a garantire uniformi e più efficaci forme di prestazioni del servizio-giustizia penale nel Circondario del Tribunale di Cassino".

dirittifondamentali.it

un elevato *standard* di qualità, un comportamento desiderato, è indubbio che le linee guida costituiscono la base di partenza per l''impostazione di comportamenti e *modus operandi* condivisi in organizzazioni di ogni genere (sia private, sia pubbliche) nel campo sociale, politico, economico, aziendale, medico e, di recente, giuridico.

Indicativo in questo senso il ruolo ed il valore delle linee guida descritto dalla Suprema Corte in relazione all'attività medico chirurgica, allorchè si è precisato che esse «*costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un''utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche» ed attraverso il quale «si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta*»[36].

Per converso il termine "protocollo", mutuato dall'allegato *tecnico* alle convenzioni o accordi internazionali e quindi dal documento attestante un accordo tra Stati, prevede un'analitica, automatica successione di adempimenti e fa riferimento ad una serie di regole definite tra una e più parti in determinate attività, alle quali ci si deve attenere e tali da creare procedure obbligatorie, ed ha quindi una accezione, generalmente, vincolante.

Diversa la portata del *vademecum*, facendosi con esso riferimento ad un «manuale» agevole, che contiene informazioni, notizie utili o nozioni di base relative ad un'attività, il cui scopo è quello di fornire una guida organica ed approfondita.

E' evidente dunque che i termini non sono sinonimi e che ognuno ha una diversa portata. La problematica, a ben vedere, non riguarda solo la terminologia utilizzata, che in sé potrebbe apparire anche sterile, quanto l'approccio alle questioni oggetto di analisi e, più in generale, il metodo utilizzato rispetto a protocolli e/o linee guida adottati in altri campi.

[36] Cass., Sez. 4, nr. 16237 del 29/01/2013 (dep. 09/04/2013), Cantore, Rv. 255105.

dirittifondamentali.it

Da sempre infatti il ricorso alle linee guida ed ai protocolli è appannaggio delle comunità scientifiche e solo negli ultimi tempi, anche in campo giuridico e soprattutto giudiziario, si fa ricorso ad essi[37].

Il risultato finale cui si è arrivati con la redazione di linee guida e protocolli, quanto meno in tema di messa alla prova, finisce con l'essere altro rispetto a quello che le parti coinvolte nella elaborazioni dei testi si erano prefissato: modalità anche uniformi e omogenee nell'ambito di uno stesso ufficio giudiziario, ma differenti rispetto ad un ufficio diverso, con conseguente diffusa disparità, a livello circondariale ma anche distrettuale e, sicuramente, a livello nazionale.

Né la violazione è in qualche modo superabile, cambiando, ad esempio, i protagonisti e prevedendo che gli elaborati vengano adottati da organi "centrali" che, come accade nell'ambito delle comunità scientifiche, abbiano il potere, o anche solo la forza ed il peso, per imporre l'adozione di modalità condivise omogenee: il nostro ordinamento giudiziario non è in alcun modo parificabile all'organizzazione esistente in altre categorie e questo, in qualche modo, rende irrealizzabile l'adozione di modelli di questo tipo.

In realtà, ed anche a voler prescindere dalla circostanza legata al fatto che le linee guida ed i protocolli sono stati elaborati a livello "decentrato", la problematica di fondo, qualunque sia il protagonista o qualunque siano le modalità adottate, riguarda inevitabilmente l'efficacia di atti condivisi adottati per disciplinare, con maggiore dettaglio, un istituto giuridico in ambito penale, quando esso presenti vuoti e criticità normative, e finisce quindi col toccare il principio di legalità.

Al di là infatti delle modalità di redazione, della terminologia usata, della procedura adottata, occorre soffermarsi sulla necessità, oltre che sull'opportunità, proprio alla luce del principio di legalità, dell'adozione di atti condivisi che incidono sull'applicazione di norme giuridiche e che, sia pur indirettamente, fissano regole di dettaglio, laddove si registra un vuoto normativo.

[37] Sul punto, in modo più approfondito, si veda Bove, Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?, in Diritto Penale Contemporaneo, reperibile sul web all'indirizzo https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/4067-brevi-riflessioni-su-protocolli-e-linee-guida-e-a-rischio-il-principio-di-legalita

dirittifondamentali.it

Occorre, cioè, chiedersi se gli elaborati adottati in tema di messa alla prova (ma il discorso si può estendere anche alla particolare tenuità del fatto o ad altri istituti giuridici contemplati da fonti che presentino vuoti normativi) si siano mantenuti nei limiti tracciati dal principio di legalità o se gli accordi intercorsi, nel prevedere una dettagliata disciplina di dettaglio, abbiano finito con l'intaccare quel limite costituzionale che è al tempo stesso una forte e imprescindibile garanzia.

Ebbene, l'ordinamento giurisdizionale, il più generale principio di legalità e l'assoggettamento dei giudici soltanto alla legge limitano, entro ambiti rispondenti ai più generali principi costituzionali, il ricorso a procedure, sia pur condivise, che arrivino a stabilire regole di dettaglio, incidenti sull'applicazione delle norme penali, sostanziali e processuali.

Ciò non significa inibire la redazione di elaborati condivisi, che eventualmente registrino anche le "buone prassi" (trattandosi di strumenti che, in questo caso e per converso, ottimizzano al massimo ed uniformemente le risorse), ma impone, quando si assumono determinazioni in tal senso, di limitarne l'adozione a ciò che può essere oggetto di accordo tra le parti, e non intacchi o addirittura si ponga in contrasto con la disciplina normativa e/o con i principi fissati dal legislatore, tenuto anche conto, oltre che della violazione dei principi costituzionali, del rischio, inevitabile quando gli elaborati sono adottati a livello decentrato e non "centralizzato", di prassi differenti e difformi da ufficio giudiziario ad altro ufficio giudiziario. La soluzione al problema potrebbe essere risolta attraverso il ricorso alla norma primaria, ed alla regolamentazione, ad esempio, dei periodi di messa alla prova per ogni tipologia di illecito individuato. Ciò permetterebbe uno sistema che uniformerebbe il ricorso all'istituto, superando la problematica di cui si è appena detto, relativa, in sintesi, alla implementazione di una privatizzazione normativa alla quale poco si adatta l'ordinamento nazionale.

4. L'estensione della messa alla prova nei confronti degli enti responsabili ex D.lgs 231/2001: lo stato dell'arte

dirittifondamentali.it

Negli ultimi anni sono risultati piuttosto frequenti i provvedimenti attraverso i quali si è assistiti all'ammissione alla prova di enti coinvolto nell'ambito di un procedimento penale ai sensi della legge 231/2001. Tale risultato, tuttavia, non è stato assolutamente scevro da problematiche, tenuto conto degli approdi della giurisprudenza, che è stata interessata da una vera e propria inversione di tendenza. Ed invero, è appena il caso di ricordare che nel 2017, il Tribunale di Milano aveva ritenuto la non applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova nei confronti degli enti, sulla base del fatto che *in assenza, de jure condito, di una normativa di raccordo che renda applicabile la disciplina di cui agli artt. 168 bis c.p., alla categoria degli enti".*[38] Secondo il giudice ambrosiano, che aveva ripreso il contenuto di una pronuncia della Cassazione a sezioni unite[39]", l'istituto persegue scopi socialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto. In conseguenza di ciò, considerata la natura sostanziale dell'istituto, nonché in virtù del principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 della Costituzione, il quale demanda il potere di normazione di materia penale al Parlamento, non è possibile estendere per analogia l'applicabilità della messa alla prova alle persone giuridiche. Sul punto, lo stesso giudice di merito, richiamando altro approdo giurisprudenziale di legittimità[40], argomentava che la sanzione da applicare ad una fattispecie che ne sia priva non può essere rinvenuta attraverso l'interpretazione analogica. In caso contrario l'interprete della legge si trasformerebbe in legislatore con marcata incidenza negativa sia sul principio di certezza sia sulla stessa efficacia determinante delle disposizioni penali coinvolte in siffatta operazione interpretativa, diretta a correlare, con l'intervento del giudice il

[38] Tribunale di Milano, Ordinanza, 27 marzo 2017, non massimata.

[39] Cass. Pen., SS.UU., 31.03.2016, n. 36272/16, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 2017, 2, 827 (nota di: Pellegrini)*, la quale stabilisce, come si dirà nel prosieguo, che Ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione con messa alla prova, il richiamo contenuto nell'art. 168-bis c.p. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato .

[40] Cass. Pen. SS.UU., sentenza n. 5655, 26 Maggio 1984

comportamento del soggetto attivo del reato ad una pena non costituente oggetto di specifica comminatoria legislativa".

Ebbene, tale ragionamento risulta isolato, tenuto conto del fatto che la Corte Costituzionale[41] ha avuto modo di evidenziare come l'istituto in argomento consista "in un nuovo procedimento speciale, alternativo al nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prov*a.* Alla luce di queste considerazioni, dunque, emerge in modo chiaro come l'istituto, pur presentando alcuni profili di diritto sostanziale, deve essere considerato a tutti gli effetti alla stregua di norma di diritto processuale.

Nella prospettiva di promuovere la prevenzione dei reati, incentivando gli enti a dotarsi di modelli efficaci, e di provare a superare i problemi emersi nella prassi, si è proposta su più fronti una spinta verso l'applicabilità dell'istituto della messa alla prova anche nei confronti degli enti, seppur con soluzioni ed interpretazioni diverse e non sempre convergenti. Oltre a quella di Milano, in altri due casi[42] il tribunale di Modena, con l'ordinanza del 19 ottobre 2020, ha ritenuto ammissibile l'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova presentata nell'interesse di un ente collettivo imputato ai sensi del d.lgs. 231/01. Nello specifico, il tribunale ha evidenziato la sussistenza, nel caso di specie, dei presupposti indicati negli artt. 168-bis ss., c.p. e, per l'effetto, non solo ha considerato applicabile l'istituto della messa alla prova nei confronti di una persona giuridica, ma anche ha dichiarato estinto il reato presupposto all'esito dello svolgimento del programma di trattamento elaborato d'intesa con l'UEPE di Modena; il tribunale di Bologna, con l'ordinanza del 10 dicembre 2020, ha ritenuto inammissibile l'istanza di ammissione dell'ente imputato alla sospensione del procedimento con messa alla prova, sul presupposto che il mancato coordinamento

[41] Corte Costituzionale, sentenza n. 240, 26 Novembre 2015, secondo la quale la messa alla prova "*non è una sanzione penale, poiché la sua esecuzione è rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare, con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso*

[42] Trib. Modena, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, sentenza 19 ottobre 2020; Trib. Bologna, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, ordinanza 10 dicembre 2020, ordinanze reperibili in Archivio penale web.

della legge n. 67 del 2014 con il testo della 231 del 2001 non è frutto dimera dimenticanza del legislatore ma è da considerare voluto, in ossequio al principio del *ubi lex dixit voluit, noluit tacuit*. Pertanto, per quanto riconosciuto dal giudice emiliano, la disciplina della sospensione del processo con messa alla prova non è applicabile alle persone giuridiche chiamate a rispondere ai sensi della 231/2001 in quanto non compatibile nei suoi aspetti sostanziali (oltre che, in misura minore, processuali) posto che non ne condividono l'eadem ratio. D'altronde, è del tutto evidente come l'istituto previsto dall'art. 168 bis c.p. sia modellato sulla figura dell'imputato persona fisica, in un'ottica, non soltanto specialpreventiva, riparativa e conciliativa, ma soprattutto rieducativa». Per l'effetto, l'eventuale ammissione di un ente collettivo alla messa alla prova ex art. 168-bis c.p. determinerebbe uno svilimento anche del lavoro di pubblica utilità che da elemento essenziale del percorso di risocializzazione dell'imputato diventerebbe un mero costo per l'ente collettivo e, quindi, un mero risarcimento in favore della comunità.

Più in generale, è da tenere in considerazione che, come noto, infatti, questa opzione processuale è esclusa per coloro che hanno manifestato un'attitudine al crimine (e, dunque, per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza) e può essere concessa una sola volta. Se la *probation* si conclude positivamente il reato è estinto; diversamente, il procedimento riprende.

Affinché però questa alternativa non si presti alle medesime critiche sollevate per le precedenti proposte di riforma, è necessario riflettere adeguatamente sulle condizioni per l'accesso al rito: posto che, specularmente a quanto previsto nel codice di procedura penale, bisognerebbe limitare la messa alla prova a quelle società che non ne abbiano già usufruito in precedenza, escludendo comunque questa opzione per le imprese recidive, pare fondamentale – come si è premesso – che l'ente sia comunque dotato di un modello organizzativo preesistente, che sia stato però ritenuto inidoneo.

In altre parole, nel caso in cui un modello, adottato prima della commissione del fatto ai sensi dell'art. 6, venga valutato non adeguato, l'impresa potrebbe chiedere la messa alla prova. Spetterebbe quindi al giudice accertare in concreto se

quell'ente offra un reale affidamento sulla prospettiva di una riorganizzazione "virtuosa". Così come avviene per la richiesta presentata dalle persone fisiche, il giudice ammetterà la messa alla prova solo se sia in grado di fare una prognosi favorevole sulla struttura dell'ente, ossia una prognosi sulla sua "pericolosità organizzativa": la domanda verrà pertanto respinta se presentata da una società che non dia concrete garanzie di volersi riorganizzare "virtuosamente", secondo le indicazioni della legge. Ne consegue che un modello preesistente soltanto fittizio non potrebbe consentire la *probation*.

Deve, infatti, riconoscersi come sia auspicabile che lo sforzo riorganizzativo delle società venga incentivato proprio per i reati più gravi, in modo da prevenirli in futuro. E, in questa prospettiva, non si può escludere che il procedimento di messa alla prova possa in effetti riguardare l'intera categoria dei reati contemplati dalla normativa.

Si potrebbe però prospettare il rischio di tradire lo spirito della messa alla prova, che sembrerebbe riferirsi a fenomeni criminali non particolarmente preoccupanti: tuttavia, come si è accennato in precedenza, l'istituto disciplinato dal codice, a ben vedere, è applicabile pure per reati che esulano dalla tradizionale categoria della "medio-bassa gravità"[43]. Si potrebbe poi forse facilmente obiettare che un accesso incondizionato a questo procedimento significherebbe offrire alle società una possibilità di cui allo stato non sono in condizione di usufruire le persone fisiche coinvolte nei reati da cui scaturisce l'illecito amministrativo della persona giuridica: molti dei reati presupposto previsti nel d.lgs. 231/2001, infatti, non rientrano nei limiti edittali entro i quali la messa alla prova delle persone fisiche è consentita. Con la conseguenza che l'ente usufruirebbe della messa alla prova preclusa alla persona fisica che ha agito per l'ente[44].

[43] La Cass., S.U., 31 marzo 2016, n. 36272, come già rappresentato, ha chiarito che per l'individuazione dei reati ai quali è applicabile, astrattamente, la messa alla prova non assumono rilievo le circostanze aggravanti di alcun tipo, comprese quelle ad effetto speciale, sicché oggi risulta fortemente ampliato l'ambito applicativo del nuovo istituto, in quanto, a seguito di questa decisione, vi rientrano reati di gravità anche medio-alta.

[44] Si potrebbe pure osservare che questa proposta decreterebbe la fine del *simultaneus processus* nonostante il d.lgs. 231/2001 prediliga la celebrazione contestuale del procedimento che coinvolge l'ente e di quello che coinvolge l'individuo che abbia agito per l'ente (art. 38, comma

Questi rilievi possono essere però superati dal momento che, per esempio, nella giustizia minorile, ove la messa alla prova è nata, non sono fissati limiti, né oggettivi, né soggettivi (artt. 28 e 29 d.p.r. 488/1988). Dunque, nel nostro ordinamento è già tollerata una diversa disciplina del procedimento a seconda di chi sia il destinatario. Anzi, il fatto che la messa alla prova dell'ente possa avere, *in parte qua*, delle maggiori similitudini con l'omologa del procedimento minorile non dovrebbe stupire più di tanto: come attenta dottrina americana ha evidenziato a proposito del recupero, nei modelli negoziali di *corporate liability*, di alcuni meccanismi nati per il contrasto della *juvenile delinquency*, le società, un po' come i giovani, necessitano di guida, riabilitazione e supervisione[45].

Ma vi è un ulteriore argomento che potrebbe essere speso per andare oltre il possibile contrasto con il principio di uguaglianza: il "sistema 231" prevede già, come si è detto, un trattamento di favore per la società che si ravveda e collabori e che non è stato viceversa introdotto per le persone fisiche imputate del reato presupposto.

Chiaramente la messa alla prova dell'ente dovrebbe essere indirizzata al suo reinserimento nel mercato in una rinnovata veste di legalità. Questo significa che

---

1). Solo qualora vi sia stata sospensione del procedimento a carico della persona fisica o quest'ultimo sia stato definito con un rito speciale (giudizio abbreviato, patteggiamento o decreto penale di condanna) ovvero la riunione sia preclusa dall'osservanza di disposizioni processuali, è consentito procedere separatamente (art. 38, comma 2). La chiara scelta operata dal legislatore per la riunione delle due regiudicande è certamente funzionale ad obiettivi di effettività, omogeneità ed economia processuale, ma è altrettanto finalizzata ad evitare un possibile contrasto tra i due giudicati, prevedendo, pertanto, che vicende processuali tra le quali sembrerebbe esserci un rapporto di quasi pregiudizialità vengano accertate insieme. In questo senso, Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in G. lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, *op. cit*., 457. Non si può tuttavia non considerare che nella prassi, l'impresa generalmente mostra sin da subito la propensione ad adottare quelle misure riparatorie e ripristinatorie che, escludendo l'applicazione delle sanzioni interdittive, le offrano la possibilità di definire la vicenda immediatamente, magari con un procedimento speciale (e il cui accesso sarebbe viceversa precluso quando si dovesse poter applicare una sanzione interdittiva in via definitiva – artt. 62, comma 4 e 63, comma 1). Dunque, in concreto, la posizione dell'ente viene già generalmente definita prima rispetto a quella della persona fisica imputata. A ciò si aggiunga che aver consentito la separazione qualora «l'osservanza delle disposizioni processuali lo renda necessario» [art. 38, comma 2, lett. c)] porrebbe fine a tutte le perplessità che l'introduzione del procedimento di messa alla prova potrebbe far sorgere da questo angolo visuale.

[45] Così Garret, *op. cit*., 55. V. anche orland, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in *1 Brook. J. Corp. Fin. & Com*. *L*. 45 (2006).

l'impresa messa alla prova dovrebbe realizzare le condotte riparatorie e risarcitorie e dovrebbe correggere il modello organizzativo che sia stato giudicato non idoneo, alla luce del progetto presentato con la domanda di ammissione al rito e magari delle indicazioni che nel momento dell'autorizzazione del procedimento speciale potrebbero essere state offerte.

Questa proposta ha il pregio di non stravolgere l'impianto del d.lgs. 231/2001 dal momento che un meccanismo simile a quello ora descritto si rinviene già nell'art. 49 che disciplina la sospensione delle misure cautelari[46]. L'art. 49, infatti, prevede la sospensione delle cautele nell'ipotesi in cui l'impresa chieda di poter realizzare gli adempimenti descritti nell'art. 17 (condotte riparatorie, restitutorie, risarcitorie e disponibilità ad adottare un modello organizzativo adeguato). Il giudice che ritenga di accogliere la richiesta fissa una cauzione da versare a scopo cautelativo; in via alternativa, l'ente può essere autorizzato a prestare una garanzia reale. In caso di mancata, incompleta o inefficace esecuzione delle condotte risarcitorie e di riorganizzazione, la cauzione verrà acquisita dallo Stato[47].

In ogni caso all'ente potrebbe convenire chiedere la messa alla prova già nel corso delle indagini preliminari, ad esempio nell'ipotesi di applicazione di una misura cautelare. In questa eventualità, l'impresa potrebbe avere interesse a riorganizzarsi subito in maniera "virtuosa" in modo da definire contestualmente l'incidente cautelare e la vicenda di merito. In altre parole, se nella fase delle indagini fosse adottata una misura cautelare (chiaramente l'esempio vale pure per le fasi successive), l'ente potrebbe domandare sospensione della misura e del procedimento con messa alla prova e aspirare così, nell'immediato, alla neutralizzazione della cautela e, in prospettiva, alla composizione della vicenda processuale.

---

[46] Sul procedimento cautelare disciplinato nel d.lgs. 231/2001 v. Fidelbo, *Le misure cautelari*, in G. lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, *op. cit.*, 503 ss.

[47] Un meccanismo simile è contenuto anche nell'art. 65 che prevede che l'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, possa domandare la sospensione del processo per provvedere alle attività descritte nell'art. 17, dimostrando di non essere stato in grado di realizzarle prima. In questo caso, però, com'è noto, il giudice, scaduto il termine di sospensione, qualora constati l'esatto adempimento delle prescrizioni, potrà solo applicare all'ente un trattamento sanzionatorio più favorevole.

L'applicazione della sospensione con messa alla prova nel processo a carico dell'ente si propone di realizzare una forma di *diversion*[48] della vicenda processuale che investe la persona giuridica, aprendo la strada a un epilogo "anomalo" della stessa mediante inserimento nella sequenza procedimentale "ordinaria" di un modulo alternativo[49] accompagnato dall'intervento di misure non penali di risoluzione del conflitto[50].

A tal proposito, può essere senz'altro utile ricordare, in una prospettiva comparatistica, come l'esperimento di forme di diversione processuale nei confronti degli enti non rappresenti un *unicum* nel panorama internazionale, atteso che già l'esperienza statunitense, a partire dai primi anni '90, ha esteso simili

[48] In termini analoghi, con riferimento alla messa alla prova degli adulti persone fisiche, COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 6, 128. *Il* concetto di *diversion* – riprendendo la definizione fornita dalle *Risoluzioni del XII Congresso internazionale di diritto penale sul tema* "diversion *e mediazione*", con commento di RUGGIERI, Diversion*: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, 538 ss. – ricomprende «ogni deviazione dalla normale sequenza di atti del processo penale, prima della pronuncia dell'imputazione; essa comprende: *(a)* le attività svolte dagli organi pubblici cui sono attribuite funzioni di controllo sociale, al di fuori del sistema penale; *(b)* l'esercizio, da parte della polizia e degli organi di accusa, di poteri volti ad evitare il promuovimento dell'azione penale; *(c)* le procedure alternative all'esercizio dell'azione penale», in uno con « misure non penali di risoluzione del conflitto (ad esempio provvedimenti di natura riabilitativa, terapeutica o educativa, ovvero misure risarcitorie e restitutorie)». Più ampiamente, anche in una prospettiva comparativa, BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 4, 47 ss.

[49] Per GREVI, *Rapporto introduttivo su* "diversion" *e* "médiation", in *Rass. pen. crim.*, 1983, 1, 47, il termine *diversion* individua «ogni deviazione del processo penale, anteriore alla sentenza di condanna pronunciata da un tribunale, che sfocia nella partecipazione dell'indiziato a qualunque programma non penale», nella prospettiva di «aiutarlo a risocializzarsi, o a risolvere il conflitto che lo ha condotto al reato». In termini analoghi, FANCHIOTTI, *Speranze e delusione in U.S.A. nella ricerca di alternative al processo penale (con particolare riguardo al* diversion*)*, in *Giust. pen.*, 1983, III, 228, che si riferisce al «fenomeno del non promovimento dell'azione penale o della sua sospensione anteriormente alla fase dibattimentale, allo scopo di instradare l'imputato verso un programma di reinserimento sociale consentendogli di evitare l'impatto non solo con il sistema penitenziario, ma addirittura con quello processuale». Per la dottrina cfr. anche UBERTIS, *Obbligatorietà dell'azione e* diversion *nel sistema penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1494; in termini più generali, CESARI, *Le clausole di irrilevanze del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, 66 ss.

[50] In argomento, CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 40 ss.

meccanismi agli enti collettivi, nelle forme, rispettivamente, dei *deferred prosecution agreement* e dei *non prosecution agreement*[51].

I *deferred prosecution agreement* (DPA), in particolare, hanno a oggetto un accordo raggiunto tra le parti necessarie del processo, indagato e *prosecutor*, da sottoporre alla valutazione del giudice, con cui l'ente, al fine di evitare la prosecuzione del processo, si sottopone a un periodo di "osservazione" (in genere, da sei mesi a due anni) nel corso del quale si impegna ad adempiere una serie di obblighi, quali, tra gli altri, l'adozione o la implementazione del proprio *compliance program*, talora sotto il controllo di commissari esterni (*monitor*), il versamento di una somma di denaro a vario titolo e la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca.

Si noti, tra l'altro, come anche il modello di *diversion* statunitense, grazie al contributo dei *memorandum* diffusi dal *Department of Justice*, preveda una "griglia" di requisiti-indice che – mentre nella disciplina "nostrana" della messa alla prova presiedono all'esercizio della delibazione preliminare del giudice e alla prognosi negativa di recidiva – in quella sede condizionano l'esercizio dell'azione penale del *prosecutor*: natura e gravità del reato, diffusività dell'illecito nel contesto societario, "storia" giudiziaria dell'ente (anche in riferimento a procedimenti civili e amministrativi), esistenza di un eventuale *compliance program*, cooperazione dell'ente nelle indagini, condotte realizzate dall'ente per attenuare le conseguenze del reato e valutazione dell'entità del danno arrecato a terzi.

Analogo istituto vige nel sistema inglese, ove la discrezionalità del *prosecutor* è vincolata in particolare all'apprezzamento della c.d. colpa di reazione (*reactive fault*), intendendosi attribuire rilievo dirimente, cioè, alla manifestazione di volontà dell'ente che si sia concretamente attivato ai fini dell'implementazione dei propri presidi preventivi[52].

---

[51] Sul tema, FED. MAZZACUVA, Deferred prosecution agreements*: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind. pen.*, 2013, 2, 737 ss.

[52] Come evidenziato da RUGGIERO, Non prosecution agreements *e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *questa Rivista*, 12 ottobre 2015, 9, il sistema statunitense, almeno in una prima fase, ha adottato un approccio ancora più "estremo" ai fini

Questa rapida "incursione" nella realtà anglo-americana mostra una sorprendente affinità di contenuti tra i DPA e la messa alla prova di cui alla l. 28 aprile 2014, n. 67, essendo entrambi gli istituti imperniati sulla sottoposizione volontaria dell'ente imputato, previa adesione della pubblica accusa (nel nostro ordinamento, mediante un parere del pubblico ministero, vincolante in fase di indagini preliminari), a un programma rieducativo condizionato all'adempimento di determinate prescrizioni: non è un caso, allora, che proprio il modello dei DPA trovi la propria matrice nell'ambito del *probation* destinato alle forme di *juvenile delinquency*, paradigma confluito nel modello minorile del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 488 e da qui refluito – a chiusura di un cerchio ideale – nella disciplina della messa alla prova per maggiorenni.

La quasi perfetta sovrapponibilità dei due strumenti esperibili, pur nell'ambito di sistemi processuali profondamente differenti, fornisce ulteriore conferma della bontà della tesi che vede nel modulo di definizione del processo dell'ente di cui agli articoli 464-*bis* ss. c.p.p. una valida alternativa praticabile anche nel nostro ordinamento. Tuttavia, non si assiste, allo stato, ad una uniformità tale, sul versante dell'applicazione pratica, che consenta di ritenere consolidato il sistema della probation anche nei confronti degli enti.

5. La messa alla prova… alla prova della riforma del processo penale: prospettive de iure condendo ed estensioni applicative.

Con decreto del 16 marzo 2021 il Ministro della Giustizia Marta Cartabia ha costituito presso l'Ufficio legislativo del Ministero "una Commissione per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché

dell'espletamento dei DPA, esigendo dall'ente una cooperazione "autentica" con le autorità, ad esempio mediante rinuncia all'*attorney-client privilege* (in forza del quale i legali dell'azienda sono autorizzati a fornire le informazioni possedute in ragione del loro ufficio) e alla *work production protection* (alla luce della quale la società si impegna a consegnare tutta la documentazione interna predisposta in vista di un possibile contenzioso), nonché attraverso una "presa di distanza" dai dipendenti indagati (rifiutandosi di pagare loro le spese legali, salvo rinuncia del dipendente alla garanzia del diritto al silenzio).

in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari prendenti presso le corti di appello". Nelle premesse del decreto istitutivo della Commissione erano specificati i compiti della Commissione, individuati: a) nell'esame del citato disegno di legge presentato dal Ministro Alfonso Bonafede il 13 marzo 2020 e "degli esiti delle audizioni espletate in sede parlamentare" dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati; b) nella "stesura di un documento nel quale siano delineate, anche mediante la prospettazione di alternative, le misure più idonee ad assicurare maggiore efficienza ed efficacia al processo penale"; c) nella "formulazione di proposte di possibili emendamenti" al citato disegno di legge n. 2435.

Le premesse del decreto contenevano anche elementi idonei ad orientare il lavoro della Commissione, partendo dal rilievo che "i tempi medi di definizione dei procedimenti penali sono di molto superiori alla media europea" e dalla considerazione che "la durata dei procedimenti penali è influenzata anche dal numero eccessivo dei procedimenti da trattare". Si ritenevano, pertanto, "opportuni interventi a carattere deflativo, di natura processuale e sostanziale, che si inseriscano, mediante correttivi e integrazioni, nel contesto di riforma del sistema sanzionatorio penale realizzato nell'ultimo decennio". Più in generale si ritenevano necessarie "un'analisi del complessivo quadro di riferimento attuale, una verifica delle situazioni di criticità registrate e l'individuazione di possibili misure e interventi normativi, che investano il diritto sia processuale che sostanziale, finalizzati ad assicurare la ragionevole durata del processo e il recupero di una migliore efficienza ed efficacia dell'amministrazione della giustizia, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, dei principi del giusto processo e della funzione rieducativa della pena". A conferma degli espressi orientamenti sul lavoro da svolgere si richiamavano gli interventi prioritari richiesti da diversi organi dell'Unione europea e dalle risoluzioni dei due rami del Parlamento italiano del 13

ottobre 2020, sulla definizione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.).

Per quanto di interesse in questa sede, l'art.1 co.22 l. n.134/2021 prevede di estendere la sospensione con messa alla prova a «specifici reati», non meglio individuati dal legislatore delegante, che «si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori» e siano punibili in astratto con la pena detentiva fino a sei anni.

Nella prospettiva della deflazione e della decarcerizzazione, si tratta di un ulteriore passo avanti. Certamente, si tratta di un istituto che ha avuto una diffusissima applicazione: secondo i dati del Ministero della Giustizia[53], al 15 settembre 2021 erano ben 24.000 le persone messe alla prova, a fronte delle circa 18.300 in affidamento al servizio sociale. Considerando anche - alla stessa data - le 11.500 persone in detenzione domiciliare e le 8.700 ai lavori di pubblica utilità per guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di stupefacenti, risulta un totale di oltre 68.000 persone sottoposte, in senso ampio ed atecnico, ad alternative alla detenzione che impegnano gli uffici di esecuzione penale esterna e i servizi sociali; ben un terzo di esse si trova dunque in sospensione con messa alla prova, un dato, questo, in forte aumento anche nell'ultimo anno. Nel frattempo, i detenuti in carcere restano sostanzialmente stabili: erano circa 54.000 al 15.9.2016, lo stesso al 30.9.2020 (dopo che all'inizio della pandemia, marzo 2020, il totale era aumentato ad oltre 57.000), e lo stesso pure al 15.9.2021.

Le alternative alla pena detentiva, sovente, non fanno diminuire in misura rilevante il numero dei detenuti – anzi, se non vi fosse stata la pandemia, i detenuti sarebbero rimasti in aumento rispetto agli anni precedenti -, ma ampliano la rete del controllo penale; in effetti, a quanto pare leggendo i dati ministeriali, l'aumento delle persone sottoposte a misure alternative vi è stato ed è stato notevole, ma, in termini numerici complessivi, a discapito della libertà e non della detenzione in carcere.

[53] www.giustizia.it.

Ancora una volta, la riforma punta su misure deflattive in concreto, ma ciò non è privo di risvolti problematici, né dal punto di vista delle garanzie individuali, né da quello di un'effettività conforme ai principi.

La logica della deflazione – processuale e penitenziaria – ispira il criterio di delega con il quale si prevede l'estensione dell'ambito di applicabilità della disciplina dell'art. 168 *bis* c.p. In sede di attuazione dovranno essere individuati, oltre ai casi previsti dall'art. 550, co. 2 c.p.p., ulteriori specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto. Attualmente l'istituto, salvi i menzionati casi di cui all'art. 550, co. 2 c.p.p., richiamato dall'art. 168 *bis* c.p., non è applicabile in relazione ai procedimenti per reati puniti con pena detentiva superiore nel massimo a quattro anni.

Nel contesto della legge delega, la valorizzazione dell'istituto di cui all'art. 168 *bis* c.p. è coerente sia con l'obiettivo di ridurre i tempi medi dei procedimenti penali, sia con l'ampliamento degli spazi per la giustizia riparativa (la mediazione tra autore e vittima è uno dei contenuti obbligatori della messa alla prova).

Per incentivare l'applicazione dell'istituto nella fase delle indagini, si prevede che la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato possa essere proposta anche dal p.m.

La prospettiva desumibile dalla relazione della commissione "Lattanzi"[54], anche quale chiave di risposta agli intenti propri della riforma, è, da un lato, di favorire la deflazione processuale e penitenziaria, attraverso la valorizzazione della "misura di comunità" – alternativa al processo penale e alla pena – che oggi vanta il maggior numero di applicazioni; il 15 aprile 2021 le persone in carico all'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna (U.E.P.E.) erano 20.793, pari a circa un terzo del numero

[54] Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello.
(D.M. 16 marzo 2021 – Pres. Dott. Giorgio Lattanzi, Vice Pres. Dott. Ernesto Lupo e Prof. Gian Luigi Gatta)

complessivo delle persone che a vario titolo si trovava in esecuzione penale esterna, a quella stessa data.

Dall'altro lato, in linea con altre proposte della Commissione, si mira ad ampliare ulteriormente la possibilità di accesso all'istituto che oggi, nel sistema, più valorizza strumenti e logiche riconducibili alla giustizia riparativa.

La positiva esperienza nei primi anni di applicazione della misura, introdotta nel 2014, ne rende infatti opportuna una estensione. La proposta della Commissione è di estendere l'ambito di applicabilità dell'istituto, oltre ai casi previsti dall'art. 550, co. 2 c.p.p., richiamato dal secondo comma dell'art. 168-*bis* c.p., ad ulteriori specifici reati, puniti con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a dieci anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, e risultino compatibili con l'istituto. Già attualmente il richiamo all'art. 550, co. 2 c.p.p. consente d'altra parte l'applicazione dell'istituto a reati con pena detentiva edittale superiore a quattro anni. È il caso ad esempio della ricettazione, punita con la reclusione pari nel massimo ad otto anni, e del furto pluriaggravato, punito con la reclusione pari nel massimo a dieci anni.

A prescindere dalla natura propria della riforma, ed agli effetti che la stessa sortirà in materia, è di interesse sottolineare come la giurisprudenza di legittimità ha già fornito delle aperture estensive volte all'applicabilità dell'istituto anche a tipologie di reato che non sono direttamente richiamate dalla norma processuale. In particolare, si pensi al granitico orientamento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite[55], la quale ha avuto modo di specificare, nell'ambito di un procedimento penale per truffa aggravata dall'aver commesso il fatto ai danni dello Stato, che ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione con messa alla prova, il richiamo contenuto nell'art.

[55] Cass. Pen., SS.UU., 31.03.2016, n. 36272/16, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 2017, 2, 827 (nota di: Pellegrini)*, la quale stabilisce, come si dirà nel prosieguo, che Ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione con messa alla prova, il richiamo contenuto nell'art. 168-bis c.p. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato .

168-bis c.p. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato.

L'innovativo orientamento giurisprudenziale evidenzia che la norma di diritto penale sostanziale seleziona i reati per i quali può essere concessa la messa alla prova in base ad un criterio quantitativo e qualitativo ma non contiene alcun riferimento alla possibile incidenza di eventuali circostanze aggravanti. Né – si legge in sentenza – può assumere alcun rilievo il rinvio operato dall'168 bis c.p. all'art. 550 c.p.p. (il cui comma 1 rinvia all'art. 4 c.p.p.) o la regola dettata dall'art. 278 c.p.p. per la determinazione della pena in materia di misure cautelari, non esistendo, nel nostro sistema, un criterio normativo unitario generale in base al quale va calcolata la pena per l'applicazione di qualunque istituto processuale.

Il criterio di selezione dei reati per i quali è ammessa la messa alla prova è semplicemente quello indicato nell'art. 168 bis c.p., quantitativo (pena edittale sino a 4 anni) e qualitativo (elenco nominativo indicato nell'art. 550 comma 2 c.p.p.); criterio che estende l'istituto anche a reati puniti con pene superiori a 4 anni, quindi con maggiore disvalore sociale, in base ad una scelta legislativa fortemente legata alla natura specialpreventiva del nuovo istituto.

In merito al paventato richiamo operato dall'art. 168 bis c.p. all'art. 550 c.p.p., le Sezioni unite hanno rigettato qualunque interpretazione "correttiva", precisando che lo stesso va inteso solo ed esclusivamente quale richiamo al comma 2, ossia all'elenco nominativo dei reati per i quali la messa alla prova è ammessa, così come testualmente recita la norma, che non contiene, invece, alcun riferimento al comma 1 e, di conseguenza, all' art. 4 c.p.p. Non è neanche corretto fondare il richiamo all'intero art. 550 c.p.p. in base al rilievo che dovrebbe esservi una perfetta coincidenza tra i reati per i quali l'imputato può richiedere la messa alla prova e quelli a citazione diretta. Innanzitutto, se il Legislatore avesse voluto tale equiparazione, lo avrebbe senza dubbio scritto. A ciò si aggiunga che il

meccanismo di calcolo della pena previsto nel comma 1 dell'art. 550 c.p.p., condizionato dall'aumento per le aggravanti *ex* art. 4 c.p.p., creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento per i reati che, ancorché puniti con pena inferiore ai 4 anni, diventerebbero di competenza collegiale *ex* art. 33 bis c.p.p., quindi non ricompresi nel giudizio a citazione diretta. Del resto, l'art. 464 bis c.p.p., al comma 2, fissa anche il termine dell'udienza preliminare per la formulazione dell'istanza di messa alla prova, confermando che l'ambito dei reati prescelti dal legislatore è più esteso di quello indicato nell'art. 550 c.p.p.

La soluzione fornita dalle Sezioni unite, oltre ad avere scongiurato una volta per tutte qualsiasi forma di interpretazione in *malam partem* dell'art. 168 bis, non consentita dalla legge, è coerente anche con i lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione definitiva della legge 67/2014. Infatti, il testo originario dell'art. 168 bis, (disegno di legge n. 111 del Sen. Palma) conteneva un esplicito riferimento alle circostanze speciali e ad effetto speciale; riferimento che nella versione definitiva della norma è svanito, svelando una precisa scelta del Legislatore, che ha certamente privilegiato la natura deflattiva e competitiva che caratterizza l'istituto della sospensione del procedimento penale con messa alla prova.

Ciò posto, l'effetto del presente orientamento giurisprudenziale, ha determinato una sempre più crescente applicabilità dell'istituto anche a fattispecie che normalmente non vi rientrano, stante la costruzione normativa, come ad esempio è il caso della fattispecie aggravata di accesso abusivo al sistema informatico o telematico prevista dall'art. 615 ter c.p., o al dibattuto caso dell'omicidio stradale attenuato dal cosiddetto "concorso di colpa" previsto dal comma 7 dell'art. 589 bis c.p., nell'ambito del quale ben può rientrare il dictum delle sezioni unite già menzionato, nell'ambito del quale, al fine di stabilire la pena edittale di riferimento per la messa alla prova, da un lato specifica come non debba tenersi conto delle

dirittifondamentali.it

circostanze aggravanti (nemmeno quelle a effetto speciale), dall'altro nulla però dispone sulle circostanze attenuanti[56].

dirittifondamentali.it

[56] Per una applicazione conforme, si veda in tal senso Ordinanza Gup Tribunale di Trento, 2018, non massimata, ed anche Ordinanza Gup Tribunale di Cassino del 09.11.2021, non massimata.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 20 gennaio 2022

Le «scelte tragiche» del diritto a tutela della salute collettiva. L'irragionevolezza di una vaccinazione obbligatoria generalizzata per il Sars-Cov-2.

di
Carlo Iannello *

Sommario: 1. Premessa – 2. La salute come libertà individuale e come interesse della collettività – 3. La disciplina costituzionale del trattamento sanitario obbligatorio alla luce dell'art. 32 Cost. – 4. L'obbligo vaccinale nell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale – 5. Le «scelte tragiche» del diritto ai tempi del Sars-Cov-2 e l'irragionevolezza dell'obbligo generalizzato.

1. Premessa

Il presente contributo si articola in due parti. Nella prima viene inquadrata la tematica dell'obbligo vaccinale, mettendo in evidenza come, proprio la disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari obbligatori esalti la dimensione di libertà che la Costituzione ha attribuito alla salute individuale. Il limite imposto alla legge dall'art. 32 rappresenta, infatti, come una *evoluzione* coerente dell'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e rappresenta una fedele declinazione del principio di libertà, così come elaborato dalla migliore tradizione liberale. Ne risulta che la strada per la previsione dell'obbligo vaccinale è stretta e rigorosamente tracciata dal secondo comma dell'art. 32, che pone un *inedito* contro-limite, cioè un limite al potere, che amplia la garanzia dell'autonomia individuale. Solo la sussistenza di un duplice beneficio, per *l'individuo* che si sottopone a trattamento e per la *collettività*, rende costituzionalmente legittima l'imposizione di un obbligo in materia di trattamenti sanitari. Resta, cioè, vietata ogni ipotesi di strumentalizzazione della persona umana per la realizzazione di finalità collettive.

Contributo sottoposto a referaggio

Lo studio analizza, poi, la questione dell'obbligo. In questa parte si mette in evidenza che al legislatore siano aperte una pluralità di scelte, tutte, in astratto, consentite dalla disciplina costituzionale.

L'imposizione di un obbligo vaccinale, così come le limitazioni delle altre libertà individuali sono, infatti, opzioni attribuite alla discrezionalità del legislatore, nel rigoroso rispetto della disciplina costituzionale. Nel caso delle vaccinazioni obbligatorie, tuttavia, la discrezionalità politica non è solo ancorata ai principi di ragionevolezza, proporzionalità e necessità, ma deve essere suffragata da evidenze scientifiche[1]. Per cui, tanto più è incerta e imprevedibile è la situazione di fatto e tanto più incerte e dubitative sono le conoscenze scientifiche, tanto più il calcolo rischi benefici e il conseguente bilanciamento (dal quale *deve* risultare il *doppio* beneficio, per la salute individuale e per quella collettiva) sarà complesso. L'esigenza di cautela risulta pertanto amplificata.

2. La salute come libertà individuale e come interesse della collettività.

Spesso si confonde il *diritto alla salute* con la *salute pubblica* e questa confusione è aumentata durante il periodo di emergenza sanitaria che stiamo vivendo da circa due anni: sovente si afferma, infatti, che le misure limitative delle libertà individuali sono orientate alla tutela del *fondamentale diritto* alla salute, come se questa espressione equivalesse a *tutela della salute pubblica*.

Dritto alla salute e tutela della salute pubblica sono, invero, due concetti non solo diversi, ma che si trovano tra loro in una relazione persino conflittuale. Prima di

*Professore associato di Diritto pubblico – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

[1] Da tempo, oramai, la giurisprudenza costituzionale è ferma nel ritenere che la discrezionalità del legislatore, in alcuni casi, sia condizionata dalle risultanze della scienza medica. In una importante sentenza (Corte cost. n. 282 del 2002, relatore Onida) la Consulta ha annullato una legge della regione marche che vietava l'elettroshock perché il divieto di una pratica medica «non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica. Affermazione ribadita da Corte cost. n. 151 del 2009 in tema di fecondazione assistita e, più recentemente, anche in materia di obbligo (ma anche di raccomandazione) vaccinale. Cfr. Corte cost. n. 5 del 2018; Corte Cost. n. 268 del 217; Corte cost. n. 118 del 2020.

entrare nel merito della questione relativa ai limiti e alle condizioni di una eventuale politica di vaccinazioni obbligatorie per contrastare l'emergenza sanitaria dovuta al Sars-Cov-2, sembra allora opportuno formulare qualche osservazione preliminare sulla nozione costituzionale di salute.

La salute, nell'art. 32 della Costituzione, è declinata in tre differenti accezioni.

La salute è, infatti, innanzitutto un «fondamentale diritto dell'individuo», cioè un vero e proprio diritto di libertà individuale; l'unico, peraltro, ad essere esplicitamente definito «fondamentale»[2]. Aggettivo che evoca in modo chiaro il cambio di paradigma contenuto nella Costituzione repubblicana in tema diritti. I diritti, infatti, nell'impianto della Costituzione del 1948, sono stati considerati il «fine» dell'organizzazione statale[3], cioè *fondanti* l'ordinamento. Si è così instaurata una nuova relazione tra i cittadini e il potere pubblico, che ha ribaltato radicalmente quella, di stampo giuspositivista[4], che si era affermata nell'Ottocento

[2] A. BARBERA, *Art. 2.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 61, l'art. 2 non fu il compromesso tra due distinte posizioni bensì «il frutto del comune convergere verso le antiche e rassicuranti posizioni liberali». Il costituente, del resto, osserva sempre il citato Autore, erano legati a una visione delle libertà civili «come libertà dallo Stato» (Ivi, 59). Che la Costituzione si fondi sui diritti individuali e che non sia possibile affermare una insussistente superiorità del gruppo (si chiami comunità, società, stato) sull'individuo è affermato da P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo,* in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto.* I, *Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 144, secondo il quale l'affermazione della natura individualistica dei diritti costituzionali è anche un modo per tutelare l'individuo «nei confronti di qualsiasi opzione di stampo organicistico (statale, religiosa, familiare che sia)» perché «è il gruppo ad essere strumentale all'individuo, non viceversa» (cfr., a tale proposito, I. RUGGIU, *Ritorno della comunità e principi del costituzionalismo,* in *Quad, cost.,* 405 ss.). Essenziale è, per l'interpretazione della Carta Costituzione, l'odg presentato in Assemblea costituente da Giuseppe Dossetti che, come ricorda P. RIDOLA, *I diritti fondamentali. Un'introduzione,* Giappichelli, Torino, 2006, 126 condusse «ad espungere dal testo definitivo dell'articolo due il riferimento a diritti delle formazioni sociali distinti da quelli individuali, ed anzi a questi potenzialmente contrapposti, ed a piegare il riconoscimento dell'autonomia delle formazioni sociali in funzione dello sviluppo della personalità individuale».

[3] Osserva P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo,* Giappichelli, Torino, 1997, 2, che «I diritti di libertà, alla cui protezione lo Stato piega la propria forza e i propri strumenti di azione, sono fondamentali, proprio in quanto essi non sono fondati dallo Stato, ma sono, al contrario, "fondanti" della legittimazione dello Stato stesso». Pertanto, «lo Stato non è un *fine,* che incarna valori politici di natura superindividuale, alla cui conservazione ed al cui rafforzamento i diritti vengono funzionalizzati» ma «è, al contrario, un *mezzo,* che si legittima unicamente in base allo scopo fondamentale di garantire spazi di libertà» (ivi, 3).

[4] Cfr. G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* [ed. or. 1892], ed. it. a cura di V.E. Orlando, Società Editrice Libraria, Milano, 1912, secondo il quale il fondamento dei diritti

e che si era radicalizzata durante il periodo totalitario, in cui era stata teorizzata e praticata la prevalenza del collettivo sull'individuale, con conseguente *trasformazione* dei diritti in doveri[5].

Con la Costituzione repubblicana si è voltata radicalmente pagina rispetto al passato. Dal testo della Carta fondamentale emerge chiaramente il mutamento di paradigma che rende finalmente possibile affermare che lo Stato è un organismo sociale creato in funzione dei diritti dell'uomo e non viceversa[6]. Nel senso precisato da Norberto Bobbio per il quale «prima viene l'individuo, si badi, l'individuo singolo, che ha valore per se stesso, e poi viene lo stato e non viceversa, che lo stato è fatto per l'individuo e non l'individuo per lo stato»[7]. Ed il «fondamentale diritto

---

individuali deriverà sempre dallo Stato, in particolare da una sua «autobbligazione» (215 ss.). Cfr., inoltre, S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, Società editrice libraria, Milano, 1900, che diffonde la teoria della giuspubblicistica tedesca in Italia. Nella medesima prospettiva del giurista tedesco, Santi Romano ritiene che i diritti soggettivi derivino da una «autolimitazione» dello Stato (109 ss.). Le premesse di questa teoria si trovano in C.F. VON GERBER, *Diritto pubblico* [ed. or. 1865], Milano, 1971, 131 ss. secondo il quale i diritti sono concepiti come promanati dallo Stato, cioè come «riflesso del potere statale stesso». La concezione dei diritti del periodo totalitario porta poi alle estreme conseguenze le impostazioni più conservatrici ottocentesche. Cfr. nota successiva.

[5] Cfr. C. PETRONE, *L'essenza dello Stato fascista*, Roma, 1927, 66, secondo il quale nell'ordinamento fascista, poi, non esistevano «cittadini con diritti pubblici» bensì «sudditi dello Stato», per cui vi erano «solo doveri». Cfr., inoltre, G. FERRI, *Sui caratteri giuridici del regime totalitario,* Cremonese – Libraio Editore, Roma, 1937, 20-21 che osserva: «L'individuo non è più considerato come unità astratta, scissa dall'ambiente storico e sociale in cui si pone, ma precisamente in connessione con questo ambiente, e quindi, prima che come cittadino della comunità statale, come appartenente ad un determinato circolo sociale, nel quale le sue necessità e le sue attività lo portano ad operare. L'individuo è quindi considerato come appartenente ad una delle forze attive che operano nella società nazionale e la formano; in altre parole è considerato in quanto è produttore, dando a questo termine un senso ben più vasto della semplice produzione economica. Così l'individuo, come la categoria sociale, è subordinato nei suoi interessi, come la parte al tutto, alle finalità superiori della Nazione».

[6] A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili,* in *Enciclopedia giuridica Treccani* XI, Roma, 1989; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali,* Il Mulino, Bologna, 1984; Sui diritti individuali cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958; M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Carocci Editore, Roma, 2017; Grossi P. F., *I diritti fondamentali ad uso di lezioni*, Giappichelli, Torino; F. MODUGNO, *I «nuovi» diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995

[7] N. BOBBIO, *L'eta dei diritti,* cit., 59 che parafrasa il versetto del Vangelo secondo Marco 2,23-28 per cui «il sabato è fato per l'uomo, non l'uomo per il sabato». «In questa inversione del rapporto fra individuo e stato viene invertito anche il rapporto tradizionale fra diritto e dovere. Nei riguardi degli individui vengono d'ora innanzi prima i diritti e poi i doveri; nei riguardi dello stato prima i doveri e poi i diritti» Bobbio, Norberto. Teoria generale della politica (Piccola biblioteca Einaudi. Nuova serie Vol. 446) (Italian Edition) . EINAUDI. Edizione del Kindle.

dell'individuo» alla salute è probabilmente quello in cui questo ribaltamento di prospettiva nei rapporti fra lo Stato e la persona umana, tra l'autorità e la libertà, è maggiormente visibile[8], come si metterà in evidenza oltre.

In secondo luogo, la salute è presa in considerazione dall'art. 32 come «interesse della collettività», cioè nella sua classica accezione di salute pubblica, che ha tradizionalmente rappresentato un limite per le libertà individuali. Anche la Costituzione repubblicana lo assume in questa sua consolidata accezione, cioè come una legittima causa di limitazione delle libertà. Tutela della salute pubblica, infatti, richiama tutti quei compiti dello Stato volti a proteggere la popolazione dalla diffuzione delle malattie, che si sono sviluppati sulla base degli studi di igiene; compiti che normalmente si esplicano anche attraverso la restrizione di alcune libertà[9]. Nell'articolo 32 Cost. il richiamo a questa dimensione collettiva introduce un'accezione della salute che si pone in conflitto, perlomeno potenziale, con quella appena esaminata, cioè con l'autodeterminazione che scaturisce dal diritto individuale. Alla composizione di questo conflitto provvede il II comma del medesimo articolo, dettando il quadro, valoriale e di regole, che deve guidare il legislatore nell'operazione di bilanciamento necessaria per stabilire che un determinato trattamento sanitario sia obbligatario, affievolendo così l'autodeterminazione individuale connessa alla salute.

In questa medesima accezione, la protezione della salute è, inoltre, espressamente richiamata da vari articoli della Costituzione (si vedano, in modo esplicito, tra gli

[8] S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACHINI (a cura di), *Ambito e Fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Vol. I, Giuffé, Milano, 2010, 169 ss.; P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2008, 403 ss.; F. MODUGNO, T*rattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e Società*, 1982, 303 ss.; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma 1989, 1 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980, 769 ss.; V. POCAR, *Sessant'anni dopo. L'art. 32 della Costituzione e il diritto all'autodeterminazione*, in Sociologia dir., 2009, 3, 159 ss.; P. Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *BioLaw*, 2019, 27 ss.; C. CASONATO, *Introduzione al bio-diritto. La bioetica nel diritto costituzionale e comparato*, Università degli Studi di Trento, 2006

[9] Cfr., su questa accezione della salute, S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* diretto da P. Calamandrei e A. Levi, 1950

altri, l'art. 14 sulla libertà di domicilio e l'art. 16, sulla libertà di circolazione[10]; ma il richiamo alla salute pubblica è implicito anche nella disciplina di altre libertà: si veda ad esempio l'art. 41 Cost.).

Il confronto tra questi articoli appena citati e l'art. 32 Cost. è illuminante per chiarire che la «salute pubblica» è una causa di limitazione delle libertà costituzionalmente garantite che agisce secondo un *doppio binario*. Essa, cioè, opera in modo diverso a seconda del tipo di libertà che si intende limitare. La limitazione delle libertà *diverse* da quella connessa alla propria salute è affidata alla piena discrezionalità del legislatore, che deve, ovviamente, sempre agire secondo i canoni di proporzionalità, necessità, ragionevolezza.

La limitazione della *specifica* libertà riguardante la salute individuale (*rectius*: autodeterminazione) è, invece, più rigorosamente tutelata. Solo nella disciplina costituzionale dell'art. 32, infatti, il limite alla libertà incontra a sua volta un (contro) limite (o limite del limite): il legislatore stesso è sottoposto al rispetto delle condizioni e dei limiti (*invalicabili*) a tutela della libertà sanciti dal II comma dell'art. 32 (si tratta dei «limiti imposti dal rispetto della persona umana» che non possono essere violati «*in nessun caso*»). Solo il rigoroso rispetto di tali limiti, così come specificati e chiariti da una consolidata e copiosa giurisprudenza costituzionale, permette di considerare una legge impositiva di un trattamento sanitario costituzionalmente legittima.

Infine, nella parte in cui l'art. 32 Cost. affida alla Repubblica il compito di garantire cure gratuite, la salute è assunta nella sua dimensione novecentesca, quella di diritto sociale, che evoca un compito di prestazione dello Stato, consistente nella predisposizione dell'apparato di erogazione, a cui si affianca un correlativo diritto individuale. Un diritto che dipende da una scelta politica volta ad assegnare le risorse necessarie per soddisfare i bisogni di cura. Se, durante la prima fase di

[10] Art. 14: Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali.

Art. 16: Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza.

dirittifondamentali.it

implementazione di questo diritto sociale, la scelta politica assumeva un carattere prioritario, non subordinato cioè ai vincoli di bilancio, nel corso degli anni Novanta del secolo scorso le cose sono cambiate. Non senza critiche, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che si tratta di un diritto «finanziariamente condizionato» nella sua estensione dalla quantità di risorse che lo Stato impegna[11], sebbene abbia, comunque sia, riconosciuto che esiste un nucleo duro, definito «irriducibile», che deve essere garantito indipendentemente da ogni considerazione di carattere economico[12].

3. La disciplina costituzionale del trattamento sanitario obbligatorio alla luce dell'art. 32 Cost.

Le prime due accezioni in cui la salute è declinata in Costituzione sono, come osservato, in potenziale contrapposizione tra loro. Il conflitto è solo potenziale perché la dimensione individuale della libertà può certamente coincidere con «l'interesse della collettività», come spesso – peraltro – avviene, in tutti quei casi in cui gli sforzi *individuali* di protezione della salute si orientano nella medesima

[11] Cfr. M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, *Diritto e Società*, 1980, 769 ss.; . M. LUCIANI, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale,* in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico,* Atti del convegno svoltosi al Belvedere di San Leucio (Caserta) nei giorni 23 e 24 marzo 2001, Giappichelli, Torino, 2003, 63 ss.; Corte Cost. 1990.

[12] Cfr. sul punto Corte Cost. 455 del 1990; Corte cost. 304 del 1994. Nella stessa giurisprudenza costituzionale degli anni Novanta e in quella successiva, tuttavia, emerge che questa natura condizionata del diritto non è senza limiti. La Corte costituzionale, in numerose pronunce, ha affermato che non è ammissibile che vi possano essere condizionamenti di natura finanziaria, per lo meno di fronte al nucleo essenziale del diritto alla salute (cfr., fra le tante, Corte Cost. n. 185 del 1998). In numerose sentenze la Consulta ha affermato il principio secondo cui, «una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo [il diritto alla prestazione sociale di natura fondamentale, esso] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali» (sentenza n. 275 del 2016). Nel medesimo senso, da ultimo, Corte Cost. n. 62 del 2020. L'Autore, pur nella convinzione che la razionalizzazione della spesa sia necessaria, chiarisce come l'allocazione delle risorse in sanità debba essere, comunque sia, orientata dal perseguimento dei valori di fondo della nostra Carta Costituzionale. Cfr., in tema, S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse,* tr. It. Bologna, 2000, *passim*.

direzione auspicata per la protezione della salute *pubblica*[13]. Ma ciò non può essere dato per scontato, nel senso che non è certo che avvenga. Scelte individuali, infatti, determinate da convinzioni etiche, religiose, di coscienza, o anche di tipo medico, come nel caso (che si verifica spesso) in cui ci sia un dibattito in corso nell'ambito della stessa clinica medica, possono far emergere un conflitto tra la dimensione individuale e quella collettiva della salute[14].

Inoltre, ed è questo il problema più rilevante, tra le due evocate dimensioni della salute, quella individuale e quella collettiva, può sussistere una relazione antagonista. Ciò emerge fulgidamente proprio dalla storia delle vaccinazioni collettive, che ha messo in luce come una profilassi, necessaria per assicurare la tutela della salute, allo stesso tempo individuale e collettiva, possa arrecare conseguenze pregiudizievoli, sebbene in rarissimi casi, ad alcune persone che si sottopongono al trattamento, le cui sofferenze devono essere prese in carico dalla collettività.

Si comprende, pertanto, che, con riferimento a questioni di questo tipo, ci troviamo di fronte ad una intrinseca problematicità che deve essere sciolta dal legislatore, sia avvalendosi dei più rigorosi dati scientifici, sia facendo un uso del bilanciamento tra i valori costituzionali. Compito, indubbiamente, di notevole complessità. Un uso ragionevole della discrezionalità legislativa, infatti, non solo deve tenere conto dei dati scientifici e della situazione di fatto, ma deve essere rigorosamente improntato ai principi di proporzionalità, necessità, distinguendo le opzioni in base a condizioni di salute, età, sesso, ecc. per evitare di trattare in modo uguale casi diversi o in modo diverso casi uguali.

[13] Occorre incidentalmente notare che data l'alea di incertezza che investe le nuove applicazioni tecnologiche, anche nel campo della medicina, e la diversità di opinioni che sempre più spesso esprime la comunità scientifica, stabilire quali siano i comportamenti appropriati da imporre come obbligatori è un compito molto complesso in periodi ordinari, la cui difficoltà aumenta in periodi emergenziali in cui occorre accelerare le procedure e procedere con meno dati a disposizione.

[14] Spesso infatti accade che, nell'ambito del dibattito scientifico, ci sia una sia pluralità di posizioni, ciò che può portare anche a diverse opzioni sia delle molte istituzioni a cui è attribuito il compito della tutela della salute ovvero vi sia una diversità di vedute tra le posizioni 'ufficiali' e 'non ufficiali' della stessa medicina.

dirittifondamentali.it

Solo così si può immaginare di abbracciare la complessità dei problemi, adottando soluzioni che non solo siano le più garantiste dal punto di vista dei valori coinvolti, ma che siano al contempo anche le più efficaci possibili per la tutela dei due valori richiamati: la garanzia del diritto individuale alla salute e la tutela della salute pubblica, cioè dell'interesse della collettività.

Tale conflitto è stato preso in considerazione dal secondo comma dell'articolo 32 Cost. e su di esso si è formata una giurisprudenza costituzionale che ci ha fornito indicazioni preziose.

L'art. 32 Cost. ha affrontato in modo originale il tema della limitazione della libertà di autodeterminazione connessa alla salute individuale per la garanzia della salute collettiva. Originale perché l'art. 32 Cost. è l'unico articolo in tema di libertà individuali che non si limita ad attribuire alla legge la possibilità di limitare il loro esercizio per la tutela di interessi pubblici (lasciando, pertanto, al legislatore, un ampio margine di discrezionalità), ma che individua, in modo chiaro, il paradigma che deve presiedere al bilanciamento fra i diversi e contrapposti interessi in cui si si articola la salute, letta nella sua duplice dimensione di diritto fondamentale e di interesse collettivo[15].

Come accennato, normalmente, le previsioni costituzionali che riconoscono diritti e libertà affidano alla legge un ampio potere discrezionale con riferimento all'individuazione dei limiti da opporre all'esercizio della libertà stessa. La disciplina costituzionale, dunque, generalmente, si caratterizza per porre a presidio delle libertà alcune garanzie di carattere *formale*, preoccupandosi cioè, in definitiva, che i limiti ai diritti e alle libertà costituzionali possano essere introdotti solo dalla

[15] Come recentemente messo in evidenza da A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris*. osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali, in Rivista AIC, n. 3 del 2001. In tema si veda V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 557 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2015; Id., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979, 900 ss.; S. PANUNZIO, *Vaccinazioni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1994; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, I, 21 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, 2462 ss.; P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso San Raffaele)*, in *Nuova rassegna giurisprudenza civile*, 2000, II, 1 ss.; M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, in *BioLaw*, 2/2019, 541 ss.

legge del Parlamento. Il rispetto delle «forme» prescritte esaurisce, cioè, la garanzia, risolvendosi pressoché integralmente nella stessa riserva di legge. La legge che pone alcuni limiti all'esercizio delle libertà individuali è libera, ovviamente nell'ambito della ragionevolezza, di realizzare, in concreto, il bilanciamento fra le esigenze della libertà e quelle della collettività, cioè tra l'esercizio del diritto individuale e le sue limitazioni, opportunamente individuate dal legislatore per la garanzia di preminenti interessi collettivi.

L'art. 32, è invece il solo che, innanzitutto, chiarisce direttamente quali sono gli interessi contrapposti che vanno valutati nel bilanciamento: da un lato, la salute intesa nella sua declinazione individuale, come autodeterminazione e, dall'altro, la *sola* salute collettiva: è sempre e solo la salute, nelle due differenti – e contrapposte – accezioni, che viene in rilievo, mentre non sarebbe possibile comprimere l'autodeterminazione terapeutica per altri motivi di interesse pubblico[16].

Inoltre, sempre e solo l'art. 32 Cost. pone un limite *invalicabile* al legislatore. La legge può imporre un trattamento sanitario obbligatorio, ma non potrà «*in nessun caso* violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». In ciò risiede la profondità e la novità dell'articolo in questione nel panorama del costituzionalismo novecentesco ed anche la sua singolarità all'interno dello stesso impianto costituzionale: il limite, questa volta, si rivolge al potere[17], non all'esercizio della libertà individuale.

Un limite, però, ben diverso da quelli che si trovano nella disciplina delle altre libertà costituzionali, perché è di carattere *sostanziale*, cioè assiologicamente pregnante, garantendo una tutela rafforzata della libertà. Per questo motivo tale

[16] Nel senso che non sarebbero costituzionalmente ammessi altri motivi di pubblico interesse per la compressione di questa libertà cfr. MORANA D., *La salute come diritto costituzionale. Lezioni,* Giappichelli, Torino, 2015; Id., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici,* Giuffrè, Milano, 2002. Cfr., inoltre, L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, cit., 599 il quale osserva che la compromissione della libertà che ha ad oggetto la salute individuale «lungi dal perseguire un qualsiasi interesse pubblico diverso da quello sanitario (come, ad esempio, "scopi di sicurezza o di giustizia")», deve essere diretta «contestualmente alla tutela della salute della collettività e dello stesso singolo».

[17] S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACHINI (a cura di), *Ambito e Fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. I, Giuffé, Milano, 2010, 169 ss.

limite assume la corrente qualificazione di contro-limite[18] (o limite del limite), cioè di limite posto al potere. Tali espressioni rendono palese che tale clausola svolge una funzione esattamente *opposta* a quella normalmente assunta dalla previsione di limiti in tema di libertà: quella, cioè, di ampliare la libertà[19].

Pur essendo in presenza di una disposizione costituzionale di principio, inevitabilmente soggetta a una pluralità di interpretazioni, il secondo comma detta una regola auto-applicativa e pone un principio chiaro a tutela dell'autonomia individuale, al fine di impedire ogni forma di strumentalizzazione del corpo umano per finalità ultra individuali.

In questo senso, l'art. 32 si manifesta come una delle disposizioni più coerenti con il principio personalistico. Come acutamente osservato, «il rispetto della persona umana coincide con il rispetto della libertà di scelta del singolo, che solo può fissare le modalità e il disegno di essere persona, non essendovi in Costituzione un'immagine preconfezionata della personalità umana imposta all'individuo»[20].

Letto in armonia con gli stessi lavori dell'Assemblea Costituente, in cui emerse chiaramente che la salute individuale investiva una «questione di libertà»[21], non si può non riconoscere che l'art. 32 Cost. è complessivamente orientato a fondare un pieno diritto di auto-determinazione individuale sul proprio corpo[22]. La scelta di campo dell'art. 32 in tema di conflitto fra autorità e libertà, fra imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio e la libertà di disporre di sé, è netta ed è in favore della libertà di autodeterminazione individuale con riferimento alla propria salute.

---

[18] Cfr. R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in *Il Foro Italiano*, 1991, I, c. 15 ss.

[19] S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACHINI (a cura di), *Ambito e Fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. I, Giuffé, Milano, 2010, 169 ss.

[20] F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e Società*, 1982, 303 ss.; M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma 1989, 10.

[21] A. MORO, *Assemblea Costituente, Adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione*, seduta del 28 gennaio 1947. È chiaro che i Costituenti volgevano lo sguardo alle risultanze del processo di Norimberga che, nella sessione dedicata ai crimini compiuti dai medici tedeschi nei campi di concentramento, mise in luce come esseri umani erano stati usati come cavie.

[22] C. IANNELLO, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'auto-determinazione individuale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, *passim.*

Da quanto osservato pare chiaro che nell'impostazione costituzionale è esclusa ogni accezione di *dovere* collegato alla salute[23]. Anche quando entrano in gioco le esigenze della collettività esse sono sempre strettamente collegate a una dimensione della *solidarietà* che non dimentica mai il profilo individuale. L'esigenza di cura dell'individuo concreto e la tutela dei suoi diritti è sempre al centro dell'interesse dell'art. 32, nel senso che «a venire in rilievo, anche nell'interesse collettivo, è il profilo individuale».[24] Ciò che impedisce, radicalmente, che il diritto fondamentale, come accaduto nel passato, possa trasformarsi nel suo opposto, cioè in un dovere dell'individuo verso lo Stato e la collettività[25].

[23] Cfr. in tema, A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Politica del diritto*, 4/1998, 611 e ss.; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Diritto e società*, 1981, 536; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. Cost*., 1982, p. 2469, per la quale «si avrebbe un completo stravolgimento del sistema se nell'attribuzione di un diritto si trovasse anche la giustificazione della sua doverosità». Cfr., in modo conforme, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e Società*, 1982, 311. Per comprendere la concezione che qualifica la salute come dovere Cfr. la nota sentenza della Cassazione sul trapianto di gonadi (*Cassazione pena- le*, 31 gennaio 1934, in *Il Foro Italiano*, 1934, II, 146 ss. su cui cfr. il commento di A. RUIZ, *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*, ivi) che ha dato origine all'art. 5 del c.c. attualmente vigente. Sostiene che l'art. 32 legittimerebbe anche un dovere di curarsi P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ*., 1982, 1045. Appare il caso di sottolineare che recentemente, invece, aumentano le pubblicazioni in cui si ritorna a discorrere di dovere alla salute. Cfr. A. PALMA *Il diritto-dovere alla salute. Diritti e libertà fondamentali*, Cfr. il convegno organizzato dal Centro Studi Borgogna, *La salute tra diritto e dovere: obbligo vaccinale e art. 32 della Costituzione* e, in particolare, l'intervento introduttivo che discorre di vaccinazioni obbligatorie come «scelte strategiche del diritto». Il video è disponibile al seguente link https://www.youtube.com/watch?v=iKPaqikcFt8, minuto 10:04.

[24] Come giustamente messo in rilievo da A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Politica del diritto*, 4/1998, 611. La citazione completa, che chiarisce l'insussistenza di un dovere di curarsi, è la seguente: «è largamente acquisito in dottrina, forse meno in alcuni indirizzi della giurisprudenza, che l'eventuale costrizione alle cure mediche non può essere strumentale ad una sorta di «dovere» di essere sani o di curarsi come principio di ordine pubblico o come presupposto dell'adempimento di doveri costituzionali tipici, ma all'esigenza di preservare e/o curare (insieme a quella del soggetto interessato) la salute degli altri consociati, cosicché – alla fine – a venire in rilievo anche nell'interesse collettivo è il profilo individuale».

[25] Per le tesi che considerano del tutto estraneo al diritto alla salute qualsiasi aspetto di doverosità, cfr. S. PANUNZIO, *Vaccinazioni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1994, 2. Cfr. Corte cost. n. 118 de 1996 che, nel punto 4 del considerato in diritto, discorre di « *coesistenza* tra la dimensione individuale e quella collettiva». Il corsivo è mio.

4. L'obbligo vaccinale nell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale

La giurisprudenza costituzionale ha svelato il senso profondo dell'art. 32, II comma, in tema di trattamenti sanitari obbligatori, chiarendo che il divieto di strumentalizzazione della persona umana è garantito dalla necessaria sussistenza di un doppio beneficio: se il vantaggio riguarda non solo la collettività ma anche, al tempo stesso, la persona che subisce il trattamento, questo rischio è scongiurato.

Per utilizzare le parole del Giudice delle Leggi, l'obbligo in materia di salute individuale deve essere teso «non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale».

Ciò significa, come ribadito dalla stessa Consulta, che *le sole esigenze di tutela della collettività* «non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente»[26].

Ciò che è impedito dai «limiti *imposti* dal rispetto della persona umana» è, come sopra osservato, la strumentalizzazione dell'individuo per finalità di interesse collettivo. Continuando ad usare le parole della Consulta, «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, *fossero pure tutti gli altri*»[27].

Quindi, la circostanza che il trattamento sanitario impedisca il prodursi di un danno agli altri è solo una condizione, *necessaria ma non sufficiente*, della limitazione della libertà di auto-determinazione connessa alla propria salute.

Proprio questa giurisprudenza costituzionale che si occupa dei casi in cui la dimensione della salute «individuale e collettiva entrano in conflitto»[28] non solo ha contributo a chiarire il senso profondo dell'art. 32 Cost. e cioè che l'«autodeterminazione» inerisce proprio «al diritto di ciascuno alla salute in quanto

[26] Corte cost. n. 253 del 2003, punto 2 del considerato in dritto.
[27] Core cost. n. 118 del 1996.
[28] Corte cost. n. 118 del 1996, punto 4 del considerato in diritto.

diritto fondamentale»[29], ma ci ha fatto comprendere come questa autodeterminazione sia anche *qualitativamente* diversa dalle altre forme di autodeterminazione connesse all'esercizio delle numerose libertà individuali tutelate dalla Carta del 1948. Solo in questo caso, infatti, quel «principio generale» di matrice liberale «che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri»[30], ha concreta ed effettiva vigenza, come espressamente ribadito dalla stessa Consulta[31].

L'art. 32 appare, quindi, una coerente attuazione del paradigma del costituzionalismo delle origini relativo alla limitazione dei diritti. Il riferimento è all'articolo 4 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* secondo il quale «La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l'esercizio

[29] Corte cost. n. 307 del 1990, punto 2 del considerato in diritto.

[30] Corte cost. n. 218 del 1994, punto 2 del considerato in diritto.

[31] A rafforzare ulteriormente l'impronta personalistica di questa disciplina è anche l'«obbligo» costituzionale di far ricadere sulla collettività «il sacrificio» eventualmente subito dalla persona per quelle conseguenze negative che, sebbene raramente, possono verificarsi. La forza con cui si impone, in questo caso, il dovere di solidarietà verso la persona che ha subito un pregiudizio a seguito della limitazione della sua libertà, ne caratterizza lo stesso regime dei limiti. In Corte cost. n. 307 del 1990, punto 2 del considerato in diritto, la Consulta ha chiarito che un tale trattamento «può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili». Per cui, prosegue la Corte, «Un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute - e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario - implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare, finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito». Concetto ribadito e approfondito da Corte cost. n. 118 del 1996, nella parte in cui ha preso atto che a fronte questi trattamenti (definiti «"scelte tragiche" del diritto», punto 4 del considerato in diritto), la collettività ha non tanto il dovere, «ma l'obbligo di ripagare il sacrificio che taluno si trova a subire per un beneficio atteso dall'intera collettività». Sarebbe, infatti, contrario al principio di giustizia, come risultante dall'art. 32 della Costituzione, alla luce del dovere di solidarietà stabilito dall'art. 2, «che il soggetto colpito venisse abbandonato alla sua sorte e alle sue sole risorse o che il danno in questione venisse considerato come un qualsiasi evento imprevisto al quale si sopperisce con i generali strumenti della pubblica assistenza, ovvero ancora si subordinasse la soddisfazione delle pretese risarcitorie del danneggiato all'esistenza di un comportamento negligente altrui». (Corte cost. n. 118 del 1996, punto 5 del considerato in diritto). Coerentemente, Corte cost. n. 107 del 2012, ha ampliato le garanzie costituzionali in materia di trattamenti sanitari, prevedendo il diritto all'indennizzo in ragione di danni conseguenti a vaccinazioni anche solo legislativamente «raccomandate».

dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Questi limiti possono essere determinati soltanto dalla legge». Un principio che, sebbene abbia rappresentato il faro del costituzionalismo liberale[32], non si può certo ritenere abbia illuminato il concreto funzionamento degli ordinamenti statuali. Non solo perché il giuspositivismo ottocentesco aveva elaborato la nota teoria dei diritti pubblici soggettivi come «autolimitazioni» dello Stato, conferendo ai diritti una dimensione che si esauriva interamente nella legge (cioè, completamente modellabili dal legislatore)[33], ma anche perché questo paradigma è risultato di difficile attuazione nelle stesse democrazie postbelliche, in cui i margini di intervento del potere pubblico, in funzione limitativa delle libertà costituzionali, sono risultati spesso molto ampi e non necessariamente legati alla produzione di un effettivo danno ad altri[34].

L'art. 32, invece, si pone nella scia del richiamato art. 4 interpretato però alla luce del personalismo che ispira tutto l'impianto della Costituzione nella misura in cui non solo evoca il paradigma liberale ma, in coerenza con le esigenze di tutela della persona, lo porta addirittura verso nuovi confini: la limitazione della libertà di

[32] Cfr. in proposito, J. S. MILL « [...] l'unica ragione per cui il potere è legittimamente autorizzato ad usare la forza contro un membro di una civile comunità è quello d'impedire che noccia agli altri. Il bene tanto fisico che morale di quest'ultimo individuo, non è una giustificazione sufficiente. Nessuno può essere costretto a fare o non fare qualcosa per la ragione che sarebbe meglio per lui, o perché quella cosa lo renderebbe più felice, o perché nella mente dei terzi ciò sarebbe saggio, od anche giusto. Possono essere queste buone ragioni per fargli qualche rimostranza, per ragionare con lui, per persuaderlo e per pregarlo, ma non per costringerlo suo malgrado, o per recargli alcun male quando agisca altrimenti. La coazione non è giustificata se non allorché si ritiene che la condotta di un individuo porti un danno ad un altro. L'uomo non deve rispondere verso la società se non delle cose che possono concernere i terzi: per quello che non interessa che lui, la sua indipendenza è di diritto assoluta. Sopra se stesso, sul suo corpo e sul suo spirito l'individuo è sovrano» J. S. MILL, *La libertà,* (cap. I), in *Biblioteca di Scienze politiche* diretta da A. Brunialti, volume V, Torino, Unione Tipografico editrice, 1890, 11-12

[33] Cfr. G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* [ed. or. 1892], ed. it. a cura di V.E. Orlando, Società Editrice Libraria, Milano, 1912

[34] A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, 83 ss. P. VERONESI, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in *BioLaw*, 2/2018, 77 ss. In senso difforme cfr.. G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, ora in ID., *Le istituzioni della democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2014, 169 ss.); G. AMATO, *Guasto è il mondo, meno libertà?*, cit., 183 ss.

autodeterminazione connessa alla salute in tanto è legittima in quanto all'esigenza di prevenire un «danno» ad altri si accompagni, *necessariamente*, anche il «beneficio» per la persona che subisce la compressione della propria autodeterminazione.

Fedele espressione dell'impronta personalista di questa disposizione è anche l'«obbligo», desunto in via interpretativa dalla Consulta[35], di tenere indenne la persona che si è sottoposta al trattamento sanitario per il caso in cui abbia patito delle conseguenze negative. Proprio perché non può ammettersi «il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri», non sarebbe possibile abbandonare a sé stesso il vaccinato che ha subito una conseguenza sfavorevole. I principi costituzionali *impongono* di far ricadere sulla collettività «il sacrificio» eventualmente subito dalla persona per quelle conseguenze negative che, sebbene rarissimamente, possono verificarsi. Lo stesso regime dei limiti è quindi modellato dal dovere di solidarietà della collettività verso la persona che ha subito un pregiudizio a seguito della limitazione della sua libertà. La dimensione solidaristica, cioè, non perde mai di vista la cura della persona concreta.

Lungi dal presentarsi come una mera prevalenza dell'interesse collettivo su quello individuale, queste ulteriori specificazioni del limite confermano che la disciplina e lo spirito dell'art. 32 Cost. vanno concordemente nella direzione di garantire la più ampia tutela della persona umana[36].

---

[35] Cfr. Corte cost. n. 307 del 1990. Cfr. il punto 2 del considerato in diritto che si riferisce all'ipotesi in cui la vaccinazione abbia causato un danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio. A tale proposito osserva la Corte che «il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria» perché non può ammettersi «il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri». Pertanto, prosegue il Giudice delle Leggi, «un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute - e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario - implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento». In caso contrario sarebbe «sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito».

[36] A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Politica del diritto*, 4/1998, 611.

Anche quando viene in rilievo la necessità di tutelare l'interesse della collettività alla salute, dunque, è la tutela della dimensione individuale, cioè della persona che si è sottoposta al trattamento, ad occupare interamente la scena. Tanto che la presa in carico da parte della collettività delle conseguenze sfavorevoli patite dal singolo in seguito alla vaccinazione diventa un «obbligo» costituzionale, che integra le condizioni di legittimità costituzionale della limitazione dell'auto-determinazione individuale[37].

È significativo che un'oramai consolidata giurisprudenza costituzionale[38] abbia molto rafforzato questo dovere di presa in carico dei danni patiti dal vaccinato, estendendo quest'obbligo solidaristico anche alle vaccinazioni meramente raccomandate, cioè quelle in cui il legislatore ha espresso «maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale (o, nel caso di minori, alla responsabilità dei genitori) e, quindi, *al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute*, tutelato dal primo comma dell'art. 32 Cost»[39]. La raccomandazione, osserva la Corte, è infatti «pur sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (*anche*) collettivo»[40]

Da questo punto di vista, secondo la Corte, «non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione»[41], tanto più che normalmente si assiste a «diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore dei trattamenti vaccinali» che instaurano «un affidamento nei confronti di quanto consigliato dalle autorità sanitarie: e ciò rende la scelta individuale di aderire alla raccomandazione di per sé

[37] Come giustamente messo in rilievo da A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, cit., 611, «a venire in rilievo anche nell'interesse collettivo è il profilo individuale».

[38] sentenze n. 107 del 2012 (riguardante la vaccinazione per contrastare morbillo, parotite e rosolia), n. 423 del 2000 (con riferimento alla vaccinazione, allora solo raccomandata, contro l'epatite B) e n. 27 del 1998 (relativa alla vaccinazione, anch'essa allora solo raccomandata, contro la poliomielite), Corte cost. n. 268 del 2017 relativa al vaccino antinfluenzale, solo raccomandato

[39] 2017, punto 6 del considerato in diritto. Corsivo mio.

[40] 2017, punto 6 del considerato in diritto. Corsivo mio.

[41] 2017, punto 6 del considerato in diritto

obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo, al di là delle particolari motivazioni che muovono i singoli»[42].

Le esigenze di solidarietà della collettività verso l'individuo, dunque, non si disgiungono mai dalla cura, nel senso più pregnante, della persona umana: comunque sia qualificato il vaccino, obbligatorio o raccomandato, la collettività deve venire in aiuto della persona eventualmente lesa. Anche se orientati alla tutela dell'interesse collettivo alla salute, i trattamenti obbligatori come i vaccini, alla luce del principio ispiratore dell'art. 32 Cost., non postulano affatto una subordinazione dell'individuo alla collettività e allo Stato, trasformando il diritto in una situazione di *dovere* (ciò che appare, in realtà, un retaggio di altra epoca storica da cui la Costituzione ha voluto prendere nettamente e radicalmente le distanze).

5. Le «scelte tragiche» del diritto ai tempi del Sars-Cov-2 e l'irragionevolezza dell'obbligo generalizzato

Pur nell'ambito del preciso solco tracciato dall'art. 32 della Costituzione che ci indica le condizioni in virtù delle quali l'imposizione di un trattamento sanitario possa essere considerato costituzionalmente legittimo, la Corte costituzionale ha chiarito che quella della vaccinazione obbligatoria rappresenti – comunque sia – una «scelta tragica» del diritto[43].

Occorre tener presente che la Corte costituzionale affermava la tragicità della scelta con riferimento a vaccini storici, dotati cioè di un'autorizzazione all'immissione in commercio piena, abbondantemente collaudati nel tempo e per i quali, dunque, era

[42] 2017, punto 6 del considerato in diritto

[43] Corte cost. Corte cost. n. 118 del 1996, nella parte in cui ha preso atto che a questi trattamenti rappresentano delle «"scelte tragiche" del diritto», punto 4 del considerato in diritto. « L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri. Finché ogni rischio di complicanze non sarà completamente eliminato attraverso lo sviluppo della scienza e della tecnologia mediche - e per la vaccinazione antipoliomielitica non è così -, la decisione in ordine alla sua imposizione obbligatoria apparterrà a questo genere di scelte pubbliche».

nota un'ampia gamma di dati di carattere scientifico, provenienti da molti anni di farmacovigilanza e di studi scientifici.

La tragicità dell'imposizione dell'obbligo, per continuare ad usare l'efficace espressione della Consulta, in periodi come quello che stiamo vivendo, si acuisce, perché, da un lato, manca un'ampia quantità di dati che provengono dalla pratica clinica, regnando una situazione di incertezza, in continua e rapida evoluzione[44]; dall'altro lato, la stessa situazione di fatto è in continuo ed *imprevedibile* movimento. Questa considerazione non stupisce ove si pensi che la scienza contemporanea ha perso, oramai da tempo, il proprio statuto epistemologico che per secoli è stato quello della dispensatrice di certezze[45], qualificandosi, sempre più, come «scienza incerta»[46]. Si è pertanto assistito a un radicale mutamento dei rapporti tra la scienza e la società, che dovrebbero essere governati, dal diritto e dalla politica, attraverso una ampia applicazione del principio precauzionale.

Se, da un punto di vista generale, il bilanciamento in materia deve essere sempre particolarmente rigoroso, cioè proporzionato e sostenuto da stretta necessità (perché l'obbligo vaccinale, come osservato, affievolisce un diritto di

[44] Si pensi solo alle questioni suscitate dall'indicazione relativa alla fascia di età per sottoporsi alla vaccinazione che, in qualche caso, è stata radicalmente modificata nel giro di poche settimane o, ancora, alle incertezze ancora da sciogliere in merito alla durata temporale della protezione offerta dai singoli vaccini.

[45] Con particolare riferimento ai rapporti tra scienza e diritto, cfr. A. CERRI, *Diritto e scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione,* in *Studi parl. pol. cost.,* 2003, 7. Sui rapporti tra diritto e tecnica si veda F. SALMONI, *Le norme tecniche,* Milano, Giuffrè, 2001; L. Violini, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo,* Milano, Giuffrè, 1996. Per una efficace sintesi degli studi sociologici in argomento cfr. P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?,* Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 1 e ss. U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità,* Roma, 2000.

[46] In tema cfr. M. TALLACHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta,* in S. GRASSI-M. CECCCHETTI-A. ANDRONIO, *Ambiente e diritto,* 1999, Firenze, 57 e ss. che analizza il principio di precauzione. L'autrice osserva come il principio di precauzione rifletta «il generale mutamento di ottica e di prospettiva del pensiero giuridico che consegue al venire meno del tradizionale fondamento epistemologico della certezza assoluta della scienza». Una scienza, cioè, che diviene sempre più «scienza incerta» e che invece di dispensare certezze ragiona sempre più in termini probabilistici. Vale la pena ricordare che, nel 1949, il massimo riconoscimento scientifico per la medicina a livello mondiale, il premio Nobel, fu attribuito a António Caetano de Abreu Freire Egas Moniz per aver concepito la leucotomia prefrontale, ossia il primo esempio di quella pratica medica che è stata successivamente qualificata lobotomia. Alcuni decenni dopo, molti Stati l'hanno vietata. Sui rapporti tra tecnica e diritto imprescindibile, anche per la sua grandissima attualità, N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su Diritto e Tecnica*, Roma-Bari 2001.

dirittifondamentali.it

autodeterminazione individuale costituzionalmente tutelato), in un momento come quello attuale, di fronte ad un virus che non si conosce ancora a fondo (per cui i dati scientifici non possono che essere incerti e provvisori), il bilanciamento tra rischi e benefici è molto complesso e richiede una ponderazione quanto mai attenta ed equilibrata.

In questi casi al legislatore, stando sempre a quanto affermato dalla Corte costituzionale, non è consentito un esercizio pienamente libero della sua discrezionalità. In tali ambiti la discrezionalità del legislatore, infatti, è condizionata dalle evidenze scientifiche[47]; non che il parere di medici si debba sostituire a quello delle autorità politiche, sia chiaro; ma certo è che l'analisi attenta e scrupolosa dei dati e delle evidenze scientifiche è un elemento basilare di ogni bilanciamento relativo alla tutela della salute. Inoltre, le precauzioni devono essere massime, come ha chiarito la stessa Consulta[48]: «proprio per la necessità di realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva, entrambe costituzionalmente garantite, si renderebbe necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico – a livello primario attesa la riserva relativa di legge, ed eventualmente a livello secondario integrativo – che, alla luce delle conoscenze scientifiche acquisite, individuasse con la maggiore precisione possibile le complicanze potenzialmente derivabili dalla vaccinazione, e determinasse se e quali strumenti diagnostici idonei a prevederne la concreta verificabilità fossero praticabili su un piano di effettiva fattibilità». Con questa affermazione il Giudice delle leggi ha inteso indicare al

[47] Cfr. Corte Cost. n. 282 del 2002 con affermazioni spesso ribadite nella giurisprudenza successiva. Cfr., ad esempio, Corte Cost. n. 151 del 2009 in tema di fecondazione assistista e, in tema di vaccinazione obbligatoria, si veda Corte Cost. n. 5 del 2018.

[48] Corte Cost. n. 258 del 1994, punto 5-bis del considerato in diritto. Nel punto 5 del considerato in diritto la Corte scrive «le ordinanze di rimessione privilegiano evidentemente il profilo individuale di tutela della salute con considerazioni volte a sottolineare la necessità che il soggetto vaccinando sia messo quanto più possibile al riparo dai rischi di complicanze da vaccino. Tali considerazioni meritano attenta riflessione ma non possono essere correttamente apprezzate se non in necessario bilanciamento con la considerazione anche del parallelo profilo che concerne la salvaguardia del valore (compresente come detto nel precetto costituzionale evocato) della salute collettiva, alla cui tutela - oltre che, (non va dimenticato) a tutela della salute dell'individuo stesso - sono finalizzate le prescrizioni di legge relative alle vaccinazioni obbligatorie».

legislatore la strada per operare un corretto bilanciamento tra le esigenze individuali e quelle collettive connesse alla salute, facendo, tuttavia, esercizio di *self restraint*. L'«adeguamento a Costituzione che si prospetta», osservò la Consulta nel caso concreto, non si presenta, tuttavia, «a rime obbligate» perché implica «ineludibilmente l'intervento del legislatore, al quale questa Corte non può sostituirsi». La questione non fu, dunque, giudicata nel merito. Il giudice delle leggi non perse, tuttavia, l'occasione di lanciare un monito al legislatore affinché «siano individuati e siano prescritti *in termini normativi, specifici e puntuali*, ma sempre entro limiti di compatibilità con le sottolineate esigenze di generalizzata vaccinazione, gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze»[49].

La tradizionale lettura che di questo articolo della Costituzione ha dato il giudice delle leggi, alla luce della attuale situazione di fatto[50], fa dubitare della legittimità costituzionale dell'imposizione di un obbligo *generalizzato*, cioè rivolto all'intera popolazione, come pure è stato autorevolmente sostenuto[51]. Un obbligo che presupporrebbe un bilanciamento tra rischi e benefici effettuato una sola volta per

[49] Corte Cost. n. 258 del 1994, punto 6 del considerato in diritto. Corsivo mio.

[50] Rispetto alla quale assume un ruolo importante anche la circostanza per cui gli stessi enti regolatori dei farmaci hanno dovuto utilizzare procedure diverse da quelle ordinarie. Si legga, a tale proposito, il Piano Strategico per la vaccinazione anti SARS COV 2/COVID 19 contenente *Elementi di preparazione e implementazione della strategia vaccinale,* elaborato da Ministero della salute, ISS, AIFA, Commissario straordinario emergenza Covid 19, approvato con D.M. del 12 marzo 2021, pubblicato in G.U. 24.3.21, n. 72 in cui si legge che «la situazione di emergenza e la necessità di accelerare i tempi per poter avere a disposizione dei vaccini sicuri ed efficaci hanno reso necessario il ricorso a procedure del tutto innovative». Ed ancora: «l'agenzia europea per i medicinali, onde contribuire all'accelerazione del processo senza venir meno al proprio fondamentale ruolo, sta procedendo con una procedura finalizzata, definita di *rolling review*». Come chiarito nel sito dell'EMA (https://www.ema.europa.eu/en/news/ema-starts-rolling-review-sputnik-v-covid-19-vaccine Rolling review) «A rolling review is a regulatory tool that EMA uses to speed up the assessment of a promising medicine during a public health emergency. Normally, all data on a medicine or vaccine's effectiveness, safety and quality and all required documents must be ready at the start of the evaluation in a formal application for marketing authorisation. In the case of a rolling review, EMA's human medicines committee (CHMP) reviews data as they become available from ongoing studies. Once the CHMP decides that sufficient data are available, the company can submit a formal application. By reviewing the data as they become available, the CHMP can come to an opinion on the medicine's authorisation sooner».

[51] A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Diritti fondamentali*, 2/2021, 184 che osserva: « La soluzione qui patrocinata è, dunque, favorevole – come si è venuti dicendo – alla estensione generalizzata dell'obbligo di vaccinazione.

tutti. Un obbligo cioè che, non differenziando (tra bambini, adolescenti, giovani, adulti e anziani, donne e uomini, condizioni di fragilità, in base al tipo di attività esercitata che pone la persona ad un rischio più o meno alto di contagiarsi e di contagiare, ecc.) sia invece rivolto, indifferentemente, a tutta la popolazione pare difficilmente sostenibile sul piano della ragionevolezza e del rispetto dell'art. 32 Cost. Peraltro, gli stessi dati scientifici, come ad esempio quelli pubblicati periodicamente dall'istituto superiore di sanità, sono estremamente attenti alle differenze (di fascia di età, di sesso, di condizioni di salute pregresse, ecc.) per cui, lungi dall'indicare la strada della generalizzazione, sono acquisiti proprio con l'intenzione di aiutare la migliore comprensione possibile della complessità della situazione di fatto, disaggregando i dati riferirti all'intera popolazione.

Con riferimento ai provvedimenti di carattere legislativo che hanno, a più riprese, introdotto l'obbligo vaccinale, occorre fare una valutazione differenziata.

Queste esigenze di ponderazione e di bilanciamento sono state prese in considerazione dal primo decreto legge che ha introdotto l'obbligo vaccinale per i sanitari. Come è noto, infatti, l'atteggiamento del governo nell'esercizio della funzione legislativa (art. 4 del d. l. n. 76 del 2021 del primo aprile 2021[52]) ha mostrato prudenza nella misura in cui ha introdotto un obbligo solo per alcune qualificate categorie di professionisti (medici, infermieri e operatori sanitari). Si è operato, dunque, un bilanciamento specifico, perché ha riguardato solo quelle categorie professionali che, da un lato, sono più molto più esposte al pericolo di contagio, dall'altro, sono quotidianamente in contatto con persone fragili, cioè con quella parte della popolazione che è maggiormente esposta a subire danni importanti dalla contrazione dell'infezione[53]. Una normativa, che, occorre

[52] In presenza di una determinata situazione epidemiologica: i dati dello stesso primo aprile 2021, ad esempio, riportano oltre 500 morti e oltre 22.000 contagiati, oltre 32.000 ricoverati e 3681 degenti in terapia intensiva.

[53] P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44,* in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2021, 1, I, 152 ss.; M. Mocella, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea*, in *Diritti fondamentali*, 2/2021; M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021, 79 ss.; M. VERZARO, Ab*undans cautela non nocet. A (s)proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus,* in *Federalismi.it*, 2021, f.6, 267 ss.

ribadirlo, lascia peraltro uno spazio non residuale all'autodeterminazione, perché, da un lato, è previsto l'affidamento del lavoratore che si rifiuta di vaccinarsi ad altre mansioni non in contatto con il pubblico; dall'altro, quando ciò non sia possibile, è prevista una sanzione sì di notevole entità (sospensione dello stipendio) ma limitata nel tempo e sottoposta ad una duplice e alternativa condizione risolutiva: «fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021»[54].

Questa disciplina, peraltro, allo stato delle conoscenze del tempo, pareva integrare entrambi i requisiti costantemente richiesti dalla giurisprudenza costituzionale per l'imposizione dell'obbligo vaccinale: oltre al beneficio per l'individuo sottoposto al trattamento, un beneficio anche per la collettività, consistente nella tutela della salute dei terzi «dal rischio di contagio»[55]. Addirittura, in questo periodo la poltica di sanità pubblica faceva dell'immunizzazione dal contagio l'elemento chiave della campagna vaccinale, puntando al raggiungimento dell'immunità di gregge attraverso la vaccinazione. L'unico elemento dubitativo consisteva nella percentuale di vaccinati che avrebbero dovuto immunizzarsi per raggiungere questo risultato. Questo stesso intervento in materia, nello specifico contesto delineato e allo stato delle conoscenze allora disponibili, non solo pare ragionevole, ma conferma anche che ogni misura sull'obbligo vaccinale, in quanto potenzialmente lesiva del fondamentale diritto di autodeterminazione, debba essere ispirata ai canoni di ragionevolezza, proporzionalità e necessità così come interpretati dalla Consulta.

Lo stesso piano vaccinale, del resto, approvato, in una prima fase con D.M. del Ministro della salute del 2 gennaio 2021 e, in una seconda fase, con d.m. del Ministro della salute del 12 marzo 2021, è stato impostato sul piano della raccomandazione (che quindi salvaguarda per definizione l'auto-determinazione

[54] Una condizione, la prima, che dovrebbe peraltro considerarsi realizzata, visto che il piano non prevede una soglia minima di popolazione da vaccinare ed è impostato sulla base della volontarietà: completa attuazione dovrebbe, dunque, significare che tutti i potenziali beneficiari della vaccinazione siano stati messi nelle condizioni di potersi vaccinare.

[55] Così si esprime la Consulta: «Tutelare la salute dei terzi nei settori nei quali esista un serio rischio di contagio» Cost. Corte Cost. 218 del 1994 punto 2 del considerato in diritto

individuale) ed ha accuratamente individuato i soggetti da vaccinare prioritariamente (ma sempre volontariamente) con riferimento alla specificità della professione, partendo innanzitutto dall'età e dalla condizione di fragilità[56] (operatori sanitari, personale scolastico, soggetti anziani e soggetti fragili).

Ciò conferma che l'approccio in tema di trattamenti sanitari *obbligatori* dovrebbe essere ispirato alla massima cautela, bilanciando correttamente interesse collettivo e auto-determinazione individuale, come suggerito dalla stessa giurisprudenza costituzionale, sempre attenta a conciliare la dimensione individuale della salute, espressa nel diritto fondamentale, e quella dell'interesse della collettività, che mai può arrivare ad annullare il primo, trasformando la salute, come fu in passato, in un dovere verso la collettività.

Le cose, tuttavia, sono sensibilmente cambiate con gli altri decreti legge che hanno progressivamente ampliato l'obbligo vaccinale, prima a personale della scuola, delle forze armate e forze dell'ordine (il riferimento è al d.l. n. 172/2021) fino all'ultimo decreto legge (d.l. n. 1/2022), ancora in corso di conversione, che ha introdotto un obbligo generalizzato per gli ultra cinquantenni.

Infatti, da un lato, l'ampliamento progressivo della platea dei destinatari dell'obbligo rende meno specifico il bilanciamento; dall'altro lato, questi obblighi sono stati previsti quando oramai la copertura vaccinale del paese era tra le più alte del mondo. Discriminante, tuttavia, per dubitare della legittimità costituzionale degli ultimi decreti legge in materia è un'altra dirimente questione. Quando questi ulteriori provvedimenti legislativi d'urgenza sono stati adottati, infatti, era oramai

[56] D.M. Ministero della Salute, 12 marzo 2021, Approvazione del Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 costituito dal documento recante «Elementi di preparazione della strategia vaccinale», di cui al decreto 2 gennaio 2021 nonché dal documento recante «Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti SARS-CoV-2/COVID-19» del 10 marzo 2021. (21A01802). Si tratta di d.m. approvati sulla base dell' Art. 1, comma 457 della LEGGE 30 dicembre 2020, n. 178, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023. (20G00202), secondo cui «Per garantire il più efficace contrasto alla diffusione del virus SARS-CoV-2, il Ministro della salute adotta con proprio decreto avente natura non regolamentare il piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, finalizzato a garantire il massimo livello di copertura vaccinale sul territorio nazionale».

dirittifondamentali.it

chiaro che la vaccinazione non impediva la trasmissione del virus[57], sebbene apportasse un beneficio individuale in termini di minore letalità. Ci troviamo, pertanto, di fronte ad una chiara ipotesi di irragionevolezza della legge per incoerenza tra i fini perseguiti e i mezzi predisposti. Infatti, solo l'impedimento del contagio integra quel beneficio della salute pubblica richiesto dalla Consulta come requisito indefettibile perché l'art. 32 Cost. sia rispettato e la libertà di autodeterminazione del singolo ceda di fronte alle esigenze di tutela della collettività.

La riduzione della probabilità di morire a causa del virus, infatti, non può certo essere un obiettivo di salute pubblica, essendo estraneo all'impostazione costituzionale un obbligo di cura (sia in caso di pericolo attuale, come ad esempio per i testimoni di Geova, sia per prevenire tale pericolo, come nel caso di specie). Il beneficio per la salute pubblica nemmeno può risiedere nella riduzione del carico sulle strutture sanitarie, che non è elemento contemplato dall'art. 32 Cost. per ammettere la compatibilità costituzionale di una legge impositiva di un trattamento sanitario. Peraltro, a parte la circostanza che le terapie intensive al tempo dell'adozione di questi provvedimenti erano (e sono) per fortuna ben lungi dall'essere saturate, questo dato dovrebbe far riflettere sulla ammissibilità costituzionale delle politiche di tagli alla spesa sanitaria e di riduzione dei posti letto che hanno ispirato il funzionamento del servizio sanitario nazionale conformandolo al modello aziendale e al principio di concorrenza[58].

Ispirata agli stessi principi dovrebbe essere anche la normativa sulla cosiddetta tessera verde, che esula dalla presente indagine, ma che ha molti tratti in comune con il tema trattato, non foss'altro perché i requisiti per ottenere tale certificazione (a parte la pregressa infezione), nella sua versione iniziale, erano proprio due differenti trattamenti sanitari: il vaccino e l'accertamento diagnostico di negatività

[57] Cfr. sul punto V. BALDINI, *Ecco perché la Corte costituzionale potrebbe censurare l'obbligo vaccinale*, in *Informazione cattolica*, 19 settembre 2021 per il quale «In fine, un vulnus di ragionevolezza si mostrerebbe anche in relazione al profilo dell'adeguatezza della misura rispetto al fine perseguito attraverso di essa giacché, se questo fosse la prevenzione dal rischio contagio, esso risulterebbe smentito innanzitutto dalla prova dei fatti».

[58] In tema cfr. C. IANNELLO, *Servizio sanitario nazionale e Sars-Cov-2: note critiche sulle politiche di promozione della concorrenza nella sanità,* in *Biolaw Journal*, 4/2021, 57-73

al virus. Anzi, in quest'ultimo caso, la prudenza dovrebbe essere anche maggiore perché questa normativa non riguarda solo l'autodeterminazione individuale relativa alla propria salute (come fanno, ordinariamente, le legislazioni in tema di vaccinazione obbligatoria, impedendo l'esercizio *solo* di una *determinata* facoltà, come, ad esempio, l'iscrizione alla scuola primaria per i minori non vaccinati), ma interferisce con l'esercizio di una pluralità di libertà costituzionali che si estrinsecano «nell'ambito delle formazioni sociali in cui l'individuo svolge la sua personalità», a cominciare dai luoghi di lavoro per finire con quelli della socialità.

Anche in questo caso la valutazione dei provvedimenti di decretazione d'urgenza che hanno introdotto questo strumento deve essere articolata. La prima formulazione della tessera verde introduceva un obbligo o un onere (poco cambia) di trattamento sanitario (tampone o vaccino) per accedere a determinati luoghi della vita associata, sempre quando lo stato delle conoscenze scientifiche faceva ipotizzare un'efficacia della vaccinazione nel bloccare la diffusione del virus e poteva pertanto ritenersi aderente allo scopo perseguito.

Le ulteriori estensioni di questa certificazione e l'introduzione del cosiddetto *super green pass*, non solo hanno previsto una ipotesi di obbligo o di onere relativo alla sola vaccinazione (per ottenere questo *pass*, infatti, il tampone non è più consentito) per l'esercizio di un'amplissima gamma di libertà costituzionali di carattere fondamentale, ma lo hanno fatto quando oramai le evidenze scientifiche hanno contraddetto il presupposto su cui tale strumento si fondava (cioè la capacità del vaccino di bloccare il contagio), inficiando così lo scopo che il provvedimento si prefiggeva. Anche in questo caso, dunque, pare essere di fronte ad un'ipotesi di irragionevolezza per evidente incongruità tra fini perseguiti e mezzi impiegati[59].

[59] Cfr. in tema V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra ripristino della legalità costituzionale perduta e realizzazione di un nuovo ordine costituzionale. Aspetti problematici della tutela della salute pubblica in tempo di pandemia*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2021, 299, secondo cui «Rispetto all'ordinaria profilassi, pertanto, la certificazione verde appare come una soluzione del tutto inadeguata e sproporzionata, negli effetti sanzionatori connessi alla carenza di possesso della stessa». Osserva P. VERONESI, *I trattamenti sanitari obbligatori, ovvero del circoscritto limite alla libertà di salute*, in *Biolaw Journal*, 4/2021, 245 e ss. che «L'assolutezza del riconoscimento concesso alla libertà di salute la rende pertanto opponibile sia nei confronti dello Stato, sia nei rapporti inter privati, proteggendo da ogni rischio di pericolosa

Peraltro, come è stato osservato in dottrina, con una normativa che oramai non si fa più scudo nemmeno dell'emergenza[60], quasi che si volesse imporre un'autorizzazione, temporanea e rinnovabile (quindi sempre *sub condicione*), all'esercizio delle più elementari e fondamentali libertà, che farebbe regredire la condizione dei diritti costituzionali anche al di sotto delle garanzie loro apprestate dal giuspositivismo ottocentesco, con la nota e richiamata teoria dei diritti individuali come autolimitazioni dello stato, che, almeno, aveva il pregio di non discriminare tra i 'sudditi', ma li trattava tutti allo stesso modo, 'concedendo' a tutti l'esercizio dei diritti[61].

---

funzionalizzazione del diritto stesso e, di conseguenza, di strumentalizzazione della persona in capo alla quale esso è riconosciuto» (ivi, 247-8). Prosegue l'Autore osservando che «Non sarà ugualmente possibile imporre a nessun soggetto consapevole e informato un trattamento accertamento nel suo solo interesse contro la sua volontà, dando così corpo a un generalizzato dovere di curarsi che non trovo alcuno spazio nella trama della costituzione. Negare ciò darebbe luogo all'inevitabile strumentalizzazione dell'individuo per un fine eteronomo e assorbente, derogando a uno dei più condivisi e manifesti significati del concetto di dignità, aprendosi le porte all'inevitabile funzionalizzazione dello stesso diritto alla salute (che tale non può essere senza perdere la sua natura di libertà): ciò sarebbe dunque in aperto contrasto con le più autentiche istanze personalistiche e pluraliste assorbite dalla nostra costituzione» (ivi, 256).

[60] A. MORELLI, F. SALMONI, *Osservazioni eretiche sul Super green pass*, in *LaCostituzione.info,* 9 dicembre 2021 che, a proposito del Il decreto-legge n. 172 del 2021, osservano : «Il decreto che prevede il *Super green pass*, tuttavia, per la prima volta non fa menzione dello "stato di emergenza" ma, al di là della disciplina transitoria introdotta dall'art. 6 (riguardante il periodo dal 6 dicembre 2021 al 15 gennaio 2022), non fissa alcun termine finale di durata della normativa inerente a questo nuovo tipo di certificazione verde, che può essere rilasciato solo ai vaccinati e ai guariti dal virus. L'incertezza relativa all'andamento pandemico non può tradursi in una condizione di permanente incertezza della disciplina emergenziale, con particolare riguardo al suo orizzonte temporale, quando sono in gioco incisive limitazioni dei diritti fondamentali. Come ebbe modo di affermare la Corte costituzionale in una celebre sentenza più volte richiamata dalla giurisprudenza successiva, "l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo" (sentenza n. 15 del 1982 e, tra le successive, nn. 127 del 1995 e 237 del 2007). La mancanza di un chiaro limite temporale (anche eventualmente prorogabile) di durata delle nuove misure emergenziali rappresenta, pertanto, un primo, non trascurabile elemento di criticità della nuova disciplina». In tema cfr. inoltre, A. M. CITRIGNO, *Obbligo del green pass e obbligo vaccinale: le questioni aperte***,** in *Dirittifondamentali.it,* 1/2022, 1 e ss.

[61]Cfr. a tale proposito V. BALDINI, *Editoriale: delle cose non ultime. una risposta a Massimo Cacciari*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2021, 640, il quale osserva: «L'emergenza sanitaria ha dato impulso ad una trasformazione -dal punto di vista organizzativo e sostanziale- dello Stato costituzionale di diritto inducendo anche a rinnovate teorizzazioni dello stesso. Quest'ultimo non sembra più rinvenire il proprio fondamento e la ragione di coesione come "comunità nel diritto", nel "riconoscimento e liberazione dell'individualità" , nella riconduzione ad unità del pluralismo ma postula una nuova unità di sentimento politico che rinviene nella scienza la

dirittifondamentali.it

nuova religione civile, in grado di operare come collante (*das Zusammenhaltendes*) della comunità nella prospettiva rinnovata di uno Stato etico. Quest'ultimo, dunque, non sembra più risolversi nella versione funzionale del *Not-und Verstandstaat* ma si spinge fino all'ingerenza nella sfera interna delle coscienze individuali, conformandole alle istanze che ritiene primarie».

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 27 gennaio 2022

Le concessioni demaniali marittime ieri, oggi e domani. La tutela dei diritti fondamentali di tutti gli operatori del settore, mediante l'applicazione delle regole sulla concorrenza, secondo i principi del diritto europeo (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18)

di
Enrico Lubrano*

Sommario: Introduzione. I. PARTE I: IL DISALLINEAMENTO DELLA DISCIPLINA NAZIONALE ITALIANA RISPETTO ALLA DISCIPLINA EUROPEA. 1.La disciplina nazionale italiana originaria (il Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327). 2.La Direttiva Bolkenstein (2006/123): l'applicazione dei principi della concorrenza anche nel settore delle concessioni demaniali marittime. 3. La successiva disciplina nazionale italiana (le ulteriori proroghe al 2015 ed al 2020): profili di criticità (evidente incompatibilità con il diritto europeo). La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (14 luglio 2016): l'incompatibilità della disciplina nazionale italiana rispetto ai principi della libera concorrenza 4. La nuova disciplina nazionale italiana (le ulteriori proroghe fino al 2033): profili di criticità. 5. Le oscillazioni della giurisprudenza nazionale e l'esigenza di certezza del diritto. II. PARTE II: LA DISAPPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA NAZIONALE ITALIANA DA PARTE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO (ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO NN. 17-18/2021). 1.La acclarata incompatibilità della disciplina nazionale italiana con il diritto europeo e, in particolare, con l'art. 49 TFUE e con la Direttiva 2006/123. 2. Il riconoscimento del potere di disapplicazione di una norma di fonte primaria, da parte del giudice amministrativo e della stessa Amministrazione, in caso di accertata incompatibilità con il diritto europeo. 3. La deroga al principio generale di retroattività della sentenza e la posticipazione degli effetti delle decisioni del giudice amministrativo in casi eccezionali (la decadenza di tutte le concessioni alla data del 31 dicembre 2023). 4. Considerazioni conclusive.

Il tema relativo alle concessioni demaniali marittime - nella sua evoluzione storica ed alla luce delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, emanate in data 9 novembre 2021, nn. 17 e 18 (che hanno chiuso ogni profilo di

* *Professore a contratto di Diritto sportivo nella Università LUISS di Roma.*

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

discussione sul tema, con una valutazione analitica di tutte le questioni emerse e dibattute in precedenza, imponendo l'applicazione del diritto europeo della concorrenza anche a tale settore) - assume una notevole rilevanza giuridica, oltre che economica e sociale, quantomeno sotto quattro profili: da un punto di vista di tipo ordinamentale con riferimento ai rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo e con specifica riaffermazione della primazia del diritto europeo;

2) da un punto di vista di tipo processuale, a) con riferimento all'affermazione ed al riconoscimento del potere di disapplicazione della disciplina di fonte primaria, in capo al giudice amministrativo ed alla stessa Amministrazione, laddove la normativa nazionale sia in palese contrasto con il diritto europeo; b) nonché con riferimento alla disciplina degli effetti della decisione del giudice amministrativo, in deroga al "dogma" della retroattività delle sentenze e, anzi, con previsione di una decorrenza degli effetti differita nel tempo e posticipata al l gennaio 2024. 3) Da un punto di vista sostanziale, per il riconoscimento dell'applicazione dei principi della concorrenza anche al settore in questione, con conseguente necessità di esperire procedure ad evidenza pubblica, per le quali è stata riconosciuta una limitata specificità, alla luce di alcuni aspetti peculiari, derivanti soprattutto dall'esigenza di tutelare la posizione dei precedenti concessionari. 4) In fine, da un punto di vista del ruolo della Plenaria del Consiglio di Stato, nella trattazione di questioni di interesse generale di particolare rilevanza economica e sociale, nel senso dell'assunzione di un ruolo di "regolatore" di sistema, nel caso di inerzia del legislatore o di esercizio della potere legislativo in maniera del tutto incompatibile rispetto ai principi europei, laddove la Plenaria ha indicato – per via formalmente pretoria, ma sostanzialmente regolatoria – la strada delle procedure ad evidenza pubblica ed i criteri di relativa disciplina delle stesse, nel settore delle concessioni demaniali marittime, alla luce di alcune specificità dello stesso.

L'analisi della tematica in questione ha visto, nella sua evoluzione storica, l'affermazione progressiva dei principi della tutela della concorrenza, quale necessaria espressione e garanzia del diritto di impresa (art. 41 Cost.) e del

dirittifondamentali.it

correlativo diritto al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.) - che ne costituisce parte integrante (in quanto, laddove c'è impresa, c'è lavoro) - nonché dei principi di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di imparzialità (art. 97 Cost.) per tutti gli operatori nel settore in questione, che ha caratteristiche molto peculiare e nel quale anche la tutela del paesaggio (art. 9 Cost.) costituisce un valore primario ([1]).

La disamina del tema in oggetto sarà posta in essere, in primo luogo, dal punto di vista oggettivo, con riferimento all'evoluzione della normativa e della giurisprudenza (entrambe a livello europeo e nazionale), e, in secondo luogo (contestualmente), da un punto di vista soggettivo (in particolare, a parere dello scrivente, come si vedrà oltre - alla luce del punto di approdo al quale sono giunte le due decisioni della Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17-18/2021 - sono tanti gli elementi di positività e pochi, e recessivi, quelli di criticità).

I. PARTE I: IL DISALLINEAMENTO DELLA DISCIPLINA NAZIONALE ITALIANA RISPETTO ALLA DISCIPLINA EUROPEA.

Per comprendere come si è arrivati all'emanazione delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria sopra richiamate, è opportuno ripercorrere sinteticamente l'evoluzione della disciplina nazionale in materia di concessioni demaniali marittime - dalle origini sino all'ultima normativa, dettata in parte dalla situazione emergenziale pandemica - e valutare la compatibilità della normativa italiana rispetto al diritto europeo (con specifico riferimento alla disciplina della concorrenza in generale, ai sensi nell'art. 49 del Trattato di Funzionamento

[1] Con riferimento alla rilevanza del paesaggio e della necessità di tutela lo stesso nell'ambito della tematica relativa alle concessioni demaniali marittime, si veda M. RAGUSA, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?,* pagg. 545 e segg., in Diritto e Società n. 3/2021, numero speciale integralmente dedicato alla tematica delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria. Di particolare interesse, sotto il profilo della tutela del paesaggio, risultano essere le considerazioni di M. CALABRO', *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria,* pagg. 441 e segg., in Diritto e Società n. 3/2021 cit..

dell'Unione Europea, nonché ai sensi della disciplina della concorrenza nel settore specifico delle "autorizzazioni" relative a risorse scarse o limitate, prevista dalla c.d. Direttiva "Bolkenstein" n. 2006/123), alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (decisione 14 luglio 2016) ([2]).

1. *La disciplina nazionale italiana originaria (il Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327).*

La disciplina nazionale italiana ([3]) relativa alle concessioni demaniali marittime trae origine dal Codice della Navigazione (Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327). Ai fini della presente analisi, tale Regio Decreto rileva nella parte in cui – oltre ad individuare i "*beni del demanio marittimo*" (art. 28) e le relative "*pertinenze*" (art. 29) – disponeva, a una parte, che, nel caso di presentazione di più domande di concessione: a) fosse riconosciuto un titolo di "*preferenza*" in favore del "*richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico*" (art. 37, primo comma); b) che, in mancanza di

[2] Il tema in questione ha avuto una evoluzione "a scatti", con fasi di totale quiescenza e fasi di estrema vivacità nel dibattito. Tale intuizione, che rende bene l'idea di come la tematica in oggetto abbia avuto fasi alterne (di grande attenzione e di totale disattenzione da parte dei vari operatori) è di G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness*, in www.giustamm.it, n. 10/2015; tale contributo è richiamato da C. BENETTAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in Federalismi, n. 25 /2016, p. 4; nello stesso senso. Anche B. CARAVITA – G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in Federalismi, n. 20/2021, pagg. 1 e segg.. Lo stato attuale, all'indomani delle decisioni gemelle della Plenaria, è, ovviamente, di grande vivacità del dibattito, anche in dottrina; ma il tema è sempre stato oggetto di grande attenzione anche prima delle decisioni della Plenaria; in particolare, risultano di notevole interesse i seguenti contributi: G. CARULLO e A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in Federalismi, n. 26/2020, pagg. 24 e segg.

[3] Il presente contributo, per ragioni di sintesi, si concentrerà sulla disciplina nazionale italiana. Il tema in questione, però, è molto sentito anche in altri Paesi Europei, che hanno, come l'Italia, un grande patrimonio paesaggistico di spiagge, come la Spagna, la Francia, la Croazia. Per un'analisi comparata, si veda. G. CERRINA FERONI, La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa, in *Federalismi*, n.4/2020; A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo, 7, Napoli, 2021.

ragioni di preferenza - in caso di concessioni di durata superiore al biennio o comportanti impianti di difficile sgombero - si sarebbe proceduto a gara pubblica o a licitazione privata (art. 37, comma 2): "*Quando non ricorrano tali ragioni di preferenza, per le concessioni di durata superiore al biennio o che importino impianti di difficile sgombero, si procede a pubblica gara o a licitazione privata*"). Dall'altra parte - in sostanziale deroga a tale impostazione dei primi due commi (pienamente legittima, a parere dello scrivente, ovvero in linea con i principi di ragionevolezza e di eguaglianza (art. 3 Cost.), nonché di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) - il terzo comma prevedeva il c.d. "diritto di insistenza", ovvero la "preferenza" al precedente concessionario ("*nello stesso caso, per le concessioni di durata non superiore al biennio e che non importino impianti di difficile sgombero, la preferenza è data al precedente concessionario e, in mancanza, si procede a licitazione privata*") (art. 37, comma 3, poi soppresso dall'art. 1, comma 18, del Decreto Legge 30 dicembre 2009, n. 194, poi convertito, con modificazioni, in Legge 26 febbraio 2010, n. 25).

Tale impostazione originaria, di preferenza in favore del precedente concessionario - poi concretamente applicata nel senso del riconoscimento del conseguente rinnovo automatico ed indiscusso della concessione al momento della sua scadenza - si poneva in palese contrasto con i principi-base della concorrenza, che, però, a quel tempo, erano del tutto estranei alla cultura commerciale e giuridica. Tale disciplina e la relativa applicazione (nel senso del rinnovo automatico della concessione al precedente concessionario) determinava, infatti, un carattere "stagnante" del relativo mercato di settore ([4]).

[4] In sostanza, immaginando il lato dell'offerta del complessivo mercato dei servizi demaniali marittimi come un grande mare chiuso (all'interno del quale ogni operatore "nel mercato" costituisce una "goccia di acqua"), ma collegato al mare aperto (all'interno del quale gli aspiranti operatori "per il mercato" costituiscono altrettante gocce d'acqua), si deve prendere atto che il collegamento tra "mare chiuso" e "mare aperto" era costituito da un minuscolo "rigagnolo" di acqua, all'interno del quale si scambiano pochissime unità di gocce di acqua: in particolare, solo per ogni "goccia-operatore" che esce, si libera un posto per una sola "goccia-aspirante-operatore" che entra (il quale, peraltro, risulta essere prescelto per puro caso, per il semplice fatto di trovarsi "al posto giusto nel momento giusto", ovvero per avere presentato domanda nel momento in cui si è determinata la *vacatio* e non a seguito di un giusto confronto concorrenziale): in tale "mare chiuso", pertanto, le "acque" assumono inevitabilmente un carattere "stagnante", come avviene in qualsiasi "stagno" che sia collegato al mare soltanto mediante

2. *La Direttiva Bolkenstein (2006/123): l'applicazione dei principi della concorrenza anche nel settore delle concessioni demaniali marittime*.

L'art. 49 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea (d'ora in poi TFUE) ha sancito il divieto di restrizioni relativa alla libertà di stabilimento ("*nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate; tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro*") ed ha disposto il conseguente riconoscimento dell'accesso alle attività autonome ed al loro esercizio, in maniera non discriminatoria per tutti gli operatori europei in tutto il territorio dell'Unione ("*la libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali*").

Nel 2006 l'Unione Europea ha emanato la Direttiva c.d. *Bolkenstein* (Direttiva 2006/123/ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno), con la quale ha sancito l'applicazione dei principi della libera concorrenza nel settore delle autorizzazioni per lo svolgimento di servizi, al fine di "*garantire il progresso economico e sociale*", "*la libera circolazione dei servizi*", "*la libertà di stabilimento*" e l'obiettivo della "*eliminazione delle barriere*", come indicato nel considerando n. 1. Tale Direttiva è stata emanata nella consapevolezza della insufficienza del solo art. 49 del TFUE a garantire l'effettiva eliminazione delle barriere ed adeguati livelli di concorrenza nei vari settori, come indicato nel considerando n. 6. In particolare, ai fini di interesse della presente analisi, risultano rilevanti: 1) l'oggetto e gli obiettivi della stessa (art. 1, comma 1),

un piccolo "rigagnolo".

che ha posto come "stella polare" i concetti di "*libertà di stabilimento dei prestatori*" e di "*libera circolazione dei servizi*": "*la presente direttiva stabilisce le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi*": tali concetti - funzionali a garantire la concorrenza ne mercati interni dei servizi - sono ampiamente declinati nel Considerando n. 64; 2) la disciplina del regime delle autorizzazioni (art. 12), che prevede che, laddove le stesse siano limitate in quanto relative a risorse scarse ([5]), il relativo rilascio: deve essere posto in essere con procedure di selezione aperte, imparziali e trasparenti, secondo i principi della libera concorrenza: "*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*") (comma 1) ([6]); deve essere previsto per una durata limitata, senza rinnovo automatico e senza preferenze per il precedente concessionario: "*nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami*" (comma 2); può essere disciplinato dagli Stati membri, con procedure in parziale deroga ai principi sanciti dai commi 2 e 3, in particolari settori e per particolari esigenze di interesse

[5] L'art. 12 prevede la "scarsità delle risorse" come condizione di applicabilità ("*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili*"). Nonostante la norma ponga l'accento sul concetto di "scarsità" delle risorse o delle capacità tecniche quale condizione oggettiva per l'applicazione della direttiva, il legislatore europeo non ha fornito alcuna indicazione su quali siano i parametri di riferimento per valutare quando una risorsa possa definirsi scarsa, rimettendo tale valutazione al giudice nazionale, tanto che tale circostanza, come si vedrà, ha determinato rilevanti problemi in sede applicativa (anche tale profilo è stato risolto dalle richiamate decisioni della Plenaria, che hanno riconosciuto la sussistenza del requisito della "*scarsità delle risorse*" con riferimento all'intero mercato delle concessioni demaniali marittime).

[6] La *ratio* della norma è quella di imporre agli Stati membri l'esperimento di una procedura di selezione, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza, tra i potenziali candidati all'ottenimento di una autorizzazione.

pubblico: "*fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario*"(comma 3), secondo la nozione indicata nel Considerando n. 40.

La violazione della direttiva in questione può determinare l'apertura di procedure di infrazione a carico degli Stati membri, come indicato dal Considerando n. 75. La terminologia di tale direttiva (riferita alle autorizzazioni, secondo un concetto europeo onnicomprensivo di tutte le tipologie di provvedimenti che consentono lo svolgimento di determinate attività economiche) ha subito determinato dubbi in ordine alla sua applicazione al settore delle concessioni demaniali marittime (secondo la diversa terminologia italiana, che differenzia i provvedimenti di concessione dai provvedimenti di autorizzazione ([7])). Tale tema è stato poi definitivamente risolto dalla Plenaria del Consiglio di Stato, con le decisioni nn. 17-18/2021, che ha inteso il concetto europeo di autorizzazioni in senso sostanziale e comprensivo anche del concetto italiano di concessioni). Altro tema che è stato poi ampiamente discusso in dottrina ed in giurisprudenza è relativo alla natura *self executing* di tale direttiva fino ad essere risolto, in termini positivi, dalle richiamate decisioni gemelle della Plenaria.

3. *La successiva disciplina nazionale italiana (le ulteriori proroghe al 2015 ed al 2020): profili di criticità (evidente incompatibilità con il diritto europeo). La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (14 luglio 2016): l'incompatibilità della disciplina nazionale italiana rispetto ai principi della libera concorrenza.*

[7]M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, in *Il diritto dell'economia*, 2015, parla di "*eleganti architetture concettuali*" per indicare le diverse tipologie di provvedimenti amministrativi presenti nel sistema giuridico italiano.

La Direttiva *Bolkenstein* è stata recepita con l'art. 16 del Decreto Legge 26 marzo 2010, n. 59, che ha formalmente recepito i principi dalla stessa imposti, prevedendo - per il rilascio di autorizzazioni numericamente limitate per scarsità della risorsa naturale - procedure di selezione, da espletarsi in trasparenza e secondo imparzialità. Nonostante l'obbligo generale di rispettare i principi della libertà di stabilimento (sancito dall'art. 49 del T.F.U.E.), nonché l'obbligo specifico di applicare i principi della concorrenza anche nel settore delle autorizzazioni laddove le stesse non siano illimitate (sancito dalla c.d. Direttiva *Bolkestein)* - formalmente rispettati con il recepimento della Direttiva in questione - lo Stato Italiano ha, però, emanato una nuova normativa, che (seppure con tante "belle parole", in asserita espressione di principi di diritto europeo di concorrenza, libertà di stabilimento, con formale soppressione del diritto di insistenza previsto dall'art. 37, comma 2, del Codice della Navigazione) - ha disposto la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime: 1) prima fino al 31 dicembre 2015 (art. 1, comma 18, del Decreto Legge 30 dicembre 2009, n. 194, poi convertito, con modificazioni, in Legge 26 febbraio 2010, n. 25); 2) poi fino al 31 dicembre 2020 (art. 34 *duodecies* del Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179, poi convertito in Legge 17 dicembre 2012, n. 221, che ha modificato il richiamato art. 1, comma 18, del Decreto Legge 30 dicembre 2009, n. 194.

Tale nuova normativa nazionale presentava profili di consistente criticità rispetto alla disciplina sancita dal diritto europeo (art. 49 TFUE e Direttiva *Bolkenstein),* come evidenziato dalla dottrina ([8]) e dalla giurisprudenza, la quale ha posto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione di compatibilità tra la normativa italiana e i superiori principi del diritto europeo ([9]).

Alla luce della questione posta, su rinvio pregiudiziale, in relazione alla compatibilità della disciplina italiana con il diritto europeo, la Corte di Giustizia

[8] L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 3-4, 2016, p. 912

[9] La questione è stata rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea da parte di due diversi Giudici italiani, in particolare, dal Tar Lombardia e dal Tar Sardegna, con decisioni, rispettivamente, del 5 marzo 2014 e del 28 gennaio 2015.

dell'Unione Europea, con decisione 14 luglio 2016 (c.d. "Promoimpresa"), ha sancito l'incompatibilità della normativa italiana con il diritto europeo, nella parte in cui la prima ha disposto una proroga generalizzata delle concessioni, chiarendo il fatto che la Direttiva 2006/123 debba estendersi anche alle concessioni, laddove, ovviamente, le stesse costituiscano una "*risorsa scarsa*" (concetto astratto la cui verifica concreta è stata rimessa dalla Corte al Giudice nazionale). Nell'analizzare la portata applicativa dell'art. 12 della Direttiva Servizi, la Corte ha preso in considerazione anche le deroghe previste dal comma 3 relative al concetto di motivi di interesse generale. In particolare, ai fini del tema della disapplicazione della normativa nazionale, appare di particolare interesse il passaggio in cui si afferma che i motivi di interesse generale, tra i quali può rientrare anche la tutela del legittimo affidamento, devono essere presi in considerazione *ex ante*, (ovvero al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali) e non *ex post* (ovvero al momento del rinnovo della proroga). La Corte ha, infine, riconosciuto la sussistenza del c.d. "*interesse transfrontaliero certo*" sulla prima delle due questioni rimesse alla sua valutazione (mentre ha rimesso al Giudice nazionale la valutazione in concreto della sussistenza o meno di tale presupposto sulla seconda delle due questioni): la effettiva sussistenza di tale requisito è stata poi riconosciuta dalle Plenarie nn. 17-18/2021, alla luce della rilevanza economica dell'intero patrimonio costiero nazionale italiano.

In conclusione, la Corte ha indicato che - nel caso di sussistenza delle condizioni previste dalla direttiva 2006/123 (ovvero scarsità delle risorse naturali ed interesse transfrontaliero certo) - l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, e che l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE deve essere interpretato nel senso che esso osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività

turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.

4. *La nuova disciplina nazionale italiana (le ulteriori proroghe fino al 2033): profili di criticità ed oscillazioni della giurisprudenza nazionale*.

Nonostante l'emanazione della richiamata decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, lo Stato Italiano, prima con Legge n. 145/2018 e poi con D.L. n. 34/2020, convertito con Legge 17 luglio 2020, n. 77, ha disposto la proroga di tutte le concessioni demaniali marittime fino al 2033. Tale disciplina ha evidenziato subito gravi profili di criticità, sia nei propri contenuti (per la già evidenziata violazione dei principi della libera concorrenza sanciti dal diritto europeo), sia nella propria giustificazione logica (soprattutto con riferimento alla disciplina emergenziale che aveva fatto leva sull'esigenza di parziale compensazione degli effetti negativi del Covid, che si è posta in evidente violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità, garantendo una proroga della durata di 15 anni, a fronte di criticità finanziarie della durata corrispondente, a quel momento, ad una singola stagione nel 2020).

La evidente criticità contenutistica e logica della nuova disciplina nazionale e stata subito evidenziata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nonché da ulteriori interventi della Commissione Europea, la quale aveva già aperto varie procedure di infrazione verso l'Italia per tale ragione ([10]), e che, con comunicazione in data 3

[10] Il rapporto tra Italia e Commissione Europea, sulle concessioni balneari, è stato conflittuale fin dal periodo immediatamente successivo all'adozione della Direttiva Servizi. Già nel 2009, la Commissione Europea, con una lettera di costituzione in mora notificata alla Repubblica italiana in data 2 febbraio 2009, ha ritenuto che l'articolo 37 del Codice della Navigazione italiano fosse in contrasto con l'articolo 49 TFUE, poiché prevedeva un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente, nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo. La Commissione, con una lettera di messa in mora complementare, datata 5 maggio 2010, ha ritenuto che tale rinvio, da un lato, privasse di ogni effetto l'eliminazione del diritto di preferenza e, dall'altro, fosse contrario sia all'art. 12 della direttiva 2006/123 sia all'art. 49 TFUE. Tuttavia, visto che il Legislatore italiano ha deciso di abrogare la disposizione che consentiva tale rinvio, la Commissione ha ritenuto di poter chiudere la procedura di infrazione in data 27 febbraio 2012.

dicembre 2020, ha aperto un nuovo procedimento di infrazione, ([11]). In particolare, si è determinata una situazione per la quale le Amministrazioni locali si sono trovate nella condizione vincolata di dovere necessariamente prorogare le concessioni in essere fino al 2033, in ottemperanza alla nuova normativa e sulla base della considerazione che la stessa, pur nelle sue evidenti criticità, non poteva essere oggetto di disapplicazione da parte dell'Amministrazione, essendo la stessa tenuta ad applicare la normativa, in quanto valida ed efficace fino ad una eventuale declaratoria di incostituzionalità la parte della Corte Costituzionale oppure fino ad una nuova declaratoria di incompatibilità con il diritto europeo da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (non essendo formalmente rilevante la precedente decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 2016, in quanto riferita ad una pregressa normativa nazionale, distinta da quella successivamente emanata). In questo contesto si è sviluppato un rilevante contenzioso innanzi al Giudice Amministrativo. Con riferimento a tali giudizi, la giurisprudenza maggioritaria ha assunto una posizione nel senso della nullità dei provvedimenti di rilascio della proroga fino al 2033, in ragione del recepimento della tesi della sussistenza di un potere di disapplicazione della normativa di fonte primaria, laddove in palese violazione dei principi del Diritto Europeo, in capo al giudice amministrativo ed alla stessa Amministrazione: in tale senso, si è pronunciato il Consiglio di Stato, Sezione Sesta, con decisione n. 7874/2019 ([12]).

Tale decisione ha assunto una particolare rilevanza di "precedente", in quanto ha aperto la strada in tale direzione alle successive decisioni dei vari TAR locali ([13]).

[11] A conferma di quanto detto sull'uso illegittimo delle disposizioni di legge per prorogare in modo generalizzato le concessioni, in data 3 dicembre 2020, la Commissione Europea ha deciso di inviare una lettera di costituzione in mora all'Italia in merito al rilascio di autorizzazioni relative all'uso del demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi (concessioni balneari).

[12] Tale pronuncia rappresenta un vero e proprio *leading case* in tema di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime è la sentenza del 18 novembre 2019, n. 7874, con la quale il Consiglio di Stato ha affermato una serie di principi che sarebbero poi stati seguiti dai giudici locali nelle sentenze successive.

[13] Rispetto a tale quadro di partenza, le pronunce dei singoli TAR si caratterizzano per aver apportato dei contributi in termini interpretativi. In tale senso, si possono considerare, tra le più rilevanti, TAR Veneto, Sezione Prima, 3 marzo 2020, n. 218; TAR Pescara, Sezione Prima, 3 febbraio 2021, n. 40; TAR Sicilia, Catania, Sezione Terza, 15 febbraio 2021, n. 505; TAR Toscana n. 363/2021.

Soltanto una parte minoritaria della giurisprudenza ha riconosciuto la validità dei provvedimenti di rilascio delle concessioni fino al 2033, sostenendo che tali provvedimenti erano stati legittimamente emanati in applicazione di una normativa di fronte primaria comunque vigente, a prescindere dalle sue criticità, con la conseguenza che l'eventuale illegittimità avrebbe dovuto essere accertata dal Giudice Amministrativo, che, in tale caso, ne avrebbe disposto l'annullamento ([14]).

In ogni caso, la oggettiva presenza di un conflitto nell'ambito della giurisprudenza amministrativa e delle stesse Sezioni del Consiglio di Stato, ha indotto il Presidente del Consiglio di Stato ad a rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, in ragione della notevole rilevanza socio-economica della stessa e dell'esigenza di superare le oscillazioni giurisprudenziali, al fine di garantire la certezza del diritto, nell'interesse degli operatori del settore. In particolare, con decreto n. 160/2021 ([15]), il Presidente del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria tre questioni di diritto, relative essenzialmente alla sussistenza o meno di un obbligo di disapplicazione, da parte dello Stato italiano (Giudici e Amministrazioni), di norme di fonte primaria che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime; in caso di risposta affermativa primo quesito, se le Amministrazioni, che avessero emanato provvedimenti di rilascio della proroga fino al 2033, fossero tenute o meno a disporre l'annullamento di ufficio di tali provvedimenti; se, in caso di riconoscimento della conformità della normativa nazionale (D.L. n. 34/2020) al diritto europeo, debbano intendersi quali "aree soggette di concessione" anche le aree oggetto di concessione scaduta al momento di entrata in vigore del D.L. n. 34/2020, ma il

[14] Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 24 ottobre 2019, dal n. 7251 al n. 7258: "*Non vi è infatti interesse a discutere in ordine al soggetto competente ad introdurre un procedimento di licitazione privata per la concessione di beni demaniali marittimi allorché la concessione, di cui si contesta la mancata proroga, risulta in realtà prorogata dal sopravvenuto art. 1, commi 682 e seguenti, della legge n. 145 del 2018*". In tale senso, si è pronunciato il TAR Puglia, Lecce, Sez. I, con sentenza del 27 novembre 2020, n. 1321 (la cui impugnazione ha poi condotto alla rimessione in Plenaria, decisa con sentenza n. 18/2021). Tale impostazione è stata poi confermata con la successiva sentenza 15 febbraio 2021, n. 268.

[15] Con riferimento a tale Decreto, si veda R. DIPACE, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in www.giustiziainsieme.it.

cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e segg., della legge n. 145/2018.

II. PARTE II: LA DISAPPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA NAZIONALE ITALIANA DA PARTE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO (ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO NN. 17-18/2021).

La parte relativa ad i profili sostanziali di diritto, contenuta nelle decisioni dell'Adunanza Plenaria nn. 17-18/2021 ([16]), può convenzionalmente essere suddivisa (ai fini di un'analisi schematica dei contenuti delle stesse, che consenta una più agevole comprensione dei passaggi fondamentali e delle relative motivazioni) in sei sotto-parti, che dsaranno analizzate nei successivi paragrafi, con riferimento sia alla situazione attuale (par. II.1., II.2. e II.3.), sia alla situazione futura (par. III.1., III.2. e III.3.).

[16] In relazione a tali decisioni, si vedano: A. CALZOLAIO, C. BALEANI, *Concessioni del demanio marittimo ad usi diversi da quello turistico ricreativo e nullità della proroga: considerazioni a seguito delle sentenze del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021 n. 17 e 18*, in Lexitalia.it, 13 gennaio 2022 (tale contributo evidenzia come i principi della Plenaria non si applichino alle concessioni c.d. "non balneari"); A.L. RUM, *Per l'Adunanza Plenaria la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è in contrasto con il diritto eurounitario e le norme legislative nazionali che la dispongono (e che in futuro dovessero ancora disporla) non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione*, in www.ildirittoamministrativo.it n. 1/2022; L. VITULLI, *La cessazione delle concessioni balneari in essere al 31 dicembre 2023 nelle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 17 e 18 del 2021*, in Diritti Comparati, n. 1/2022. Tali decisioni sono state oggetto di una approfondita analisi in Diritto e Società n. 3/2021, numero speciale integralmente dedicato all'analisi delle due decisioni della Plenaria; in particolare, si vedano, i seguenti saggi (nel medesimo ordine nel quale sono riportati nella rivista in questione): M.S. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria,* pagg. 331 e segg.; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?,* pagg. 359 e segg.; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?,* pagg. 385 e segg.; M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?,* pagg. 401 e segg.; R. DIPACE, *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria,* pagg. 419 e segg.*;* E: LAMARQUE, *Le due sentenze dell'Adunanza plenaria… le gemelle di* Shining*?,* pagg. 473 e segg.*;* P. OTRANTO, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela,* pagg. 583 e segg.

1. *La acclarata incompatibilità della disciplina nazionale italiana con il diritto europeo e, in particolare, con l'art. 49 TFUE e con la Direttiva 2006/123.*

Il profilo più rilevante dell'analisi posta in essere dal Consiglio di Stato attiene all'accertamento del presupposto giuridico fondamentale per tutte le successive valutazioni, ovvero, in particolare, all'accertamento della incompatibilità della disciplina nazionale italiana con il diritto europeo e, in particolare, con l'art. 49 TFUE e con la Direttiva 2006/123.

A tale fine, il Consiglio di Stato "parte" da quanto sancito dalla corte di Giustizia U.E., con la sentenza 14 luglio 2016, che ha riconosciuto l'incompatibilità della normativa italiana che prevede una proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, sia con l'art. 49 TFUE (nei limiti in cui tali concessioni presentino un "*interesse transfrontaliero certo*"), sia con la richiamata Direttiva 2006/123 (laddove tale proroga automatica sia posta in essere "*in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati*"). Di conseguenza, l'Adunanza Plenaria prende in considerazione tutte le critiche poste in essere dalla dottrina con riferimento alla non pretesa non applicabilità, nel settore delle concessioni demaniali marittime, dei principi sanciti dall'art 49 TFUE e dalla Direttiva 2006/123, le analizza una per una, in maniera approfondita, concludendo per l'infondatezza di ciascuna di esse e per la incompatibilità della disciplina italiana con il diritto europeo.

In primo luogo, con riferimento all'art. 49 TFUE, il Consiglio di Stato evidenzia come la fondamentale critica sia relativa alla contestata assenza di un "*interesse transfrontaliero certo*", la cui valutazione era stata rimessa al Giudice nazionale dalla Corte di Giustizia 14 luglio 2006. Sotto tale profilo, la Plenaria evidenzia come non vi siano dubbi sul fatto che in via generale, vi sia un "*interesse transfronaliero certo*" in tutti i casi in cui vi sia una rilevanza economica delle relative attività, che è sufficiente a determinare un interesse anche da parte di operatori stranieri; nel caso delle concessioni demaniali marittime, tale rilevanza economica sussiste senz'altro alla luce dell'esigenza di considerare il relativo mercato come un sistema unitario

complessivo (e non parcellizzato nelle singole concessioni o nelle singole spiagge), da riconoscere come "*uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo*", peraltro affatto valorizzato in termini di redditività finanziaria, come risulta oggettivamente dal rapporto tra il relativo valore (quantificato in circa quindici miliardi di euro annui) ed il relativo rendimento dei canoni (quantificato in circa cento milioni di euro annui, pari ad un gettito inferiore al 1% del relativo potenziale, elemento potenzialmente rilevante anche sotto il profilo del danno erariale); tale rilevanza economica è, peraltro, aumentata dall'ampia possibilità di ricorrere alla subconcessione.

In secondo luogo, con riferimento alla direttiva 2006/123, il Consiglio di Stato evidenzia l'infondatezza delle cinque fondamentale critiche poste in essere dalla dottrina in relazione all'applicabilità della stessa al settore in questione; in particolare, sotto tale profilo, la Plenaria ha evidenziato che l'asserita esigenza di una preventiva armonizzazione delle diverse normative nazionali risulta infondata alla luce della considerazione che la Direttiva 2006/123 (e, in. particolare, il relativo art. 12) non ha un obiettivo di "armonizzazione", ma un obiettivo di "liberalizzazione" del mercato, eliminando gli ostacoli all'accesso, al fine di realizzare una effettiva concorrenza nel settore, come, peraltro, già riconosciuto dalla giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia. In secondo luogo, il preteso contrasto della Direttiva 2006/123 con l'art. 195 TFUE (che sancisce che l'Unione Europea non avrebbe a competenza di armonizzare le normative nazionali in materia di turismo) viene superato dalla medesima considerazione espressa in relazione alla prima eccezione, ovvero per la motivazione che la Direttiva in questione non ha ad oggetto l'armonizzazione delle normative nazionali nel settore del turismo, ma l'applicazione dei principi della concorrenza in generale, ai quali non può essere sottratto il settore del turismo. Il fatto che le concessioni demaniali non rientrerebbero nel concetto di "*autorizzazioni di servizi*" indicato dall'art. 12 della Direttiva (alle quali non sarebbero assimilabili) viene considerato irrilevante alla luce del fatto che si tratta di una distinzione meramente formale e che non tiene

conto dell'elemento sostanziale che la concessione costituisce il presupposto indefettibile per ottenere l'autorizzazione a svolgere servizi turistico-ricreativi. L'asserita carenza del requisito fondamentale della "*scarsità della risorsa naturale*" (la cui valutazione era stata rimessa al Giudice nazionale dalla Corte di Giustizia 14 luglio 2006) è stato superato considerando il concetto di scarsità in termini relativi e non assoluti, ovvero con riferimento alla disponibilità effettiva, che, nel caso del mercato complessivo delle concessioni demaniali marittime sull'intero territorio italiano, è risultata quasi inesistente ([17]). L'asserita carenza del carattere di *self executing* della Direttiva in questione (in quanto la stessa non avrebbe un livello di dettaglio sufficiente ad essere riconosciuta come *self executing*) è stato superato, alla luce della considerazione che il livello di dettaglio deve essere considerato con riferimento all'obiettivo della Direttiva, la quale, nella fattispecie, ha un obiettivo di "*aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse*" e un livello di dettaglio adeguato a perseguire tale risultato. Alla luce di tali considerazioni, la Plenaria ha riconosciuto l'applicabilità della Direttiva 2006/123 al settore in questione e l'incompatibilità della normativa italiana con principi di libera concorrenza previsti da tale direttiva.

2. *Il riconoscimento del potere di disapplicazione di una norma di fonte primaria, da parte del Giudice amministrativo e della stessa Amministrazione, in caso di accertata incompatibilità con il diritto europeo.*

Alla luce dell'avvenuto accertamento del carattere incompatibile della disciplina nazionale italiana rispetto ai principi del Diritto Europeo, sanciti, in particolare, dall'art 49 TFUE e dalla direttiva 2006/123, il Consiglio di Stato ha escluso la necessità di disporre un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in ragione del fatto che la medesima questione, seppure riferita ad una precedente normativa nazionale di contenuto analogo, era già stata decisa con la

[17] Sotto tale profilo, appaiono di particolare interesse le considerazioni svolte dalla Plenaria (parr. 24-25).

sentenza 14 luglio 2016. Di conseguenza, la Plenaria si è posta il tema della possibilità o meno di diretta disapplicazione della normativa di fronte primaria nazionale, di cui sia stata accertata l'incompatibilità con il diritto europeo, sia da parte del Giudice Amministrativo, sia da parte della stessa Amministrazione, anche al fine di rispondere al primo quesito dal Presidente del Consiglio di Stato ([18]).

Per quanto riguarda la sussistenza di un potere-dovere di disapplicazione (della normativa di fronte primaria nazionale incompatibile con il diritto europeo) da parte del Giudice Amministrativo, la Plenaria non ha avuto dubbi, alla luce dell'avvenuto riconoscimento di tale principio da parte della giurisprudenza già richiamata. Sotto tale profilo, le sentenze "gemelle" hanno, inoltre, evidenziato la sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della Amministrazione, alla luce di quanto riconosciuto dalla giurisprudenza europea è nazionale, a maggior ragione nel caso di direttiva *self executing*, come nel caso in questione ([19]). Peraltro, il Consiglio di Stato ha sottolineato e il riconoscimento di tale prerogativa di diretta disapplicazione (della normativa nazionale incompatibile con il diritto europeo) in capo al Giudice Amministrativo, senza

[18] Tale tema della disapplicazione da parte del Giudice (prima ancora che da parte dell'Amministrazione) della normativa nazionale incompatibile con il diritto europeo era controverso in dottrina ed in giurisprudenza; in alcuni casi, decisioni poste in essere in tale senso, sono state anche oggetto di critiche per "protagonismo giurisprudenziale": in tale senso, si veda, n particolare: A. DE SIANO, *Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*, in Federalismi.it, n. 18/2021, pagg. 1 e segg..Sul tema della disapplicazione della normativa nazionale incompatibile con il diritto europeo, si veda, in particolare: R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma 2005R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato* in *forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. It.*, 1989, III 148; M. Cafagno, *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva Cee immediatamente applicabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 539. In giurisprudenza, si vedano: Corte di Giustizia, sentenza 5 marzo 1998, causa C-347/96 *Solred,* in *Racc. I*, 937; Corte di Giustizia, sentenza 28 giugno 2001, causa CX-118/00, *Larsy,* in *Racc. I*, 5063; Corte Cost. sentenza 8 giugno 1984, n. 170, Granital, in Foro it. 1984, I, 2062 (come rilevato da R. ROLLI e D. SAMMARRO, *L'obbligo di "disapplicazione" alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria),* cit.: "*Questa decisione. ha rappresentato la svolta nella questione tra norma comunitaria e norma interna incompatibile. La Corte di giustizia in definitiva ha ribadito il primato del diritto comunitario da far valere dinanzi al giudice comune abilitato a risolvere la controversia. L'organo interno, posto di fronte ad una antinomia tra fonti, deve disapplicare la norma interna prescindendo dall'annullamento o dalla rimozione della stessa*".

[19] Per completezza, si ritiene particolarmente significativo il par. 32 delle sentenze della Plenaria nn. 17-18/2021.

necessità di previa rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea o alla Corte costituzionale ([20])

Alla luce dei principi sanciti e sopra sinteticamente riepilogati, la Plenaria ha dato riscontro al secondo quesito posto dal Presidente del Consiglio di Stato, affermando la non necessita di emanazione di un provvedimento di annullamento in autotutela, in relazione ad eventuali precedenti provvedimenti di proroga posti in essere dalle Amministrazioni: tale statuizione è stata motivata in ragione del fatto che l'atto di proroga ha carattere meramente ricognitivo e che esso costituisce un effetto prodotto automaticamente dalla legge, avente, nel caso in questione, il carattere di legge-provvedimento.

3. *La deroga al principio generale di retroattività della sentenza e la posticipazione degli effetti delle decisioni del giudice amministrativo in casi eccezionali (la decadenza di tutte le concessioni alla data del 31 dicembre 2023).*

Le decisioni in questione sono fortemente innovative, dal punto di vista processuale, nella parte in cui – alla luce della consapevolezza del notevole impatto anche sociale ed economico che lo "stravolgimento" delle regole imposto dal Consiglio di Stato potrà inevitabilmente determinare nel settore delle concessioni demaniali ed a fronte di un quadro di incertezza normativa - hanno stabilito che ci fossero i presupposti per modulare gli effetti temporali della propria decisione (anche alla luce dei principi sanciti dalla Plenaria n. 13/2017), posticipandolo gli stessi di un tempo ragionevole e proporzionato ([21]). In particolare, nella

[20] Il principio di diretta disapplicazione della normativa nazionale in violazione della normativa europea (con l'effetto che non è necessario per il giudice sollevare una questione incidentale di compatibilità europea o di legittimità costituzionale) costituisce un punto di arrivo di un lungo percorso sviluppatosi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE e della Corte Costituzionale. In tale senso, si vedano: Corte costituzionale n. 14/1964, n. 183/1973 e n. 232/1975. Corte di Giustizia U.E. decisione del 9 marzo 1978 (sentenza *Simmenthal*); Corte di Giustizia, sentenza 9 settembre 2003, causa C- 198/01. Su tale tema, si vedano, in dottrina: R. NEVOLA, *Le limitazioni della sovranità statale in favore dell'Unione Europea nella giurisprudenza costituzionale*, in Corte Costituzionale – Servizio Studi, maggio 2014, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_262.pdf.

[21] Sotto tale profilo, appaiono di particolare interesse le considerazioni svolte dalla Plenaria (par. 47).

valutazione del tempo necessario per l'entrata in vigore e per la "messa a regime" del nuovo sistema regolatorio dallo stesso disposto, il Consiglio di Stato ha considerato tre elementi – costituiti, in particolare, dall'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della richiamata normativa nazionale, dall'esigenza per le Amministrazioni di prevedere un intervallo di tempo necessario per l'espletamento delle procedure di gara e per il Legislatore di avere il tempo necessario per disporre il riordino della materia – elementi la cui valutazione ha portato ad individuare il relativo intervallo temporale alla data del 31 dicembre 2023, scaduto il quale tutte le concessioni demaniali si dovranno considerare prive di effetto, anche in mancanza di un soggetto subentrante.

In ottica *de iure condendo*, la Plenaria ha anche precisato che eventuali normative sopravvenute che dovessero porre in contrasto con i principi dalla stessa sanciti, si dovranno considerare in contrasto con il diritto dell'Unione Europea e, di conseguenza, immediatamente non applicabili sia da parte del Giudice Amministrativo, sia da parte della Amministrazione. Tale statuizione di posticipazione degli effetti della decisione del giudice amministrativo si fonda sull'applicazione del principio generale di ragionevolezza: essa si pone in termini assolutamente innovativi nell'individuazione di un termine futuro di decorrenza della "messa a regime" delle proprie statuizioni (aventi carattere sostanzialmente regolatorio più che giurisdizionale), su una strada già aperta dalla precedente giurisprudenza amministrativa ([22]) e costituzionale ([23]), che avevano sancito il

[22] Sul punto si veda Consiglio di Stato, Sezione Sesta, 10 maggio 2011, n. 2755, con cui è stato sfatato il "dogma" della necessaria retroattività dell'annullamento dell'atto illegittimo. In relazione a tale decisione, si vedano, in dottrina, M. MONTEDURO, *Retroattività del provvedimento amministrativo e i principi generali dell'ordinamento*, in Amministrazione in Cammino; https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2014/08/Monteduro_Retroatt_provv-amministr.pdf. In tale senso, seppure in termini meno ampi dal punto di vista motivazionale, si era già espresso il Consiglio di Stato (Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488). Anche la Plenaria del Consiglio di Stato, 22 dicembre 2017, n. 13, si era espressa in tale senso. In relazione a tale decisione, v. ancora A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria? Nota a Cons. Stato, ad. pl., 22 dicembre 2017, n. 13*, in Dir. proc. amm. n. 3/2018. Sulla scia di quanto già affermato, in tempi più recenti, il Consiglio di Stato, 30 giugno 2020, n. 1233, si è nuovamente espresso sul punto. Nello stesso senso, si veda anche TAR Lazio, Sezione Seconda *Bis*, 11 febbraio 2021, n. 1737.

potere di derogare il principio generale di retroattività delle sentenze, in casi eccezionali nei quali l'applicazione del principio della retroattività avrebbe effetti irragionevoli e sproporzionati.

Le decisioni in questione, sempre nell'ottica della consapevolezza degli effetti dirompenti che le stessa avrà sul sistema, ha ritenuto opportuno considerare anche la posizione dei concessionari uscenti ed apprezzare il legittimo affidamento degli stessi, funzionale ad ammortizzare di investimenti effettuati, laddove non ancora ammortizzati. Sotto tale profilo, il Consiglio di Stato ha precisato che l'indizione della procedura ad evidenza pubblica potrà essere accompagnata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventi investimenti effettuati dai concessionari uscenti, quale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi. Da ultimo, la Plenaria ha anche posto una disciplina di tipo programmatica-precettiva con riferimento alle future procedure ad evidenza pubblica, precisando la possibilità di valorizzare, nell'ambito delle stesse, profili di politica sociale e del lavoro e di tutela ambientale, nonché fornendo indicazioni concrete, relative, in particolare, alla derogabilità del principio di rotazione, dovendosi consentire anche ai precedenti concessionari di competere ad armi pari, specificando, però virgola di evitare ipotesi di preferenza automatica per i gestori uscenti, nonché ogni forma di asimmetria in loro favore; alla scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi; alla possibilità di considerare elementi di *favor* per i precedenti gestori, nell'ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale dei partecipanti alle procedure, valorizzando l'esperienza professionale e *il know how* acquisito da chi abbia già svolto attività analoghe, ivi compreso il concessionario uscente, sia pur senza alcuna forma di preferenza ("*anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale*"), ma garantendo che tali

[23] Anche la Corte costituzionale (con decisione 11 febbraio 2015 n. 10), pur partendo dal principio della natura intrinsecamente retroattiva delle sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di una legge - nell'accogliere la questione di legittimità della disposizione che introduceva un'addizionale all'imposta sul reddito delle società per talune imprese (c.d. Robin Tax) - ha affermato il principio della graduazione degli effetti nel tempo della sentenza di accoglimento.

elementi non si traducano in sostanziali preclusioni all'accesso di nuovi operatori. In fine, alla fissazione di una durata delle concessioni limitata è giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie; sotto tale profilo la Plenaria ha indicato al Legislatore l'opportunità di introduzione di un limite massimo alla durata delle concessioni, che le singole Amministrazioni dovranno poi commisurare agli elementi relativi dalla singola concessione, quali il valore, la complessità organizzativa, nonché il periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti ed alla remunerazione del capitale investito ([24]).

4. *Considerazioni conclusive.*

Il punto di approdo raggiunto dal Consiglio di Stato può essere visto in termini pienamente positivi, in quanto, nel bilanciamento degli interessi in gioco, la Plenaria ha posto in essere delle valutazioni forti, chiare e nette (ed anche coraggiose) in relazione, rispettivamente, alla definizione dei rapporti tra ordinamenti, con il riconoscimento della primazia effettiva – e non meramente formale – del diritto europeo rispetto al diritto nazionale; ai profili processuali di estrema rilevanza, con riferimento al potere di diretta disapplicazione della normativa nazionale, laddove incompatibile con il diritto europeo, non solo da parte del Giudice, ma anche da parte della stessa Amministrazione, nonché al potere del Giudice di modulare gli effetti della propria decisione, anche posticipandoli; ai profili sostanziali, acclarando definitivamente l'illegittimità della normativa nazionale, che ha disposto, a più riprese, proroghe generalizzate delle concessioni demaniali marittime per violazione dei superiori principi della libera concorrenza e dei correlativi obblighi di disporre procedure ad evidenza pubblica per il rinnovo delle concessioni. In fine, ai profili sostanzialmente normativi, indicando – per via formalmente pretoria, ma sostanzialmente regolatoria – la

[24] Sotto tale profilo, appaiono di particolare interesse le considerazioni svolte dalla Plenaria (par. 49).

strada delle procedure ad evidenza pubblica ed i criteri di relativa disciplina delle stesse.

Sotto un primo profilo, si rileva l'importanza delle due decisioni della Plenaria dal punto di vista ordinamentale: il Consiglio di Stato, infatti, non si è limitato a ribadire la primazia del diritto europeo ma ne ha voluto dare effettiva applicazione, con grande pragmatismo. E' inutile ribadire un concetto astratto, se poi, nella realtà concreta, l'applicazione di tale concetto resta nell'iperuranio; nella vicenda in questione, il Legislatore italiano ha realisticamente posto in essere una considerazione concreta: i principi del diritto europeo possono essere anche molto chiari, ma la "bacchetta" del potere legislativo consente al Legislatore di emanare normative di fonte primaria palesemente illegittime, che, però, fino a quando non siano dichiarate formalmente incompatibili con il diritto europeo (dalla Corte di Giustizia UE) o con i principi costituzionali (dalla Corte costituzionale), restano valide ed efficaci, con la conseguenza di dovere essere applicate dall'Amministrazione e dallo stesso Giudice (che, al massimo, potrà disporne la rimessione alla Corte di Giustizia o alla Corte costituzionale, ma senza incidere con immediatezza sulla validità e sull'efficacia delle stesse); laddove poi le Corti indicate dovessero dichiarare l'incompatibilità con il diritto europeo o l'illegittimità costituzionale della normativa, il Legislatore italiano sarebbe stato pronto ad emanare una nuova normativa identica (palesemente illegittima, ma destinata ad avere una vita utile per coprire un determinato arco temporale, in esito al quale il Legislatore avrebbe potuto emanare una nuova normativa identica), ponendo in essere una elusione dolosa rispetto ai propri obblighi di ottemperanza, con un risultato concreto, purtroppo, favorevole alla propria ottica, in un corto-circuito sul modello del paradosso di Zenone, nel quale Achille (il diritto europeo) non avrebbe mai raggiunto la Tartaruga (la disciplina italiana).

Tale (seppur maliziosa) opinione sembra oggettivamente confermata dalla realtà di oltre quindici anni di storia di rapporti tra ordinamento europeo e di ordinamento nazionale, nonché di "dialogo" tra i relativi Legislatori e le relative Corti: una situazione surreale, nella quale il Legislatore Italiano era risultato totalmente

"sordo" alla citata Direttiva *Bolkenstein*, alla sentenza della Corte di Giustizia Promoimpresa ed alle ripetute procedure di infrazione aperte dalla Commissione Europea, in un contesto surreale di inottemperanza continua e reiterata.

In un contesto nel quale il Legislatore non svolgeva il proprio ruolo, secondo i principi superiori del diritto europeo e del diritto costituzionale, tale corto-circuito avrebbe potuto essere "rotto" soltanto con una presa di posizione sostanziale da parte del giudice amministrativo, capace di andare oltre tutti i "lacciuoli" formali, mediante l'affermazione del potere di disapplicazione della normativa nazionale - laddove manifestamente elusiva dei principi già specificamente imposti dal diritto europeo e dal Giudice Europeo - sia in capo al giudice amministrativo, sia in capo alla stessa Amministrazione (profilo quest'ultimo di notevole rilevanza). Con tale impostazione, il giudice amministrativo si è, in sostanza, conferito un ruolo di legislatore supplente (per non dire "contro-legislatore"): laddove il Legislatore rimanga inerte (o, peggio, emani normative palesemente illegittime, di reiterazione di principi già dichiarati incompatibili con il diritto europeo), il Giudice si assume un potere (quasi di tipo cautelare) di diretta disapplicazione della norma illegittima e con ferisce il medesimo potere anche alla stessa Amministrazione (la quale, chiaramente, dovrà utilizzarlo in maniera estremamente ponderata, nei soli casi di incompatibilità già acclarata della normativa nazionale rispetto al diritto europeo). L'auto-conferimento di tale ruolo può essere senz'altro discutibile, in astratto, sulla base dei principi generali (la separazione dei poteri *in primis*), ma tale profilo di criticità formale deve ritenersi recessivo rispetto alla necessità sostanziale di avere un Giudice che imponga il rispetto delle regole, anche allo stesso Legislatore, quantomeno in casi estremi, come la questione oggetto della presente disamina, nei quali il Legislatore dimostri una totale sordità ai principi superiori che dovrebbero limitare il relativo potere. In questa ottica, quello che può essere sembrato uno sconfinamento del potere giurisdizionale trova una propria giustificazione all'esigenza pratica di "riconfinare" il Legislatore e di non consentirgli più un evidente abuso del potere legislativo.

dirittifondamentali.it

All'affermazione del potere di disapplicazione della normativa di fonte primaria nazionale, laddove in palese contrasto con il diritto europeo (peraltro, in un contesto nel quale tale incompatibilità era stata già acclarata dalla Corte di Giustizia con la sentenza Promoimpresa), la Plenaria ha "accompagnato" il varo di un altro principio di importanza fondamentale per il processo amministrativo attuale e futuro, che va oltre la deroga alla retroattività degli effetti della sentenza già riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa da oltre dieci anni, seppure in relazione a situazioni eccezionali, arrivando ad affermare la modulazione degli effetti nel tempo, anche con posticipazione degli stessi (nella fattispecie, laddove la Plenaria ha indicato l'immediatezza dell'obbligo di procedura ad evidenza pubblica e, comunque, la decadenza di tutte le concessioni demaniali marittime alla data del 31 dicembre 2023, al solo fine di garantire il tempo utile di due anni per l'espletamento delle relative gare). Anche in questa valutazione, il Consiglio di Stato ha dimostrato fermezza nel rifuggire da principi formali, privi della capacità di garantire l'effettività e la pienezza della tutela: un Giudice di legittimità – oltre ad emanare decisioni retroattive (principio ormai definitivamente superato, quantomeno a livello di dogma) – non dovrebbe valutare gli effetti delle proprie decisioni, ma dovrebbe rimanere "chiuso" nelle proprie stanze dei Palazzi di Giustizia e non porre in essere valutazioni di opportunità (che sarebbero oltre i limiti della propria giurisdizione), né tantomeno curarsi degli effetti delle proprie decisioni (potenzialmente di estrema dirompenza dal punto di vista economico e sociale). Tale principio anacronistico deve intendersi ormai superato alla luce delle due decisioni della Plenaria: così come il Diritto deve individuare il punto di equilibrio tra interessi in gioco, la Giustizia deve applicare il diritto generale ed astratto nei casi specifici e concreti; tale applicazione deve essere posta in essere in termini sostanziali e, quindi, non può prescindere dalla valutazione di un elemento fondamentale nell'individuazione del punto di equilibrio degli interessi in gioco, costituto dall'impatto esterno della decisione nel mondo reale.

In sostanza, in una nuova prospettiva processuale, nel ruolo del giudice si pone l'opportunità di pesare non solo elemento strettamente giuridici, ma anche

elementi metagiuridici – sicuramente ultronei rispetto al ruolo del giudice in senso stretto (interpretazione della normativa al caso di specie) – costituiti dal bilanciamento degli interessi in gioco non solo dal punto di vista "interno" (tecnico-giuridico), ma anche dal punto di vista "esterno" (impatto economico o sociale). E' una nuova "frontiera" per la giustizia amministrativa, forse discutibile dal punto di vista formale, ma senz'altro di estrema rilevanza dal punto di vista di una giusta ottica del rapporto tra Giustizia e Società, nonché del carattere ausiliario e strumentale del Diritto e della Giustizia all'Economia ed alla Società e dal punto di vista della concretezza sostanziale del lavoro della giustizia amministrativa.

La parte apparentemente meno rilevante delle decisioni della Plenaria è costituita dalla analisi dei profili strettamente giuridici, relativi all'accertamento della effettiva incompatibilità della normativa nazionale rispetto alla normativa europea, che, teoricamente, poteva sembrare ormai acclarata. In realtà, le decisioni del Consiglio di Stato hanno dovuto superare tre elementi tutt'altro che scontati e, nella fattispecie, assolutamente dirimenti per la valutazione della questione, ovvero la verifica dei presupposti-base quali la assimilabilità delle concessioni di matrice italiana alle autorizzazioni considerate dalla Direttiva *Bolkenstein*, l'accertamento della sussistenza di un "*interesse transfrontaliero certo*" e del carattere di "*risorsa limitata*" del patrimonio paesaggistico costituito dall'insieme delle spiagge italiane.

Il primo punto era stato già in parte affrontato dalla Corte di Giustizia nella sentenza Promoimpresa (sovrapponibilità dei concetti di concessione italiana e di autorizzazione europea), ma è stato ribadito dal Consiglio di Stato in un'ottica di connessione funzionale di tipo esclusivamente sostanziale, sottolineando come, al di là delle sovrapponibilità o meno dei due concetti, ciò che era maggiormente rilevante era costituito dal carattere strumentale della concessione demaniale rispetto all'autorizzazione a svolgere servizi ed attività di tipo economico, in quanto, per svolgere attività economiche di tipo balneare (stabilimenti, ristoranti ecc.), è necessario essere titolare della concessione sul territorio demaniale, il cui rilascio o rinnovo, per tale ragione, non può avvenire in deroga alle regole della concorrenza.

Il secondo ed il terzo punto (accertamento della sussistenza di un "*interesse transfrontaliero certo*" e del carattere di "*risorsa limitata*") sono stati affrontati in un'ottica nuova, assolutamente condivisibile, del carattere unitario del bene complessivo costituito dall'insieme di tutte le spiagge italiane e di tutte le concessioni demaniali marittime: da tale nuovo concetto è derivata la constatazione del fatto che - essendo la decisione della Plenaria stata richiesta dal Presidente del Consiglio di Stato per risolvere unitariamente la questione complessiva, di interesse generale per l'Economia nazionale e per la certezza del diritto in tale settore - oggetto del contendere (al di là delle due questioni oggetto di giudizio, consistenti negli appelli delle sentenze del Tar Puglia e del Tar Sicilia) era costituito dall'insieme di tutte le concessioni demaniali sul territorio nazionale; in tale ottica complessiva di individuazione del bene unitario costituito dall'intero patrimonio paesaggistico nazionale costituito dall'insieme di tutte le spiagge italiane, il Consiglio di Stato ha correttamente riconosciuto la sussistenza dei due presupposti fondamentali costituiti dall'"*interesse transfrontaliero certo*" (indubbio, visto il valore complessivo del bene spiagge-italiane) e dal carattere di "*risorsa limitata*" di tale bene (riconosciuto alla luce della constatazione del fatto che la quasi totalità delle spiagge che possono essere date in concessione risulta già oggetto di concessione).

Ultimo punto (*last, but not least*) delle decisioni in questione è costituito dalla configurazione di un sistema di procedure ad evidenza pubblica di tipo peculiare, nel quale risulta una lieve (ma ragionevole e proporzionata) posizione di vantaggio per i concessionari, giustificata (e giustificabile), in ragione non degli investimenti posti in essere (che trovano, invece, una differente disciplina degli indennizzi, laddove gli stessi non siano stati ancora recuperati), ma dell'esigenza di considerare il *know how* dagli stessi già acquisito e rispettare (in termini molto limitati) un privilegio territoriale, nell'ottica della continuità della cultura del territorio. Tale impostazione assume una rilevanza notevole alla luce del carattere di Legislatore assunto dal Giudice amministrativo sotto tale profilo, con la elaborazione ragionata di una serie di principi-cornice delle procedure ad evidenza pubblica in tale settore, alla luce di alcune limitate specificità riconosciute dalla

dirittifondamentali.it

Plenaria: anche tale profilo, per quanto formalmente ultroneo rispetto ai limiti della giurisdizione del giudice amministrativo, risulta sostanzialmente coerente allo spirito complessivo di tale decisioni, nelle quali il Consiglio di Stato non si è arrogato un potere legislativo allo stesso, ma ha coraggiosamente assunto un ruolo di supplente a fronte di un legislatore sordo e inerte di fronte ad una tematica che ha esposto l'Italia a numerose procedure di infrazione e nella quale il Legislatore ha mantenuto un sistema di privilegio ingiustificato per imprenditori che sono rimasti concessionari per decenni (con canoni estremamente irrisori, pari al 0,67% del valore effettivo, come rilevato nelle decisioni della Plenaria nel rapporto tra gettito potenziale e gettito effettivo, quantificati rispettivamente in cento milioni di euro annui ed in quindici miliardi di euro annui) ed imprenditori che sono rimasti fuori da tale miniera (riservata a pochi, secondo un sistema tutto italiano), con grave violazione del diritto fondamentale di impresa di questi ultimi (art. 41 Cost.), del diritto al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.) dei relativi dipendenti, dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza (art. 3 Cost.), nonché della stessa tutela del paesaggio (art. 9 Cost.) (che sarà senz'altro maggiormente tutelato in un sistema moderno e non più "feudale") e con grave danno alle casse erariali.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 27 gennaio 2022

Diritti umani e traduzione interculturale

di
Brigida Valentina di Gregorio*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il problema della validità interculturale dei diritti umani. – 3. Universalità dei diritti umani e consenso. – 4. Linguaggio dei diritti dell'uomo e accettazione dei principi. – 5. Le ragioni di una opposizione al movimento universalizzante dei diritti umani. – 6. La variabile culturale. – 7. Traduzione interculturale. – 8. Considerazioni conclusive.

1. – Con l'espressione diritti umani si fa riferimento al «pacchetto» di disposizioni normative contenute in una serie di documenti, carte, trattati internazionali a partire dalla *Dichiarazione universale dei diritti umani* adottata con risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. Accanto alla *Dichiarazione universale* vanno annoverati i veri e propri trattati internazionali sui diritti umani, tra cui il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali,* entrambi adottati il 16 dicembre 1966 ed entrati in vigore, rispettivamente il 23 e il 3 gennaio 1976. Occorre, poi, menzionare, fra gli altri, la *Convenzione per la prevenzione e la punizione del crimine di genocidio,* la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali,* la *Dichiarazione per la garanzia dell'indipendenza dei paesi e dei popoli coloniali*, la *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* e molte altre ancora.

I diritti umani possono essere considerati uno di quei temi che accompagnano la discussione giuridica, filosofica e politica della civiltà occidentale, da almeno tre secoli. Si ritiene che una delle cause dell'intensificarsi del dibattito accademico

* *Avvocato e Dottore di Ricerca in Diritto Romano, Teoria degli Ordinamenti e Diritto Privato del Mercato, presso l'Università La Sapienza di Roma.*

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

intorno ai diritti umani sia da ricercare nella fase di instabilità geopolitica attuale. A partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo la rilevanza internazionale delle norme che conferiscono diritti soggettivi si è andata accrescendo progressivamente e la positivizzazione dei diritti umani ha compiuto importanti passi in avanti attraverso una serie di successivi Trattati internazionali.

La rinnovata centralità politica, nazionale e internazionale dei diritti umani ha prodotto un aumento di interesse per alcune questioni che fino a pochi anni fa erano scarsamente dibattute. Si tratta degli interrogativi che orbitano intorno al problema della validità interculturale dei diritti umani.

I diritti umani sono espressione di una cultura particolare, la tradizione giuridica e politica occidentale, oppure sono patrimonio di tutta l'umanità?

Il loro rispetto e l'impegno per la loro tutela può essere richiesto a tutti i governi del mondo oppure è ingiustificato presumere che individui appartenenti a tradizioni differenti debbano sentirsi obbligati dalle stesse norme e dagli stessi principi cui si sentono vincolati i cittadini delle democrazie occidentali? Il significato stesso dell'attribuzione di diritti fondamentali e inalienabili a un soggetto è comprensibile dalle prospettive di individui legati a una visione tradizionale dell'etica incentrata sulla nozione di dovere piuttosto che su quella di diritto?

2. – Il problema della validità interculturale dei diritti umani, al di là delle sue indubbie valenze politiche, pone una serie di quesiti teoricamente rilevanti, che vanno a toccare uno dei punti cardine dei diritti dell'uomo: la loro presunta universalità.

Il fatto che i diritti umani siano stati positivizzati con la Dichiarazione universale, approvata almeno formalmente dalla grande maggioranza degli Stati del mondo, comporta che i tentativi di contestazione si esprimano attraverso la messa in dubbio della validità del consenso prestato. In questa chiave si è sostenuto che la Dichiarazione non possa vincolare le Nazioni non occidentali, perché i diritti umani sono espressione di valori tipici dell'Occidente: valori legati a una concezione

dirittifondamentali.it

individualistica del ruolo del soggetto, valori che minimizzano l'importanza del contesto comunitario, che non tengono conto delle gerarchie sociali, che risultano estranei alla sensibilità degli individui appartenenti alle società tradizionali.

Il Novecento, com'è noto, anche secondo la formula di Norberto Bobbio[1], rappresenta l'età dei diritti. Infatti, nonostante il succedersi di due conflitti mondiali, l'atrocità dei campi di sterminio e della persecuzione razziale, il riaccendersi, sul finire del secolo, degli odi etnici, esso è il secolo in cui il processo di positivizzazione e soprattutto di internalizzazione dei diritti umani ha subito un'accelerazione progressiva.

I diritti umani sono stati accolti nella Dichiarazione universale del 1948, ratificata da quasi tutti gli Stati; sono state approvate convenzioni per la tutela dei diritti che vincolano gli Stati aderenti e i diritti fondamentali sono stati incorporati nelle costituzioni democratiche contemporanee.

Questa considerazione si scontra tuttavia con i dati relativi alle massicce violazioni dei diritti più elementari, come il diritto alla vita e quello a non essere torturati, che associazioni come Amnesty International riportano ogni anno. Non si può nascondere infatti che le guerre di aggressione degli ultimi decenni, il massiccio ricorso alle armi di distruzione di massa e alle mine antiuomo, lo spettro incombente della fame e delle malattie epidemiche di oltre un miliardo di persone, le nuove forme di schiavitù, la pena di morte, le condizioni disumane e degradanti delle carceri di tutto il mondo pongono oggi una seria questione sull'effettività dei diritti umani.

Questo dato rafforza la percezione che tutta la retorica occidentale sui diritti umani operi in realtà come una aggressiva «ideologia occidentale», cioè un aspetto di quel processo di «occidentalizzazione del mondo» che oggi investe le civiltà e le culture più deboli, privandole della loro identità e dignità[2].

Tuttavia, paradossalmente, il fatto stesso che violazioni come queste vengano registrate e conteggiate rafforza il riconoscimento dell'esistenza di una sfera di

[1]Cfr. N. BOBBIO,*L'età dei diritti,* Torino, 1997.

[2]Cfr. D. ZOLO,*Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*,a cura di P.Costa, D.Zolo, Milano, 2002, pp. 17-88.

diritti inalienabili e al tempo stesso sposta il problema dell'effettività su un piano distinto. In altre parole, la constatazione del divario fra il discorso dei diritti e la drammatica materialità delle loro quotidiane violazioni induce a riflettere sulla posizione dei diritti umani nel mondo contemporaneo. Ciò vuol dire che nonostante gli sforzi contemporanei di apprestare una tutela giuridica effettiva a livello sovranazionale alle loro violazioni, i diritti umani rappresentano nel mondo contemporaneo delle nobili aspirazioni.

Nonostante le polemiche insorte intorno all'universalità dei diritti umani e nonostante la sua debolezza come documento giuridico, che enuncia una serie di principi senza predisporre mezzi effettivi per la loro tutela, non si può certamente negare che la Dichiarazione abbia sortito quantomeno l'effetto di un potente riorientamento dei termini del discorso intorno ai diritti umani. Ancora più rilevante è che i diritti umani siano diventati l'oggetto di una nuova religione civile diffusa su scala planetaria, in certi casi di una sorta di nuova «idolatria»[3].

3. – Il problema dell'universalità dei diritti umani ruota anche intorno a quello dell'esistenza di un consenso che li ricomprenda. Ma cosa significa sostenere che in tema di diritti umani si sia raggiunto un consenso universale? E, soprattutto, quali soggetti sono competenti ad esprimere un tale consenso? E con quali procedure? È chiaro che, alla luce delle riflessioni sopra riportate, l'adesione delle istituzioni alla Dichiarazione universale non è sufficiente[4].

Dire che in tema di diritti umani si è raggiunto un consenso *omnium gentium* vuol dire qualcosa di più rispetto alla constatazione di un riconoscimento formale da parte di tutti o della grande maggioranza degli organismi statuali. Parlare di un

[3]Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 5.

[4] E da un punto di vista storico si potrebbe ricordare che la composizione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite nel 1948, in seno alla quale fu emanata la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo escludeva i paesi sconfitti della seconda guerra mondiale mentre quasi l'intera Africa e gran parte dell'Asia erano rappresentate dalle potenze coloniali. Inoltre, le concrete modalità attraverso le quali si giunse alla stesura del documento finale furono improntate solo in misura estremamente limitata allo spirito del dialogo interculturale.

dirittifondamentali.it

consenso universale è accettabile solo se si considera la capacità del linguaggio dei diritti di incidere sulla vita degli individui[5].

L'idea del consenso è connessa alla pervasività del linguaggio dei diritti e alla sua capacità di diffondersi anche in contesti nei quali fino a pochi decenni addietro non era in uso. A partire dalla seconda metà del ventesimo secolo il linguaggio dei diritti ha guadagnato, nello scenario internazionale, una capacità di penetrazione tale da consentire a esso di raggiungere un numero sempre crescente di individui. Non solo: i paesi occidentali sono spesso i più fervidi sostenitori dei diritti economici e sociali e in particolare del diritto allo sviluppo, contro l'attaccamento di matrice liberale ai diritti civili e politici. L'espansione del linguaggio dei diritti è agevolmente documentabile: anno dopo anno aumentano i casi di appropriazione dello strumento del diritto soggettivo per esprimere le rivendicazioni di sempre nuovi soggetti, individuali o collettivi.

Eppure, non mancano i motivi per dubitare che questo successo internazionale possa essere direttamente assunto come prova di un consenso attuale. In effetti, se la nozione di diritti umani è oggi una nozione cardine dell'immaginario politico globale, essa tuttavia si colloca, di volta in volta, al centro di costellazioni di idee, di tradizioni e soprattutto di pratiche profondamente eterogenee. Nella maggior parte dei casi la ripetizione degli slogan incentrati sui diritti costituisce il prodotto di un processo di diffusione transnazionale agito da ristrette minoranze, che difficilmente arriva a coinvolgere in maniera non superficiale i supposti destinatari del messaggio, senza parlare di una trasformazione dei loro sistemi di valori. Non si può parlare di consenso universale se l'oggetto del consenso è inteso in maniera radicalmente differente da soggetti diversi e se quei soggetti operano in modi diversi l'uno dall'altro[6].

[5]Cfr. F. VIOLA, *L'universalità dei diritti umani: un'analisi concettuale,* in *Universalismo ed Etica Pubblica*, *Annuaridi Etica*, 2006, 3, p. 155 ss.

[6]Cfr. A.M. MACLEOD,*The Structure of Arguments for Human Rights,* in*Universal Human Rights*, a cura di D.A. Reidy, M.N.S. Sellers, Lanham, 2005,pp.17-36.

dirittifondamentali.it

4. – L'espansionismo del linguaggio dei diritti dell'uomo rappresenta una delle forme più evidenti in cui la questione del carattere *culture bounded* dei presupposti che fanno da sfondo alla nozione di diritti umani si dilata dallo scenario internazionale alla dimensione infrastatuale. A questo livello si deve anche registrare la conflittualità che oppone nel contesto degli Stati multiculturali l'attribuzione di diritti e le identità degli individui. I nodi problematici più dibattuti concernono il rapporto tra le concezioni tradizionali della famiglia e il riconoscimento dei diritti della donna; la relazione tra pratiche culturalmente legittime e socialmente vincolanti - per esempio le mutilazioni genitali femminili- e norme universali; l'esibizione di simboli culturali e/o religiosi in luoghi pubblici. In tutti questi casi è importante poter stabilire in quale misura le norme giuridiche che recepiscono il catalogo dei diritti umani siano accettabili da parte di tutte le componenti della popolazione. Soprattutto, occorre analizzare la differenza culturale per valutare quale sia il peso che il fattore cultura ha in rapporto agli standard normativi generali. Risulta necessario pertanto approfondire la questione del nesso fra diritti umani e identità culturale per cercare di capire più esattamente in che termini il consenso intorno ai diritti sia inseparabile da un'adesione a un corpo di credenze e di valori.

Qualche esempio servirà a rendere più chiara la questione. Si pensi all'istituto della poligamia e all'uso distorto che ne viene fatto per indicare la distanza in termini culturali-giuridici tra gli Stati occidentali e la società islamica. La poligamia di matrice islamica è un istituto (giuridico) considerato incompatibile con i principi fondamentali sanciti nella cultura occidentale, nel contesto specificatamente europeo. In particolare, tale incompatibilità deriverebbe dal fatto che il matrimonio poligamico istituzionalizza una diversa posizione della donna rispetto all'uomo, quindi, violerebbe il principio di parità tra i coniugi nonché, più in generale il principio di uguaglianza. Com'è noto, infatti, gli Stati occidentali non prevedono la possibilità che un uomo possa sposare più di una donna, anzi, ne è fatto espresso divieto e la circostanza che un uomo possa avere più di una moglie viene considerato immediatamente lesivo della sfera della dignità della donna.

La poligamia viene spesso richiamata come esempio che segna la «incompatibile» diversità della cultura islamica rispetto a quella occidentale, ritenuta addirittura in grado di minare l'identità culturale e politica. Un'accurata opera di contestualizzazione vorrebbe invece che fosse compiuta un'indagine sul contesto storico-sociale che ha determinato la nascita dell'istituto poligamico all'interno del mondo islamico.

Nello specifico, le domande andrebbero poste su quali siano i suoi fini, quale sia la condizione della donna all'interno della società islamica, se ella abbia gli strumenti giuridici per evitare che il marito possa sposare altre donne e quali siano le condizioni economiche che consentono il ricorso a questo strumento, nonché soprattutto, quali siano gli indici a cui fare riferimento per misurare l'uguaglianza uomo-donna[7].

Attraverso l'analisi contestualizzante dell'istituto poligamico si potrebbe scoprire che nella cultura islamica è radicata l'idea della complementarità e della diversità funzionale dei coniugi, dalla quale deriva una differente posizione della donna rispetto all'uomo. Ponendosi nella prospettiva di questa diversa «visione del mondo», sarebbe spontaneo domandarsi se la moglie poligama si reputi ingiustamente legata ad un uomo che ha più mogli e quindi abbisognerebbe di vedersi riconosciuto un diritto di eguaglianza che abbia per effetto quello di recidere il legame coniugale o se può la donna, volontariamente, determinarsi ad una scelta culturale «contrastante» con il valore della parità dei sessi; ma, soprattutto, occorrerebbe constatare se la negazione di questa scelta culturale possa essere avvertita come una indebita ingerenza nella propria vita privata e familiare.

Si pensi ancora al Confucianesimo e all'influenza che ha determinato all'interno dell'ordinamento giuridico cinese. Uno dei tratti salienti del Confucianesimo riguarda la pietà filiale e l'amore verso il prossimo, in particolare il rispetto verso gli anziani e i genitori. Nella cultura cinese, quindi, ogni figlio ha il dovere di occuparsi dei genitori, soprattutto se anziani o malati e l'abbandono del proprio genitore da parte del figlio rappresenta una grave colpa morale. Questo aspetto

[7]Cfr. M. RICCA, *Rotte di diritto interculturale*, Soveria Mannelli, 2008, p. 15.

dirittifondamentali.it

peculiare della cultura cinese, lascito dell'insegnamento confuciano, è importante a tal punto da trovare una esatta collocazione all'interno della legge successoria cinese che a tal fine dispone l'indegnità a succedere del figlio che non si sia preso cura del padre. In pratica, il figlio che non si sia occupata del padre non può ereditare il patrimonio ereditario di quest'ultimo[8].

Ci si potrebbe domandare a questo punto cosa accadrebbe se un cinese che vive in Italia si recasse dal notaio e chiedesse di devolvere la propria eredità ad un soggetto diverso dal figlio. Il notaio, con tutta probabilità, risponderebbe che non è possibile, perché la legge successoria italiana non prevede tale possibilità. L'art. 463 del codice civile italiano, infatti, non elenca tra le cause di indegnità a succedere il non essersi preso cura del proprio genitore.

Con specifico riferimento alla fattispecie in esame, va sottolineato che, se il notaio avesse conosciuto le motivazioni culturali per le quali il cinese avrebbe voluto devolvere il proprio asse ereditario ad un soggetto terzo, si sarebbe reso conto che dette ragioni sono ben lontane dalla volontà di punire il figlio, ma trovano una precisa collocazione nel proposito di assicurarsi l'assistenza che quello stesso figlio avrebbe dovuto fornirgli.

La mancata conoscenza delle ragioni che fanno da sfondo alla richiesta del cinese determinerà inevitabilmente un problema di incomunicabilità tra la cultura cinese e quella italiana[9].

La circostanza che la legge successoria cinese non possa trovare accoglimento all'interno dell'ordinamento giuridico italiano tuttavia non vuol significare che la stessa non possa essere utilizzata come piattaforma a partire dalla quale elaborare nuove categorie giuridiche che, intercettando entrambi gli ordinamenti, quello cinese e quello italiano, possano soddisfare le richieste di riconoscimento del cinese senza per questo porsi in contrasto con l'ordinamento giuridico italiano. In questo modo sarebbero state create equivalenze di senso e continuità tra due culture che apparentemente sembravano incomunicabili.

[8]Cfr. L. MOCCIA, *Profili emergenti nel sistema giuridico cinese,* Roma, 1999, p. 419 ss.

[9]Cfr. M. RICCA,*Culture Interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, 2013, p. 165 ss.

dirittifondamentali.it

Sotto questo punto vista i diritti umani costituiscono una buona piattaforma di apprendimento reciproco tra culture differenti. Attraverso una loro interpretazione in chiave interculturale è possibile gettare le basi per elaborare categorie normative che siano rappresentative degli interessi di tutti. In questo senso essi rappresentano un potente strumento di riorientamento dei conflitti di stampo culturale. Ma, per far sì che i diritti umani possano funzionare come interfaccia per fare comunicare le culture, è necessario elaborare un lessico interculturale della soggettività, un lessico cioè che consenta di declinare in senso multiculturale i diritti umani e quindi attraverso una loro interpretazione che tenga conto dei luoghi e delle diverse sensibilità giuridiche all'interno dei quali si collocano le rispettive istanze di riconoscimento.

D'altra parte, se l'universalità dei diritti umani non fosse in grado di essere contestualizzata e declinata in chiave culturale, rischierebbe di restare una petizione di principio astratta. Concetti quali libertà, autodeterminazione, uguaglianza e dignità, per poter aspirare ad una effettiva vocazione universalistica, devono essere proiettati all'interno del contesto di appartenenza del soggetto di diritto che li invoca. Solamente così essi potranno fungere da strumenti di articolazione della soggettività giuridica. È un errore credere che i concetti di libertà ed uguaglianza siano percepiti allo stesso modo nei diversi contesti culturali e il motivo deve essere individuato nelle variazioni ambientali, economiche, sociali, antropologiche che subiscono ad ogni nuovo contesto i diritti umani e/o fondamentali. Il significato che le espressioni o i gesti assumono cambiano al variare del contesto culturale di riferimento e dipendono esattamente dal modo in cui il soggetto li percepisce.

Per questo motivo ciò che in un determinato contesto culturale può rappresentare una manifestazione della propria libertà religiosa in un altro può apparire come una privazione della libertà personale. Si pensi al caso del velo islamico. Esso viene usato come simbolo per eccellenza per descrivere la discriminazione uomo-donna all'interno della società islamica. Eppure basta porre mente alle recenti vicende del velo in Francia per rendersi immediatamente conto che è proprio attraverso il

dirittifondamentali.it

medium dei diritti umani che alcune donne musulmane hanno rivendicato il proprio diritto alla libertà religiosa e personale e quindi il diritto ad indossare il velo.

Siffatte vicende appaiono paradossali proprio perché, se è vero che nella visione occidentale il velo è rappresentativo della inferiorità della donna rispetto all'uomo e della sua relegazione nell'ambito della sfera privata, non si comprenderebbe allora perché è proprio nel momento in cui il velo fa ingresso nella sfera pubblica che le donne musulmane rivendicano il diritto alla libertà di indossare quel simbolo.

Attraverso un'adeguata opera di contestualizzazione dell'utilizzo del velo nell'ambito della società islamica si potrebbe scoprire, ad esempio, che l'uso del velo rappresenta un simbolo della dignità femminile o semplicemente uno strumento di riconoscimento e rispetto della propria identità culturale[10].

Come ogni espressione culturale, infatti, anche il velo islamico non si presta ad un'unica e superficiale lettura, ma richiede che venga considerato il significato che ogni attore sociale attribuisce ad esso, alla luce delle dinamiche che si innescano quando culture differenti entrano in contatto tra loro.

Gli stereotipi che ne scaturiscono in questo caso derivano dalla mancata conoscenza dei significati che si annidano nei differenti contesti culturali e nell'assenza di un'appropriata opera di contestualizzazione che consente di distinguere tra le diverse soggettività coinvolte. Per tale motivo la creazione di un lessico interculturale che possa aiutare a tradurre le culture si pone come requisito fondamentale per favorire l'integrazione culturale. Soltanto in questo modo sarà possibile riscrivere una grammatica della soggettività che sia in grado di rispecchiare la diversità culturale altrui. Riscrivere la grammatica della soggettività vuol dire anzitutto spogliarsi del proprio sapere culturale e relativizzarlo rispetto al fattore culturale altrui, poiché senza la relativizzazione del proprio punto di vista non sarà possibile imbastire un dialogo e quindi creare nuove relazioni giuridiche.

[10]S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2005, p. 57.

dirittifondamentali.it

Da questo punto di vista i diritti umani rappresentano un potente strumento di integrazione per le culture, perché nel momento in cui soggetti di differente cultura si insediano in un nuovo contesto hanno bisogno di posizionarsi socialmente e i diritti umani in qualche modo funzionano da aggancio per la propria ri-categorizzazione sociale. Essi possiedono, infatti, una forza normativa in grado di trascendere i confini e l'appartenenza nazionale e sono inclusivi rispetto ai gruppi culturali, appunto per questo essi vengono spesso invocati da parte di chi vuol far valere la propria differenza culturale.

Si può ritenere che le maggiori perplessità relative alla validità globale dei diritti umani si colleghino all'idea che il sistema dei diritti, in quanto prodotto di una cultura e di una vicenda storica precise, risulti difficilmente accettabile nel suo complesso da parte di soggetti appartenenti a culture completamente diverse da quelle in cui ha avuto origine. Già la tesi secondo la quale i soggetti sono titolari di diritti soggettivi innati, si sostiene, presuppone una precisa concezione antropologica e politica.

Dal momento che l'evoluzione del linguaggio dei diritti dell'uomo è avvenuta in Occidente, sostengono i critici dell'universalismo, la concezione della persona umana che soggiace alla formulazione dei diritti non può che rispecchiare le assunzioni filosofico-politiche dell'individualismo occidentale, ovvero di una dottrina politica che si inserisce in un preciso ambito storico oltre che geografico[11]. Per questo motivo la compatibilità dei valori civili, politici e sociali che fanno da premessa alla dottrina dei diritti dell'uomo con i contesti culturali extraeuropei non può essere presupposta acriticamente. Si pone quindi il problema di valutare in che misura il concetto di diritti umani e le assunzioni intorno alla natura del soggetto politico che a esso sono sottese siano comprensibili e accettabili da parte di individui appartenenti a tradizioni culturali diverse.

[11]L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti:poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Roma, 1999, p. 33 ss.

dirittifondamentali.it

Il problema dell'universalizzabilità, come problema della possibilità di un consenso transculturale, si riduce alla questione dell'accettabilità di una serie di principi politici espressi dalla tradizione liberale occidentale.

Alla luce delle considerazioni sopra sviluppate si può quindi dire che una delle maggiori sfide che la teoria dei diritti umani fondamentali deve affrontare oggi riguarda lo scontro nato tra i difensori delle tesi universaliste, che sostengono l'applicazione illimitata e globale di tutti i diritti umani, e i teorici delle tesi relativiste, i quali argomentano che l'imposizione di una morale universale è impraticabile viste le differenze socioculturali di ogni popolo.

5. – Per i difensori delle tesi universaliste esistono determinate libertà e diritti basilari, come quelli dell'autonomia e dell'autodeterminazione degli individui, oggi riconosciute e stabilite come norme nella società contemporanea che non giustificano alcun tipo di opposizione. Per tali motivi, si sottolinea, che questi ad altri diritti stabiliti dalla Dichiarazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, devono essere perseguiti da tutte le Nazioni, in quanto rappresentano il consenso generale dei popoli su un insieme morale universale e indivisibile.

Tuttavia, esiste una forte opposizione a questo movimento, specialmente delle civiltà non occidentali, le quali accusano l'attuale regime internazionale dei diritti umani fondamentali di essere una forma adottata dall' Occidente per imporre il proprio imperialismo morale sulle altre culture. I popoli seguaci del confucianesimo, per esempio, vedono, nella dottrina universale, principalmente quella stabilita dall'ONU, un'apologia all'individualismo, dato che pretende di mettere gli interessi e i diritti personali, isolatamente considerati, al di sopra degli interessi e delle necessità della collettività. Per tali motivi, i difensori delle tesi relativiste sostengono che i diritti umani fondamentali devono essere adattati alle realtà culturali di ciascun popolo, rispettandone la libertà e il pluralismo morale delle società. A ciò si soggiunga che soltanto la valorizzazione delle culture locali evita l'implementazione di un monismo culturale nel mondo, garantendo la piena realizzazione della dignità umana in base ai valori morali seguiti da ogni civiltà.

Una delle forme che il problema dell'universalità dei diritti umani ha assunto dopo l'approvazione della Dichiarazione universale è quella di una riflessione sulla possibilità dell'estensione di un consenso transculturale intorno al catalogo dei diritti dell'uomo. Si tratta di una tematica che possiede una dimensione internazionale e una nazionale. La prima è collegata al riconoscimento della Dichiarazione universale da parte degli Stati non occidentali, la seconda è connessa all'espansionismo globale dei diritti dell'uomo come strumento di rivendicazione tradizionale e/o religiosa nel contesto degli Stati dell'Europa multiculturale. Inoltre, si possono distinguere due livelli problematici. Il primo consiste nel livello politico-morale, in cui il problema dell'universalizzabilità dei diritti si presenta come problema della possibilità di un consenso concernente un insieme di valori e di principi politici caratteristici del pensiero politico dell'Occidente moderno e che nelle dichiarazioni contemporanee trovano una caratteristica espressione. Il secondo livello, giuridico-applicativo, è invece relativo alla possibilità di un fattivo bilanciamento tra diritti, norme e valori locali ad opera dei giudici chiamati a decidere, in ogni parte del mondo, sulle controversie in cui gli attori allegano la violazione dei propri diritti. A questo livello il problema dell'universalizzabilità dei diritti non si presenta come problema della possibilità e della modalità di un consenso ma come problema della possibilità e della modalità di decisioni e argomentazioni contestuali che raccordino il *frame work* dei diritti ai sistemi normativi locali.

L'idea che i diritti umani siano lo strumento più efficace per perseguire certi valori generali può apparire giustificata all'interno di un certo contesto di argomentazione tipicamente occidentale. Tuttavia non può dirsi la stessa cosa rispetto a contesti culturali differenti, in cui potrebbero valere principi di razionalità diversi e nei quali lo strumento del diritto soggettivo potrebbe non essere neppure contemplato.

Più particolarmente, le critiche ai diritti umani riguardano il loro presunto carattere occidentale e imperialista e sono dirette a mettere in dubbio l'idea che le forme di pensiero, i principi e i valori che ad essi sono sottesi siano realmente coperti da un

dirittifondamentali.it

consenso *omnium gentium*. Queste voci di dissenso si soffermano sull'origine occidentale del linguaggio dei diritti, sottolineando come esso risulti profondamente estraneo alla maggior parte delle tradizioni culturali non occidentali con l'obiettivo di indebolire la convinzione che la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo sia davvero espressione di un accordo generale sulle norme fondamentali della vita associata[12].

Le contestazioni sull'universalità dei diritti umani muovono dall'assunto che nulla è sufficientemente buono o sufficientemente cattivo e ciò che vale per il singolo non possa necessariamente assumere lo stesso significato per tutti gli esseri umani indistintamente, dato che gli individui e le società in cui sono inseriti non sono uguali e presentano peculiarità antropologiche, epistemologiche e culturali che esigono la costruzione di diritti compatibili con queste realtà. Va indubbiamente condiviso a parere di chi scrive l'argomento secondo cui eccetto le necessità biologiche uguali per tutti gli esseri umani, non esistono valori, volontà o bisogni, specialmente sociali che siano realmente comuni a tutti gli individui. Ciò avviene perché le caratteristiche della natura umana si costruiscono socialmente, attraverso quei fattori morali, economici, politici, sociali e persino geografici nei quali si formano. Siffatto sviluppo asimmetrico, a parere di chi scrive, porta alla formazione di plurimi e distinti valori e necessità così lontane tra loro che qualsiasi tentativo di costruzione di valori umani universali diventa impraticabile. Si ritiene infatti che gli individui siano esseri culturali, e come tali, costruiscano valori morali specifici secondo il gruppo sociale nel quale sono inseriti; ne consegue una quasi impossibilità di considerare l'esistenza di una natura umana comune o universale. Di conseguenza, il tentativo di universalizzazione dei valori morali a discapito di una cultura su un'altra non è ammissibile, poiché lo sviluppo dei diritti individuali avviene soltanto all'interno dello spazio culturale in cui ogni essere umano è inserito così che qualsiasi impostazione di diritti considerati astrattamente isolati da tale contesto sociale risulterebbe artificiale e potrebbe causare seri problemi di violazione dei valori, quegli stessi che i presunti diritti universali cercano di

[12]M. KRIELE, *L'universalità dei diritti umani*, in *Riv.internaz.filos.dir.*, Milano, 1992, p.3.

dirittifondamentali.it

proteggere, poiché la diversità e la libertà di idee e di espressione verrebbero soppresse da un'uniformizzazione morale, estranea alla realtà di alcuni popoli. Inoltre, la sovrapposizione di una cultura sull'altra implicherebbe l'assunto che la cultura soggiogata sarebbe moralmente inferiore e dunque bisognosa di una tutela da civilizzazioni considerate "superiori", ma siffatta affermazione risulterebbe oltremodo pericolosa. L'imposizione dei valori morali di una civiltà sull'altra, infatti, lungi dal costituire la protezione e il rispetto dei diritti umani fondamentali, al contrario, porterebbe alla loro violazione. Non esistono infatti elementi soggettivi per misurare le culture di ogni popolo e stabilire quale sia la migliore o la peggiore.

6. – Per fornire una risposta al problema dell'universalizzabilità dei diritti umani appare opportuno soffermarsi sulla variabile *cultura.* Secondo una concezione piuttosto diffusa una cultura consiste in un certo insieme di saperi, tradizioni, abitudini e istituzioni che permettono di determinare, in maniera abbastanza precisa, l'appartenenza di un individuo a una certa comunità umana. Tale modo di riflettere intorno alla cultura sembra comportare alcune conseguenze: in primo luogo, che una cultura non sia unicamente un costrutto teorico ma possiede qualche sorta di correlato ontologico. In secondo luogo che sia possibile stabilire, almeno in linea generale, una corrispondenza biunivoca tra individui e culture, di guisa che la cultura costituisca una risorsa per la ripartizione in gruppi umani tali che a ciascuno venga assegnata la «propria cultura».

Nel complesso, gli elementi caratterizzanti di questa concezione della cultura possono essere sintetizzati come segue:

Reificazione: l'appartenenza culturale corrisponde a caratteristiche oggettive, sia che tali caratteristiche siano riducibili a certe caratteristiche della natura umana o dell'ambiente sociale, sia che non lo siano;

Localizzazione: le culture si distribuiscono sulla carta geografica in maniera tale che ciascuna cultura occupi generalmente uno spazio definito e limitato, identificando entro questo ambito tutti gli individui che vi sono ricompresi;

Differenza: l'appartenenza culturale determina una certa modalità di esperienza del mondo e queste modalità, in virtù del carattere oggettivo della cultura, risultano tendenzialmente incommensurabili.

Per quanto questa definizione possa apparire troppo semplice, il concetto di cultura utilizzato dall'antropologia culturale almeno fino agli anni sessanta si è mantenuto assai vicino a questo paradigma teorico. Per tutta la prima metà del novecento, il ricorso alla cultura come strumento di classificazione porta con sé, indipendentemente dall'adozione di teorie diverse intorno alla natura della cultura, una chiara ipoteca essenzialista: ciò significa che ogni cultura viene concepita come una realtà oggettivamente esistente, un insieme definito di caratteristiche: lingua, religione, cosmologie, norme di comportamento, etc., acquisite per apprendimento che identifica in maniera univoca ciascun individuo come appartenente ad uno specifico gruppo umano.

Le ragioni di questa impostazione hanno una radice storica[13].

Alla fine del diciannovesimo secolo l'introduzione del riferimento alla cultura nel settore degli studi antropologici si presentava come un brillante adattamento di un plesso concettuale già esistente a una problematica nuova, quella di una trattazione scientifica della diversità umana. Nelle aspettative dell'antropologia del primo novecento alla teoria della cultura viene assegnato il compito di individuare «l'essenza» di una comunità umana: la cultura dovrebbe fornire il corredo fondamentale di un gruppo umano organizzato, in modo da renderne possibile l'identificazione differenziale rispetto ad altre comunità[14].

La comprensione di una cultura è un processo essenzialmente ermeneutico, connesso alla decifrazione di un universo simbolico estraneo alla costruzione di

[13] Per un riesame storico-critico della nozione di cultura in ambito antropologico, v., in particolare: A. KUPER,*Culture. The Anthropologist'sAccount*,Cambridge, 1999; L. MARCHETTONI,*Cultura e traduzione*, in*JuraGentium*, 2009, pp. 116-172.

[14] Cfr. la prima definizione antropologica di cultura, elaborata da E. B. TYLOR,*Primitive Culture. Researchesinto the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*(1871), I,trad. it.,*Alle origini della cultura*, Roma, 1985; P. ROSSI, *Il concetto di cultura*, Torino, 1970,pp.7-29:«la cultura, o civiltà, intesa nel suo ampio senso etnografico, è quell'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume e qualsiasi altra abitudine acquisita dall'uomo come membro di una società» (v. p. 7).

significati. Ciò significa che l'antropologo deve impegnarsi in un'opera di traduzione, così da rendere accessibili i simboli che incontra un pubblico di persone cui quei simboli non sono ancora familiari.

In rapporto al problema dell'universalizzabilità dei diritti umani la rilevanza dell'elaborazione teorica intorno al concetto di cultura consiste nel fatto che essa ci permette di considerare criticamente il modo in cui la questione della differenza culturale viene tematizzata. Interessante a tal proposito si rivela un esperimento dell'antropologo Geertz, il quale prendendo in esame tre parole chiave, rappresentative di tre sensibilità giuridiche diverse, si confronta con il problema dell'analisi antropologica dei concetti giuridici. Le tre parole sono *haqq, dharma e adat* e le sensibilità giuridiche sono, rispettivamente, quella islamica, quella indiana e quella tipica della regione insulare che si estende dal sud della Thailandia alle Filippine meridionali. L'aspetto più notevole nel modo di procedere di Geertz in questa analisi è il suo intento comparativo. Non abbiamo bisogno, sostiene l'antropologo americano, di teorie generali sulla giuridicità applicabili a tutte le latitudini né di inventari concetti giuridici universali[15].

Ciò di cui si ha necessità è di confrontare fra loro e con la nostra le diverse sensibilità giuridiche. Posto che ciascuna sensibilità giuridica indentifica una particolare visione del mondo, nei termini della quale si rende possibile descrivere i fatti normativamente, ossia descriverli in modo che si prestino a essere sussunti sotto qualche norma generale, il problema che l'analisi comparata del diritto comporta è quello di capire in che modo questa costruzione del fatto normativo avviene all'interno di ciascuna sensibilità giuridica. È in questo spazio che il metodo interpretativo di Geertz assicura i risultati migliori.

Quando si parte dal presupposto che analizzare un certo sistema giuridico significa trovare una spiegazione complessiva del modo in cui certe descrizioni di fatti costituiscono la premessa di certe conseguenze previste da norme di diritto – quello che Geertz chiama «il movimento avanti e indietro tra l'idioma "se-allora"

[15]C. GEERTZ, *Mondo globale, mondi locali*, Bologna, 1999, p. 114.

dirittifondamentali.it

del precetto generale e quello "poiché-quindi" del caso concreto»[16] - lo studio comparato del diritto si trasforma in un'attività più simile alla traduzione culturale che allo studio sistematico dei concetti giuridici.

In questo modo Geertz riesce a rappresentare in maniera assolutamente convincente tanto la metafisica emanazionista che fa da sfondo alla nozione islamica di *haqq*, quanto il *dharma* come normatività calata nel tessuto ontologico del reale, quanto, infine, la matrice consuetudinaria, di armonizzazione sociale, dell'*adat*. Non c'è dubbio che questi risultati siano perfettamente in linea con lo spirito di ciò che dovrebbe essere un esperimento di dialogo interculturale: un tentativo di avvicinarsi a modalità alternative di fare fronte a certi problemi comuni. Solo che, affinché sia possibile sperare che il dialogo abbia davvero successo, è necessario che questo almeno sia garantito, che le modalità alternative di cui facciamo esperienza siano tali in relazione a un insieme di problemi realmente comuni. Detto in un altro modo, il metodo del dialogo interculturale applicato al problema dell'universalizzabilità dei diritti umani, con la sua ricerca di strumenti di traduzione e di descrizioni persuasive di quello che significa possedere una sensibilità giuridica differente, può funzionare solo se si possiede la garanzia che sia possibile discriminare tra traduzioni fedeli e infedeli, tra descrizioni esatte e descrizioni fuorvianti. Altrimenti, diventa impossibile immunizzare tutta la procedura dal dubbio che i risultati siano condizionati da certi assetti di potere preesistenti, più che esprimere uno spontaneo punto di convergenza.

Ora, tuttavia, il problema che l'approccio dialogico porta in primo piano è che questo genere di garanzia non possa essere assicurato nel contesto di una teoria antiessenzialista della cultura e della traduzione culturale. Nonostante l'insistenza dello stesso Geertz nel rimarcare che l'aspetto costruttivo dell'analisi culturale non si riduce a un girare a vuoto dei meccanismo interpretativi dell'etnografo, ma deve essere sempre vincolato dal rispetto di criteri oggettivi di correttezza ermeneutica,

[16]Cfr. C. GEERTZ,*Local Knowledge. Fact and Law in Comparative Perspective*,in *Local KNnowledge. FurtherEssays in InterpretiveAnthropology* (1983), trad. it., *Conoscenza locale. fatto e diritto in prospettiva comparata,* in *Antropologia interpretative,* Bologna, 1988, pp. 209-299, ma v. p. 218.

e che, di conseguenza, esistono interpretazioni «giuste» e interpretazioni «sbagliate», interpretazioni che fanno presa sui fatti e interpretazioni che invece si limitano a scalfire la superficie delle cose, è chiaro che questo assunto si pone radicalmente in contrasto con l'impostazione complessiva di una teoria non essenzialista della cultura.

Nell'ottica della tesi dialogica il momento ermeneutico dovrebbe essere concepito come un processo di comprensione e chiarificazione reciproca che si conclude solo con il raggiungimento di un'intesa completa da parte di tutti i partecipanti al dialogo.

Tale assunto, però, è potenzialmente in conflitto con la nozione interpretativa di cultura, dal momento che sottintende una visione del processo ermeneutico come manipolazione di significati preesistenti piuttosto che come assemblaggio di simboli da cui il significato scaturisce in maniera autonoma.

Il modo in cui la tesi dialogica raffigura il momento del confronto tra gli esponenti delle diverse tradizioni culturali, come una fase di discussione che si conclude con l'individuazione di un piano comune di significati e valori condivisi, presuppone che valori e significati siano elementi che si possono condividere.

Ma la concezione interpretativa della cultura, letta da una prospettiva antiessenzialista, propone una visione molto più radicale: se si tiene fede all'assunto interpretativo secondo il quale la comprensione del comportamento di un individuo appartenente a una cultura estranea si realizza attraverso una costruzione narrativa della sua identità culturale e delle sue motivazioni, allora dobbiamo concludere –nonostante Geertz proclami occasionalmente il contrario – che l'interpretazione di una cultura sconosciuta non è un'attività che può essere chiamata a rispondere a criteri di correttezza oggettiva o di adeguatezza materiale ai fatti.

7. – Sulla scorta delle considerazioni che precedono si può certamente sostenere la tesi di chi ritiene che la creazione di un lessico interculturale costituisca una necessità per affrontare le sfide poste dalle odierne società multiculturali e il primo

dirittifondamentali.it

passo per poter comprendere le istanze di riconoscimento di chi è straniero[17]. La elaborazione di un linguaggio interculturale che possa rivolgersi a tutti non è però un'operazione semplice, poiché coinvolge una molteplicità di saperi che dovranno essere presi in considerazione se si vuole approdare a soluzioni veritiere.

Per lo studioso del diritto l'inizio della riflessione interculturale coincide con l'istanza di riconoscimento avanzata da chi appartiene ad un contesto culturale diverso. Il notaio, l'avvocato, il giudice davanti al comportamento di un soggetto di diversa cultura deve primariamente svolgere un'operazione di qualificazione giuridica del fatto, dando rilevanza al fattore culturale che, a secondo dei casi, può dare un esito piuttosto che un altro. Il fattore culturale, infatti, può assumere un significato diverso in base al contesto di appartenenza. Gli operatori del diritto, se vogliono approdare a qualificazioni non falsate dei comportamenti altrui, devono assegnare alle parole e ai gesti i significati propri della cultura di appartenenza.

Il diritto, infatti, non è solo il prodotto di una volontà legislativa scevra da qualsiasi connotato culturale, ma è fatto da norme che traggono significato da contesti culturali ben precisi.

Si consideri la materia contrattuale all'interno dell'ordinamento giuridico. L'art. 1321 del cod.civ. recita testualmente: «il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale». Dietro alla lettura di questa disposizione apparentemente semplice si racchiude l'intera disciplina del contratto. Il giurista che legge l'art. 1321 del cod.civ. sa che il contratto è l'accordo, vale a dire l'incontro delle manifestazioni di volontà provenienti da due o più soggetti che decidono di predisporre un regolamento dei propri interessi, dal quale ciascuna delle parti si ripromette di ricavare un vantaggio di natura economica.

Ora, di là della spiegazione di ciò che costituisce un contratto ci sarebbe da domandarsi che cosa comprenderebbe della definizione contenuta nell'art. 1321 lo straniero che tentasse di interpretare il senso senza possedere lo sfondo culturale di appartenenza all'ordinamento giuridico italiano. L'art. 1321, a ben vedere rimanda

[17]Cfr. M. RICCA,*Oltre Babele, Codici per una Democrazia Interculturale*, Bari, 2008, p. 241 ss.

dirittifondamentali.it

ad un contesto di significati preesistente, la cui conoscenza intrinseca è fondamentale per comprendere la portata del contenuto delle norme.

Nel chiarimento di ciò che costituisce un contratto gli operatori del diritto possono dare per scontate talune conoscenze che vivono in maniera irriflessa nello loro mente e che costituiscono la conseguenza inevitabile della loro appartenenza culturale. Tale conoscenza tuttavia non può essere data per scontata se ad interagire vi è un soggetto di diversa cultura che usa categorie interpretative differenti.

Si supponga per esempio che un giudice o un avvocato si trovino a dover valutare l'inadempimento di un contratto a prestazioni corrispettive tra due parti, di cui una è di nazionalità cinese e si ipotizzi che il cinese – che rappresenta la parte inadempiente – davanti al giudice e al suo avvocato si appelli a motivazioni di ordine culturale e religioso.

Il lavoro di contestualizzazione posto a fondamento del metodo interculturale vorrebbe che in questo caso venisse compiuta un'indagine sul contesto socio-culturale di appartenenza del cinese, per comprendere le motivazioni poste alla base del suo inadempimento contrattuale. Nello specifico caso ora descritto occorrerebbe domandarsi quali siano gli indici a cui fare riferimento per misurare l'inadempimento di una parte.

Nell'ottica sopra delineata i sistemi culturali possono essere considerati come potenti strumenti che consentono alle persone di comunicare, di confrontarsi e di negoziare la propria differenza culturale.

Quanto rilevato scaturisce dalla consapevolezza che le culture non sono mondi statici e incomunicabili. Al contrario esse si spostano, e con esse si muovono, anche le persone, il loro modo di pensare e di articolare il proprio agire quotidiano.

8. – L'interpretazione di una cultura è sempre una pratica contingente, nel senso che produce di volta in volta i propri oggetti – significati, norme, valori – e lo fa secondo una strategia che non è programmabile, ma finisce per essere condizionata, dalle sue motivazioni, dai suoi intenti. Di conseguenza, dal momento

dirittifondamentali.it

che interpretazioni e significati non sono oggettivi ma costituiscono piuttosto delle utili finzioni, l'idea di significati condivisi diventa insostenibile.

D'altra parte, se priviamo la teoria interpretativa della cultura del «postulato di corrispondenza ai fatti» otteniamo uno strumento molto più flessibile per tematizzare il confronto interculturale, ma dobbiamo rinunciare ad alcune delle caratteristiche dell'impostazione originaria della tesi dialogica.

La differenza più saliente consiste nel fatto che non possiamo più dare per scontata la possibilità di un'intesa che sia *genuine* e *unforced*.

La correzione antiessenzialista e coerentista alla teoria della cultura comporta che la nostra interpretazione delle credenze e dei valori degli individui che appartengono ad altre tradizioni non possa essere vincolata dal rispetto di criteri di correttezza ermeneutica esterni al quadro interpretativo stesso – criteri diversi dalla coerenza del percorso esplicativo rispetto al complesso dei dati in nostro possesso; inoltre, tende anche a concepire valori e significati in termini non realisti escludendo che possano diventare oggetti di un consenso condiviso, con la conseguenza di ridefinire completamente la portata che un eventuale accordo transculturale in materia di diritti umani potrebbe possedere.

In altre parole, gli interlocutori occidentali dovrebbero, in primo luogo, interrogare la propria tradizione, alla ricerca di formulazioni del concetto di diritto soggettivo più accettabili da controparti che abbraccino una visione comunitaria del sistema sociale e dei processi politici.

Da ciò segue che un discorso interculturale intorno ai diritti dovrebbe svolgersi nella consapevolezza che l'attuale concezione individualistica liberale non è inevitabile ed è controbilanciata, anche all'interno della stessa storia occidentale del diritto soggettivo, da concezioni di segno teorico-politico profondamente differente.

Si tratta, dunque, di guardare ai diritti non come norme intangibili che possiedono naturalmente valore per tutto il genere umano ma come oggetti di dialogo aperti alla discussione e alla revisione. Se si segue questo punto di vista, allora, l'universalità dei diritti non è mai data una volta per tutte ma viene costruita,

giorno dopo giorno, attraverso un'operazione paziente di traduzione e confronto, attraverso la messa in gioco, da parte di tutti i partecipanti al dialogo, delle istanze e delle convinzioni di cui si fanno portatori e la disponibilità a ripensare gli elementi che si ritenevano acquisiti come conseguenza del confronto con l'altro[18].

dirittifondamentali.it

[18]Cfr. L. BACCELLI, *La traduzione del linguaggio dei diritti. Fra universalismo e dialogo interculturale*, in *Riv.filos. dir.internaz. e politica globale*, *JuraGentium*, 2008, p.2 ss.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 30 gennaio 2022

Notazioni sparse per uno studio su Stato costituzionale, memoria collettiva ed etica pubblica repubblicana

di
Antonio Ruggeri*

Sommario: 1. La Costituzione come memoria e il ruolo da quest'ultima giocato nei processi di produzione giuridica, in ispecie laddove si tratti di dare appagamento a bisogni dell'uomo avvertiti in seno al corpo sociale quali autentici, nuovi "diritti fondamentali". – 2. Memoria giuridica e memoria scientifica, sotto lo specifico aspetto della incidenza esercitata dalla seconda sulla prima. – 3. Il cruciale rilievo dell'etica, nelle pratiche di diritto così come negli sviluppi della scienza (e, segnatamente, nell'utilizzo dei suoi ritrovati). – 4. Memoria ed esercizio della giurisdizione (e dell'amministrazione). – 5. Memoria e dinamiche sociali (in ispecie, il ruolo di prima grandezza giocato dalla scuola e dalla cultura in genere). – 6. Memoria collettiva, valori fondamentali, dovere di fedeltà alla Repubblica.

1. *La Costituzione come memoria e il ruolo da quest'ultima giocato nei processi di produzione giuridica, in ispecie laddove si tratti di dare appagamento a bisogni dell'uomo avvertiti in seno al corpo sociale quali autentici, nuovi "diritti fondamentali"*

Il ruolo della memoria nelle esperienze di vita di ogni essere umano è di cruciale rilievo; con ogni probabilità, non se ne ha neppure piena consapevolezza, trattandosi di una sorta di serbatoio al quale ciascuno di noi continuamente attinge, spesso in modo meccanico o automatico esattamente così come fa quando guida l'auto, nella formazione dei pensieri e nello svolgimento delle attività. E cruciale è parimenti per l'intera collettività, così come lo è – per ciò che è qui di specifico interesse – per la Costituzione e lo Stato che da questa prende il nome che da essa

Contributo non sottoposto a referaggio per chiara fama dell'autore

traggono il "carburante" – se così può dirsi – che ne consente il fisiologico svolgimento e la trasmissione nel tempo.

Memoria è, se ci si pensa, la Costituzione nella sua interezza, specie ove si acceda all'ordine di idee – come si sa, largamente accreditato al piano teorico – secondo cui essa è, *in nuce*, contestazione del passato ordinamento e di ciò che esso rappresenta quale punto di riferimento negativo nella edificazione del nuovo ordine costituzionale[1]. È, dunque, memoria del processo costituente da cui è originata e, ancora prima, di ciò che l'ha preceduto e ne ha giustificato l'avvento[2].

Non ci si nasconde, per vero, che – a stare all'avviso di alcuni studiosi[3] – non necessariamente l'avvento di una Carta costituzionale dovrebbe porsi in rottura

[1] Se ne ha peraltro – come si sa – esplicita, seppur parziale, traccia nel divieto di ricostituzione "sotto qualsiasi forma" del disciolto partito fascista, di cui alla XII disp. trans. e fin. della Carta, a riguardo della quale duole purtroppo constatare che non se ne sia fatto l'uso ad essa conseguente; evidentemente – a quanto pare –, si ha dunque… *memoria corta* delle tristi esperienze consegnateci dalla storia [sulle origini e il significato della disposizione in parola, v. G.E. VIGEVANI, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in *Riv. dir. media* (www.medialaws.eu), 1/2019, 11 dicembre 2018, e, più di recente. G. DONATO, *Un vecchio problema per (una) Forza Nuova: lo scioglimento delle organizzazioni neofasciste tra giudici e governo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2021, 20 dicembre 2021, 1021 ss.; inoltre, A. SAITTA, *È possibile sciogliere «Forza Nuova» prima che una sentenza ne abbia accertata la natura neo-fascista?*, in *Quad. cost.*, 4/2021, 939 ss.].

[2] Sulla Costituzione come "strumento di memoria", v. A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, FrancoAngeli, Milano 2018 (spec. 10, per il riferimento testuale).

[3] … che hanno discorso del potere costituente come di una nozione "esaurita", storicamente datata (indicazioni in M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, a cura di E. Ripepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss. e, ora, in prospettiva comparata, M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia "militante" all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2021, 91 ss., spec. 109 ss.), confondendo tuttavia in tal modo – come si è fatto notare altrove (nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino 2009, 34 ss., spec. 39) – i personali ed apprezzabilissimi desideri con una realtà che, nella sua cruda ed oggettiva consistenza, non poche volte li smentisce, obbligando la comunità tutta ad un amaro risveglio. Piuttosto, proprio quando la guardia si abbassa (e alcune esperienze maturate nell'Est europeo ne danno lampante riprova: v., ora, G. GUERRA, *Tendenze autoritarie nell'Europa (neo)liberale.* Governance *economica, opposizione politica e populismo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2021, 521 ss.) la minaccia dello stravolgimento dell'ordine costituzionale appare essere maggiormente incombente e va, dunque, parata – come si vedrà meglio tra non molto – con uno sforzo collettivo prodotto all'insegna del valore fondante di fedeltà alla Repubblica (sulla memoria come rimedio contro il male, v., tra gli altri, T. TODOROV, *Memory as Remedy for Evil*, in *Journ. Int. Criminal Justice*, 7/2009, 447 ss.).

rispetto all'ordine costituzionale preesistente; e, d'altronde, non fanno – come si sa – difetto i casi in cui le stesse Costituzioni prefigurano la eventualità del loro "totale" rifacimento, nel segno dunque della continuità costituzionale. Solo che, a mio modo di vedere, ci si trova davanti ad un'alternativa stringente: o la riscrittura è davvero totale, coinvolgendo e travolgendo gli stessi principi fondamentali dell'ordinamento, ed allora è giocoforza ammettere che non di una mera "revisione" (in senso proprio) si tratta bensì di un'autentica cesura costituzionale, con il conseguente impianto di un nuovo ordine giuridico; oppure, tale non è, restando in tesi integri i principi stessi, ed allora non potrebbe propriamente discorrersi di un mutamento "totale" della Costituzione. Insomma, non è la quantità ma la qualità a dare la misura e il senso complessivo delle innovazioni costituzionali. È, infatti, ormai provato che i fatti di continuità, al pari di quelli di discontinuità, si apprezzano e verificano in prospettiva assiologicamente orientata, avuto cioè riguardo ai valori fondamentali positivizzati ed alle forme del loro inveramento nell'esperienza.

Per altro verso, alla revisione "totale" (o – possiamo ormai dire – a quella che è così qualificata) può assimilarsi il caso di modifiche che non investano ciascun enunciato e tutti assieme; ciononostante, per la corposa consistenza (specie, appunto, qualitativa) delle novità introdotte, in ragione degli effetti che se ne hanno (o, diciamo meglio, che ci si prefigura possano aversi[4]), le due evenienze possono appunto essere, in buona sostanza, accostate l'una all'altra.

[4] Ogni valutazione al riguardo infatti può essere data *causa cognita* unicamente *ex post*, mai *ex ante* o, comunque, al momento del varo degli enunciati, sol che si pensi che gli stessi possono andare (e, non di rado, effettivamente vanno) incontro a mutamenti di significato anche radicali, restando per loro naturale attitudine soggetti a quelle "modifiche tacite" – come sono usualmente chiamate [di recente e per tutti, M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 231 ss.; pure *ivi*, può, se si vuole, vedersi il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 415 ss.; AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss., nonché, con specifico riguardo all'*iter* formativo delle leggi, M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 3/2021, 531 ss.] – che talvolta ne stravolgono lo stesso

Per altro verso ancora, è pure da mettere in conto la eventualità di innovazioni recate agli stessi principi fondamentali che, nondimeno, si dispongano nel verso della continuità ordinamentale e che, anzi, mirando alla espansione dell'area materiale dagli stessi coperta, viepiù concorrano alla loro ottimale affermazione, alle condizioni oggettive di contesto, in perfetta fedeltà dunque rispetto alla loro matrice originaria[5].

Come che stiano al riguardo le cose (e senza tornare ora a ripensare *ab ovo* alle vicende del potere costituente ed alle loro più salienti manifestazioni), qui non specificamente interessanti, è ormai provato che tanto le innovazioni apportate alla Carta quanto la qualifica che *ex post* se ne dia richiedono *tutte* il costante riferimento alla memoria del passato o, diciamo pure, dei contesti in cui i fatti dapprima accaduti s'inscrivono e acquistano significato.

È poi di tutta evidenza che la memoria è un "contenitore" e una risorsa allo stesso tempo cui incessantemente attingere quanto è necessario per il fisiologico svolgimento dell'ordinamento nel tempo e – per ciò che è qui di specifico interesse – delle dinamiche istituzionali, quali prendono forma in seno all'apparato così come al piano dei rapporti tra quest'ultimo e la comunità governata, nonché di quelle che spontaneamente si affermano nel corpo sociale e che accompagnano e connotano la vita di relazione dei suoi componenti.

In questo quadro, uno speciale rilievo è da assegnare al ruolo giocato dalla memoria nei processi di produzione giuridica ed in quelli interpretativi; ed è interessante osservare il moto circolare che viene ad intrattenersi e senza sosta a svolgersi tra la memoria e la normazione, in ispecie di quella volta a far emergere e ad accreditare l'essenza stessa della Costituzione, sì da assicurarne l'apprezzamento ed il saldo radicamento negli strati più profondi della società.

---

senso originario, portandosi ben oltre i limiti, spesso assai labilmente tracciati, segnati dalla lettera degli enunciati.

[5] Solo un paio di esempi al riguardo, per maggior chiarezza; e, dunque, si pensi all'ipotesi di far menzione nell'art. 3, tra le cause di discriminazione vietata, accanto al sesso, dell'orientamento sessuale o all'aggiunta nell'art. 9 della salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema, e così via dicendo.

dirittifondamentali.it

Si pensi, ad es., alle leggi "memoriali", alle cui adozione si è nondimeno posto mano con eccessiva frequenza[6], sì da rendersi consigliabile un corposo sfoltimento[7]; ed anche per ciò sarebbe forse consigliabile, in prospettiva *de iure condendo*, prevedere una procedura aggravata per la loro formazione[8], come d'altronde si ha per la venuta alla luce delle leggi di amnistia (fatte – si dice – "per dimenticare"[9]), quale argine alla loro incontrollata proliferazione.

Alcune leggi "memoriali", nondimeno, sono frutto di illuminata intuizione, prima su ogni altra quella che ha istituito il c.d. giorno della memoria[10] che, a un tempo, rende onore a coloro che non ci sono più e mira al fine di trasmetterne la memoria a coloro che hanno avuto la fortuna di non vivere in prima persona quella lunga e sofferta stagione storica[11]. Una legge, insomma, che dà la prima ed immediata proiezione all'idea di *Costituzione come memoria*, di cui si è venuti dicendo, e che, proprio per ciò, gode di una formidabile "copertura" di cui, forse, nessun'altra legge può ad ugual titolo e nella medesima misura farsi vanto[12].

---

[6] Apprendo da A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, cit., 143 ss., che sarebbero circa centrotrenta (e si tenga presente che il suo studio ha veduto la luce nel 2018); non dispongo di dati aggiornati che consentano di stabilire se e di quanto questo numero possa essere cresciuto. Sulle leggi in parola, v., inoltre, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost*., 1/2009, 7 ss.

[7] Tutt'all'inverso – come si vede – di ciò che vale per alcune leggi memoriali, quale quella di cui si passa subito a dire, che invece appaiono essere pienamente rispettose del canone della ragionevolezza, qui ancora una volta specificamente apprezzabile in prospettiva assiologicamente orientata, e perciò meritevoli di essere preservate. Stabilire, infatti, quali leggi non avrebbero dovuto vedere la luce e quali invece ne avevano ed hanno buon titolo è rimesso all'uso prudente e… *ragionevole* del canone in parola.

[8] La proposta è affacciata nel mio *Appunti per uno studio su memoria e Costituzione*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2019, 3 luglio 2019, 351.

[9] V., nuovamente, A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, cit., 167 ss. In realtà si tratta di discipline solo apparentemente speculari rispetto alle prime, dal momento che non vengono alla luce per cancellare la memoria che, anzi, col fatto stesso del richiamo dei comportamenti criminosi del passato, ne risulta dolorosamente ravvivata, restando unicamente privati gli stessi di certi effetti penalmente rilevanti.

[10] … fissato dalla legge n. 211 del 2000 nel 27 gennaio di ogni anno [sulla disciplina in parola, v. A. MASTROMARINO, *Stato e memoria. Riflessioni a margine della celebrazione del giorno della memoria*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2022, 11 gennaio 2022, 64 ss.].

[11] Sia pure nella diversità dei contesti, quanto si viene ora dicendo può altresì valere per la legge n. 92 del 2004 che ha istituito il "giorno del ricordo", in memoria delle vittime delle foibe e dell'esodo degli istriani, fiumani e dalmati (su entrambe le leggi ora richiamate, v. la puntuale analisi che ne fa A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, cit., 88 ss.).

[12] Sarebbe infatti da chiedersi quale mai possa essere la causa che dovesse portare alla sua eventuale rimozione "secca" che è dunque da presumere come radicalmente viziata, sì da far

Un particolare rilievo è, poi, da assegnare alla memoria per ciò che attiene alla messa in moto ed allo svolgimento delle dinamiche della normazione che non si concretano in atti bensì in fatti giuridici il cui riconoscimento, peraltro, non è sempre di agevole riscontro[13]. Anche però per talune discipline positive in forma attizia il rilievo dei "fatti" o comportamenti umani appare essere invero considerevole, specie laddove si tratti di far luogo, prima (ed in vista) dell'adozione di nuovi atti normativi, alla verifica della sussistenza di talune *consuetudini culturali* diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale per ciò che attiene a bisogni elementari dell'uomo considerati meritevoli di regolazione giuridica (non diversamente stanno poi le cose quanto alla diversa regolazione di bisogni già fatti oggetto di disciplina giuridica). A volte, infatti, si richiede una paziente e scrupolosa opera di scavo nella memoria collettiva prima di poter stabilire quali siano le ascendenze (culturali, appunto) dei bisogni stessi, le modifiche cui siano eventualmente andati soggetti ancora prima del loro appagamento positivo, gli scenari che potrebbero prefigurarsi a darvi voce, e via dicendo.

Si pensi, appunto, al riconoscimento dei diritti fondamentali, la parte più qualificante – come si sa – di ogni documento costituzionale d'ispirazione liberale. Stabilire quali essi davvero siano, in quanto rispondenti a bisogni diffusamente ed

qualificare come nulla-inesistente e non meramente annullabile la disciplina posteriore che vi faccia luogo, proprio perché frontalmente contrastante con l'intera Costituzione, nel suo porsi come memoria. Altro discorso è, poi, che l'abrogazione in parola s'inscriva coerentemente in un contesto segnato dall'affermazione di un nuovo potere costituente (francamente, la sola spiegazione possibile che vedo a base della rimozione in parola); ma non è di questo che – com'è chiaro – ora si ragiona, prefigurandosi che la novità in parola s'inscriva in un contesto non segnato da discontinuità costituzionale.

[13] Antico e, però, allo stesso tempo sempre nuovo e di scottante attualità, è il quesito relativo agli indici esteriori che consentano di poter dire, a far data da un certo tempo in poi, che si sia ormai perfezionata la formazione di una consuetudine, giuridica o meramente culturale che sia; tanto più, poi, in una società lacerata da forti divisioni, che non di rado sfociano in aspri conflitti, tra i suoi componenti e i gruppi sociali nei quali essi spontaneamente si riuniscono. La qual cosa acquista uno speciale rilievo laddove si tratti di stabilire se un determinato bisogno sia effettivamente avvertito in modo diffuso e pressante, sì da poter assurgere alla dignità di vero e proprio nuovo diritto fondamentale, ovvero che in merito al suo appagamento si riscontrino perduranti e anche radicali contrasti di vedute, delle quali spesso si ha riflesso nella inerzia del legislatore e dei pubblici poteri in genere. Ma, v. quanto al riguardo se ne dice subito appresso.

dirittifondamentali.it

intensamente avvertiti dall'intera comunità[14], è frutto di cernita e sistemazione nel corso della quale uno speciale rilievo è da assegnare alla memoria[15].

Così è, poi, in via generale, per quanto concerne l'avvicendamento delle discipline normative nel tempo, quali che siano gli strumenti allo scopo adoperati. Il fatto stesso della modifica o rimozione di atti anteriori e della loro sostituzione con altri atti consegue alla conoscenza degli inconvenienti originati da (o legati a) discipline anteriori, accompagnato dall'auspicio che non possano ripresentarsi con le nuove e che, anzi, queste ultime possano portare risultati di ancora maggior beneficio per la collettività rispetto a quelli complessivamente offerti dalla vecchia regolazione.

2. *Memoria giuridica e memoria scientifica, sotto lo specifico aspetto della incidenza esercitata dalla seconda sulla prima*

Di considerevole interesse sono, poi, i casi in cui la memoria giuridica – se così vogliamo ellitticamente chiamare quanto si riferisce ad esperienze giuridicamente rilevanti già maturate, quali che ne siano le forme e gli effetti – si cumula e integra con altre forme di memoria, ad es. con quella scientifica e tecnologica. Un dato, questo, che, specie nel tempo presente profondamente segnato dai ritrovati della

[14] Questione animatamente discussa, specie appunto in relazione ai nuovi diritti (riferimenti in AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017).

[15] D'altronde, la stessa Costituzione è, nella sua essenza, specchio o disvelamento della materia sua propria, secondo il magistrale insegnamento orlandiano che poi – come si è tentato di mostrare in altri luoghi [tra i quali, il mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2017, 12 dicembre 2017 – riprende con originali sviluppi una indicazione risalente già alla tradizione romanistica, alla quale peraltro si è in tempi recenti rifatto, con personali svolgimenti, P. GROSSI, *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 3/2016, 816 e, dello stesso, *L'*invenzione *del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017. Sul magistero del fondatore della scienza del diritto pubblico in Italia, v. poi, almeno, V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari 2018, e, più di recente, O. PFERSMANN, *Vittorio Emanuele Orlando e le origini del sincretismo metodologico nella giuspubblicistica*, in *Dir. pubbl.*, 1/2021, 259 ss., e nella stessa *Rivista*, M. MASSA, *Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di una prospettiva storicista sul diritto pubblico*, 277 ss., nonché, con specifico riguardo alle dinamiche della forma di governo, S. FILIPPI, *Alle radici della funzione di governo: gli «Studi giuridici sul governo parlamentare» di V.E. Orlando*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2021, 2 dicembre 2021, 128 ss.

scienza (nella loro più larga accezione), acquista crescente significato. L'operatore di diritto, così, nel momento stesso in cui pone mano alla composizione di un nuovo enunciato normativo ovvero alla interpretazione di uno già venuto alla luce, è obbligato ad attingere ad un patrimonio di conoscenze giuridiche e, allo stesso tempo, ad uno di conoscenze "tecniche" (latamente inteso), al quale ultimo va riconosciuta, specie in relazione a taluni ambiti materiali di esperienza, centralità di posto.

Ora, non è di qui tornare a discorrere del rapporto che s'intrattiene tra diritto e scienza, specie per l'aspetto della intensità del vincolo discendente dalla seconda a carico della prima. Mi preme solo rimarcare, ancora una volta, il peso che, anche su questo piano, rivestono le consuetudini culturali, cui si è appena fatto cenno. Al fine, infatti, di stabilire se, in merito ad una determinata questione, si sia, o no, formato un largo e solido consenso tra gli scienziati, non può farsi riferimento a voci isolate o, diciamo pure, eccentriche, per autorevoli che siano ma occorre dapprima attendere che taluni elementi di conoscenza abbiano aggregato attorno a sé i convergenti apprezzamenti di una cerchia sufficientemente ampia di operatori del settore.

So bene che questa mia affermazione può andare incontro ad obiezioni non facilmente superabili, a partire da quella per cui le maggiori acquisizioni scientifiche, che hanno segnato in modo particolarmente marcato la storia dell'umanità, sono nate da intuizioni di menti eccelse che, al momento in cui hanno formulato le loro teorie, hanno spesso trovato davanti a sé ostacoli a volte insormontabili, tant'è che le stesse hanno potuto farsi largo solo dopo un certo tempo. Il punto è, però, che occorre pur sempre, prima o poi, assistere alla vittoria delle teorie stesse rispetto a contrarie vedute; ed è solo dopo che esse siano riuscite a farsi largo e ad imporsi che viene quindi a formarsi una *consuetudine scientifica* (in senso proprio) che ne dà il riconoscimento.

Se n'è avuta (e se ne ha), ancora da ultimo, conferma in occasione della pandemia sanitaria che ad oggi ci affligge ed inquieta, nel corso della quale si è avuta una dichiarazione pubblica di uno studioso di chiara fama, insignito anni addietro del

premio Nobel, Luc Montagnier, schieratosi dalla parte dei c.d. *no-vax* che incitava con giudizi trancianti, che purtroppo di scientifico non avevano proprio nulla, a non sottoporsi al vaccino.

Ebbene, a fronte di una valutazione pressoché unanime degli studiosi che invece hanno accreditato (ed accreditano) l'utilità e la necessità del vaccino stesso, mi pare che non dovrebbe aversi esitazione alcuna in merito alla soluzione giusta e, dunque, all'adozione delle misure ad essa conseguenti.

Il legislatore, nondimeno, con riferimento alla questione ora in via esemplificativa evocata così come ad ogni altra avente carattere scientifico, non ha ritenuto (e non ritiene) di considerarsi vincolato a dar seguito per filo e per segno alle indicazioni venute dagli esperti e, perciò, con riguardo alla pandemia in corso, a prescrivere la obbligatorietà del vaccino, malgrado ne siano ormai acclarati i benefici effetti e sia stata appunto vivamente caldeggiata da accreditati scienziati. Si riserva, insomma, pur sempre un margine consistente entro il quale dar modo al suo discrezionale apprezzamento di potersi esprimere e far valere[16]. Il quesito di cruciale rilievo che

[16] Se ne ha, peraltro, conferma dallo stesso animato dibattito in corso tra i giuristi circa la via da giusta da intraprendere: per parte mia, ho ripetutamente caldeggiato la soluzione della vaccinazione a tappeto [così, nei miei *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2021, spec. 184, e *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 15 settembre 2021]; v., inoltre, G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2021, 10 dicembre 2021, 329 ss.; ma v. pure il diverso avviso di recente manifestato da C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto a tutela della salute collettiva. L'irragionevolezza di una vaccinazione obbligatoria generalizzata per il SarsCov-2*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2022, 20 gennaio 2022, 145 ss. È pur vero quanto lo studioso da ultimo richiamato (e, con lui, non pochi altri) rileva a riguardo del difetto ad oggi riscontrabile negli elementi di conoscenza circa eventuali effetti collaterali, anche pesantemente negativi, riconducibili alla vaccinazione, che potrebbero rendersi manifesti anche a distanza di anni, sicché non sarebbe possibile far luogo ad un adeguato "bilanciamento" tra costi e benefici dalla stessa discendenti [ma v. quanto se ne dice al riguardo in una pronuncia del Consiglio di Stato, annotata, tra gli altri, da V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 6/2021, 7 dicembre 2021, 286 ss.]; disponiamo, tuttavia, di un dato non confutabile – a me pare – nella sua oggettiva evidenza, ed è che il vaccino abbatte drasticamente i casi di ricovero in terapia intensiva e, di conseguenza, anche quelli di decesso. Insomma, dobbiamo decidere se vogliamo salvare *oggi* non poche vite umane oppure se pensiamo che potremmo perderne qualcuna domani. A me sembra che, francamente, il piatto penda decisamente dalla prima parte.

occorre allora porsi è se sia giusto o sbagliato non attenersi alle indicazioni che si alimentano dalla memoria scientifica.

Questo è il nodo da sciogliere, al di là poi del modo con cui si reputi giusto risolvere la questione concernente il singolo caso.

Ebbene, a mio modo di vedere, non dovrebbe esservi dubbio alcuno a riguardo del fatto che, una volta che in relazione ad una certa questione, dopo iniziali e sia pur accese controversie, dovesse registrarsi un largo ed accreditato consenso, il legislatore non possa non tenerne conto. D'altro canto, prendere a testate un muro granitico non dà di certo la speranza di poterlo abbattere e fa correre piuttosto il rischio di dar vita a soluzioni palesemente irragionevoli o, addirittura, irrazionali *tout court*, esattamente come sarebbe quella di chi oggi dovesse riproporre l'antica idea che la terra è un disco piatto e che il sole gira attorno ad essa.

Occorre insomma attendere che si formino delle vere e proprie *consuetudini scientifiche*, una *species* – come si sa – di particolar pregio di quelle consuetudini culturali di cui qui si viene dicendo, prima di poter predicare la sussistenza di un vincolo stringente a carico del legislatore. Nell'attesa che ciò si abbia, quest'ultimo si ritiene nondimeno abilitato a far luogo ugualmente alla regolazione di alcuni bisogni sociali, avvalendosi del potere di apprezzamento discrezionale di cui dispone e dandone quindi la regolazione dopo aver optato tra questa o quella delle soluzioni che siano state prospettate, spesso ancora in modo confuso ed appannato, in seno al corpo sociale in vista dell'appagamento di taluni bisogni diffusamente avvertiti[17]. È solo dopo che si sarà fatta dunque chiarezza attorno alla consistenza

[17] Particolarmente istruttiva al riguardo la vicenda processuale di cui a Corte cost. n. 84 del 2016, in merito alla eventuale destinazione degli embrioni non utilizzati a finalità di ricerca scientifica [tra i molti commenti, per tutti, v. i contributi che sono in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2016]. Fintantoché la scienza resti divisa – dice la Corte – la Costituzione è da considerare "muta" e però – è questo il *punctum crucis* della questione – può "parlare" il legislatore, in esercizio dell'apprezzamento discrezionale che gli è riconosciuto. Qui, il ragionamento si ferma. È tuttavia da chiedersi se, nel caso opposto che la scienza fosse concorde, la Costituzione possa non recepirne le indicazioni, o – per dir meglio – se gli interpreti della Carta possano darne una lettura giudicata dagli esperti palesemente erronea sul piano scientifico, per la parte in cui fa appunto riferimento ad esperienze scientificamente sensibili, quali ad es. sono quelle riguardanti la procreazione medicalmente assistita o talune vicende di fine-vita.

dirittifondamentali.it

dei bisogni stessi che la spinta per la loro regolazione diverrà pressante e, con essa, nitidamente definito il verso della regolazione stessa.

3. *Il cruciale rilievo dell'etica, nelle pratiche di diritto così come negli sviluppi della scienza (e, segnatamente, nell'utilizzo dei suoi ritrovati)*

Il quadro, poi, si complica sensibilmente per il fatto che a confrontarsi in campo non sono solo scienza e diritto, le relazioni che tra di essi si intrattengono prendendo forma su un terreno che è nondimeno illuminato dall'etica che, con riguardo alle esperienze d'interesse giuridico, acquista rilievo per il modo con cui risulta essa pure positivamente accolta, in primo luogo nella Carta costituzionale e quindi negli atti che vi danno la prima ed immediata specificazione-attuazione, presentandosi dunque quale *etica pubblica repubblicana* emblematicamente testimoniata dai principi fondamentali nel loro fare tutt'uno, "sistema" appunto[18].
L'etica dà un fermo orientamento tanto alle pratiche di normazione ed alle pratiche giuridiche in genere quanto ai percorsi della scienza. Quand'anche dovesse ritenersi, infatti, che la scienza, specie in alcune sue espressioni, sia – come dire? – eticamente insensibile e *quodammodo* "neutra", in realtà già nei suoi processi lungo i quali si avvia e prende forma e, comunque, soprattutto negli usi concreti che poi si facciano dei suoi ritrovati non può restare indifferente alle indicazioni venute dall'etica stessa.

[18] Già in altri luoghi ho avuto modo di soffermarmi sulle mutue implicazioni che s'intrattengono tra i principi di base dell'ordinamento, al punto che essi – a mio modo di vedere – si presentano non soltanto positivamente ma anche (e prima ancora) concettualmente inautonomi, bisognosi cioè di integrarsi a vicenda, ciascuno divenendo così parte costitutiva degli altri. Così, per fare ora solo il primo esempio che viene in mente, l'unità ed indivisibilità della Repubblica, di cui è parola nell'art. 5 della Carta, acquista senso (e lo proietta fuori di sé) non solo per ciò che attiene al modo con cui ciascuna porzione del territorio nazionale sta rispetto alle altre e tutte assieme fanno appunto il territorio della Repubblica italiana, ma anche per il fatto che i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di solidarietà, di cui all'art. 2, sono in pari misura riconosciuti gli uni e gravano gli altri su tutti i cittadini (e, più largamente, perlomeno in relazione ad alcuni di essi, su tutte le persone che, sia pur a titolo precario, si trovano nella Repubblica).

dirittifondamentali.it

Si pensi, ad es., a talune sperimentazioni sull'uomo frontalmente incompatibili con la sua dignità. Volgendo, poi, l'attenzione altresì sulle scienze c.d. non "esatte", eticamente ripugnanti, prima ancora che lesive del diritto alla verità[19], sono da considerare le affermazioni – si abbiano, o no, in scritti pseudoscientifici – dei fautori del c.d. negazionismo in relazione a taluni comportamenti aberranti messi in atto dai nazisti durante la seconda grande guerra[20]. Affermazioni che offendono, a un tempo, la memoria di quanti patirono in conseguenza dei crimini commessi durante il conflitto bellico e la memoria dell'intera collettività che ha il dovere di

[19] … sul quale faccio qui richiamo solo degli studi di S. RODOTÀ, *Il diritto alla verità*, in AA.VV., *Riparare Risarcire Ricordare*, a cura di G. Resta e V. Zeno-Zencovich, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, cit., spec. 24 ss., e R.G. CONTI, *Il diritto alla verità, fra amnistia, prescrizione e giurisprudenza nazionale della Corte edu e della Corte interamericana dei diritti umani*, in AA.VV., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, a cura di R. Romboli e A. Ruggeri, Giappichelli-Tirant Lo Blanch, Torino-Valencia 2019, 237 ss.
Accenno qui di sfuggita (e con riserva di approfondimenti in altri luoghi) ad un punto che mi sta particolarmente a cuore di mettere in chiaro; ed è che, dal mio punto di vista, non ha rilievo alcuno la circostanza per cui del diritto alla verità non si abbia l'esplicito riconoscimento in Costituzione o in altre Carte dei diritti parimenti vigenti in ambito interno, ove si convenga a riguardo del fatto che quanti lo misconoscono, per ciò stesso, ledono la Costituzione stessa, se è vero – com'è vero – che una società ed un ordinamento pluralisti non possono fare a meno della ininterrotta e libera ricerca della verità in merito a fatti e notizie e, dunque, di aver appagato il diritto a conseguirla, pur nei limiti segnati dalle condizioni oggettive di contesto, in ispecie per la presenza di ostacoli a volte insormontabili frapposti da chi ha l'interesse a che essa non venga alla luce ovvero riportabili a pur legittime esigenze, quali sono quelle riconducibili al c.d. segreto di Stato (che, nondimeno, accenno qui di passaggio, richiederebbe di essere fatto oggetto di un complessivo, critico ripensamento, tanto nei suoi profili teorici quanto nella disciplina positiva e quanto, infine, nelle sue concrete applicazioni). Ed è, al riguardo, da osservare che gli strumenti utilizzabili per fare chiarezza, come pure le sedi istituzionali in cui ciò può aver luogo (siano esse di natura giurisdizionale ovvero politica, quali le commissioni d'inchiesta), non sempre si dimostrano praticamente conducenti allo scopo.

[20] Le amnesie, individuali o collettive che siano (per quanto le seconde, diversamente dalle prime, non dovrebbero tollerarsi), possono aversi, non però le menzogne, specie se spudorate, che – come ha, ancora di recente, rilevato un'attenta studiosa – "la storiografia non può permettersi nel suo percorso" [A. MASTROMARINO, *Stato e memoria. Riflessioni a margine della celebrazione del giorno della memoria*, cit., 68; v. pure le acute notazioni che in tema svolge D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna" di Auschwitz*, FrancoAngeli, Milano 2012, nonché AA.VV., *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, a cura di F.R. Recchia Luciani e L. Patruno, Il melangolo, Genova 2013; G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2014, 12 dicembre 2014, e, in prospettiva comparata, O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Dir. um. dir. int.*, 5/2011, 85 ss., nonché, più di recente e con specifico riferimento alla Polonia, A. ORLANDO, *La repressione del negazionismo in Europa: considerazioni a partire dal caso polacco*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2020, 205 ss.].

non dimenticare e di far conoscere ciò che è avvenuto durante quella stagione particolarmente sofferta[21].

Riprendendo ora, solo per un momento, la questione del vaccino, cui si è sopra fatto cenno, un singolare fenomeno di negazionismo si è registrato al riguardo, seppur – com'è chiaro – ben diverso da quello avente ad oggetto la verità storica dei crimini commessi durante la seconda grande guerra; un fenomeno che, nondimeno, si è dimostrato foriero di guasti incommensurabili per l'intera collettività. Mi riferisco, infatti, allo schieramento dei c.d. *no-vax*, in relazione al quale si fatica, invero, a capire come possano appartenervi soprattutto alcuni operatori sanitari che, in tal modo, dimostrino di chiudere gli occhi davanti alla evidenza della pandemia, di cui alcuni – per paradossale che sia – negano la stessa esistenza, e, specificamente, delle cifre riguardanti il numero di coloro che hanno avuto (ed hanno) bisogno di sussidio ospedaliero, specie in terapia intensiva, a seconda che si siano, o no, sottoposti al vaccino e che abbiano, o no, completato il ciclo per esso previsto. Si ha, insomma, l'impressione che, in certi momenti della storia dell'uomo e davanti a certi fatti eclatanti, scattino meccanismi perversi ed incontrollabili che portino milioni di individui in tutto il mondo a farsi portatori di idee (e ad adottare comportamenti ad esse conseguenti) che rendano testimonianza, a un tempo, di smarrimento della ragione e – per ciò che è qui di specifico interesse – della memoria.

4. *Memoria ed esercizio della giurisdizione (e dell'amministrazione)*

In disparte, ora, fatti clamorosi e inquietanti, qual è quello cui si è da ultimo accennato, nel quotidiano svolgimento delle pratiche giuridiche si hanno

[21] Si può concedere il perdono a coloro che si sono resi responsabili anche di fatti efferati; e – per arduo che sia porlo in essere e manifestarlo – è auspicabile che ciò avvenga, ma non si può tradire la memoria o, come che sia, dare una distorta rappresentazione di ciò che è realmente accaduto, se non altro perché valga come monito per il futuro.

innumerevoli conferme del ruolo in esse giocato dalla memoria e, dunque, dello speciale significato che va ad essa assegnato.

Si danno, poi, talune vicende nel corso del cui svolgimento il rilievo stesso cresce ulteriormente, caricandosi di valenze di cui sono invece prive altre, analoghe vicende.

Si pensi, ad es., alle pratiche di giustizia, laddove la memoria dei precedenti è di centrale importanza, specie poi in sistemi giuridici, quali quelli di *common law*, nei quali essi sono produttivi di effetti di cui non si ha invece riscontro nei sistemi di *civil law*, quale il nostro. E, tuttavia, in taluni ambiti di esperienza il precedente può ugualmente dimostrarsi idoneo ad esprimere vincoli nei riguardi delle pratiche interpretative ed applicative di anteriori pronunzie giudiziali. Così è, ad es., con riferimento alle decisioni della Corte EDU che – a stare ad una pur discussa (e discutibile) giurisprudenza costituzionale[22] – sarebbero vincolanti unicamente se espressive di indirizzi "consolidati" ovvero se aventi natura di decisioni-pilota (ai primi *quodammodo* assimilabili).

Senza stare ora a mettere a nudo i punti deboli di siffatto orientamento – ciò che non è d'interesse per la riflessione che si va ora facendo –, è chiaro che la partita si gioca e ogni volta rinnova attorno alla nozione di "consolidamento" che, nondimeno, evoca la ripetizione temporale di certe affermazioni giurisprudenziali, bisognosa ogni volta di verifiche che richiedono comunque il supporto della memoria e che, anzi, a quest'ultima assegnano un ruolo di prima grandezza in ordine alla qualificazione da dare degli indirizzi suddetti (che, poi, come si è fatto altrove notare, per il fatto stesso di esserci non possono che essere… *consolidati*, dimostrandosi pertanto *quodammodo* ridondante il ricorso all'aggettivo).

In generale, è un dato di comune esperienza quello per cui la memoria ha centralità di posto sia in seno alla motivazione degli atti giudiziari (e di altri ancora per la cui formazione è parimenti richiesta[23]), che facciano riferimenti a precedenti decisioni,

[22] Il riferimento – come si sa – è alla notissima sent. n. 49 del 2015.

[23] Così, in particolare, per alcuni atti amministrativi e, in ordinamenti diversi dal nostro, quale quello dell'Unione europea, anche per atti normativi.

orientamenti dottrinali, atti normativi, ecc., e sia nell'uso che della motivazione stessa quindi si faccia *ab extra*, da parte di studiosi ed operatori[24].

Non minore è, poi, il rilievo che essa assume nelle pratiche quotidiane di amministrazione, al fine della loro composizione e trasmissione nel tempo. L'ottimale salvaguardia della certezza del diritto e, a un tempo, della certezza dei diritti, in una non secondaria misura, dipende anche – come si sa – dalla somministrazione di una giustizia *giusta*, nonché dal lineare funzionamento dell'amministrazione in osservanza del principio di legalità; e a questi fini la memoria si offre quale sussidio prezioso ed indefettibile.

5. *Memoria e dinamiche sociali (in ispecie, il ruolo di prima grandezza giocato dalla scuola e dalla cultura in genere)*

Al di là, poi, delle pratiche di apparato, la memoria ha cruciale rilievo in ogni relazione che prende forma specificamente in seno al corpo sociale. D'altronde, come si sa, l'apparato sta al corpo sociale come la punta dell'*iceberg* alla montagna sommersa, l'una facendo tutt'uno con l'altra, di cui dà esteriore manifestazione. Ed è evidente che le dinamiche che all'un livello prendono corpo hanno poi il loro immediato, seppur non sempre nitidamente visibile, riflesso sull'altro.

Tra gli innumerevoli esempi che potrebbero essere al riguardo richiamati quali indicativi in modo particolarmente vistoso ed attendibile del ruolo giocato dalla memoria nel corso delle pratiche sociali in genere, richiamo qui solo la vessata (e, a conti fatti, irrisolta) questione delle *fake news* che avviano ed alimentano processi mnemonici perversi, idonei a spiegare effetti a tutto campo, tanto più poi nel presente contesto segnato da un avanzato sviluppo tecnologico che ha in *Internet*

[24] Sulla speciale rilevanza di cui sono dotate le pronunzie del giudice costituzionale, v., per tutti, AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996.

dirittifondamentali.it

forse la sua emblematica rappresentazione[25]. Basti solo pensare al fatto che le vecchie ed ingombranti enciclopedie alle quali un tempo si attingeva per ogni forma di informazione sono ormai – come si sa – rimpiazzate dalle ricerche *on line*, giudicate maggiormente utili specie per l'attualità delle informazioni che trasmettono, sovente in tempo reale, senza però che molte volte ci si avveda dei rischi ai quali si va incontro, per il fatto che la memoria può trovarsi intasata da elementi di conoscenza non adeguatamente filtrati per effetto di un vigile e scrupoloso riscontro della attendibilità dei dati trasmessi e, in genere, di ogni notizia veicolata dal *web*. D'altronde, si è già veduto accennando al negazionismo quali guasti, a volte particolarmente vistosi, siano da riportare ai falsi storici che fatalmente, sabotando la memoria, distorcono il pensiero dalla sua lineare formazione e l'azione dal suo giusto verso.

Non ho alcun dubbio, ad ogni buon conto, che le complessive torsioni e carenze di cui si abbia riscontro al piano dell'apparato, specie per ciò che concerne le attività di direzione politica (e, però, anche, seppur in minor misura, di quelle di garanzia), abbiano le radici da cui incessantemente si alimentano nel fondo del corpo sociale, dal quale d'altronde – non si dimentichi – è estratto il personale chiamato a prendere posto nelle sedi di apparato in genere. La pubblica opinione che impietosamente (e, peraltro, sovente non a torto) critica atti e comportamenti in genere sia degli organi di governo che di quelli di garanzia dovrebbe, come nel famoso brano evangelico, guardare alla trave che è nel proprio occhio, prima ancora di mettere a nudo la pagliuzza altrui (se, nel caso nostro, di vera e propria pagliuzza si tratta e non piuttosto di un'altra trave…).

[25] Nella ormai incontenibile letteratura formatasi al riguardo, v., almeno, G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *Parole e potere, libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano 2017; M. BASSINI - G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su* fake news *e dintorni*, in *Riv. dir. media* (www.medialaws.eu), 1/2017, 30 settembre 2017, 11 ss., e, pure *ivi*, F. PIZZETTI, Fake news *e allarme sociale: responsabilità, non censura*, 48 ss.; C. MAGNANI, *Libertà d'informazione* online *e* fake news*: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *Forum* di *Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 4 aprile 2019; I. SPADARO, *Contrasto alle fake news e tutela della democrazia*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2019, 21 giugno 2019.

In questo quadro, qui molto sommariamente raffigurato in alcune delle sue linee maggiormente marcate, un ruolo di centrale rilievo, nel bene come nel male, è giocato dalla scuola e dalla cultura in genere. Spesso si fa notare, ad es. da quanti operano nel mondo dell'informazione, che taluni esponenti politici hanno memoria corta, dando prova di non rammentare fatti di rilievo storico anche di considerevole rilievo. Una eventualità, questa, certamente di non infrequente riscontro; va, però, altresì rilevato che il vizio non è di memoria (o solo di questa) bensì di conoscenza, di mancanza di un adeguato bagaglio culturale appunto. E sarebbe ora francamente penoso ed ingeneroso ed anche non direttamente pertinente allo studio che si va facendo fare anche un rapido raffronto tra il livello culturale del ceto politico odierno e quello del ceto di qualche decennio addietro, disvelato già dal linguaggio col quale certi pensieri sono espressi e dallo "stile" che ne accompagna e connota le manifestazioni.

Occorre, dunque, sempre tenere distinti i casi di difetto di memoria da quelli in cui la stessa *ab initio* non sia venuta a formazione, per quanto – com'è chiaro – non sia affatto agevole il riconoscimento degli uni e degli altri.

6. *Memoria collettiva, valori fondamentali, dovere di fedeltà alla Repubblica*

Tirando le fila delle notazioni svolte, a me pare che in conclusione si abbia conferma di una conclusione già in altra sede raggiunta[26] con riguardo, per un verso, alla straordinaria duttilità strutturale esibita dalla memoria che dimostra una formidabile vocazione a manifestarsi in modi continuamente cangianti, praticamente incontenibili per numero e varietà di espressioni, e, per un altro verso, alla sua attitudine a porsi quale fine in sé ed anche quale mezzo al servizio di altri fini.

Proprio in questa sua vocazione è dato cogliere l'essenza della memoria *dal punto di vista della Costituzione*: nel suo porsi, cioè, quale "deposito" di conoscenze al quale

[26] … nel mio *Appunti per uno studio su memoria e Costituzione*, cit., spec. 356 ss.

dirittifondamentali.it

singoli e gruppi sono costantemente sollecitati ad attingere in vista dell'ottimale appagamento dei beni costituzionalmente protetti e, per ciò stesso, dei valori che stanno a base della nascita della Repubblica, la giustificano e sorreggono, orientando l'azione dei pubblici poteri e della collettività tutta al fine della trasmissione integra dell'ordinamento nel tempo.

Al di là della infinità di dati che trovano alloggio nella memoria di ciascun individuo, una parte consistente dei quali, riferendosi ad esperienze personali, familiari, ecc., è gelosamente custodita e si vorrebbe pertanto preservata da invasioni esterne[27], si dà infatti una *memoria collettiva* che consta delle più salienti vicende che hanno interessato (e interessano) l'intera comunità, con specifico riguardo a ciò che, riportandosi in modo immediato e diretto all'*idem sentire de re publica*, compone ed incessantemente rinnova l'identità costituzionale della comunità stessa, quale nella sua essenza si coglie ed apprezza in prospettiva assiologicamente orientata. È cosa in sé diversa dalla memoria c.d. "istituzionalizzata", quale risulta accreditata dai pubblici poteri[28], laddove la collettiva si forma in seno al corpo sociale, traducendosi quindi in *consuetudini culturali* di riconoscimento di ciò che, nel modo più genuino ed autentico, accomuna i componenti la collettività, dei fatti più salienti che abbiano interessato quest'ultima nella sua interezza e, per ciò stesso, riguardato l'identità costituzionale dell'ordinamento cui essi appartengono. È pur vero, tuttavia, che i pubblici poteri dispongono di strumenti particolarmente efficaci per condizionare variamente la formazione della memoria collettiva, potendosi pertanto l'una forma

[27] Viene al riguardo in rilievo il diritto alla non memoria altrui o – com'è usualmente chiamato – all'oblio, la cui capacità di farsi valere si presenta, nondimeno, in forme o gradi diversi, dovendosi tenere conto di fattori dalla varia natura, quale quello della notorietà della persona che ne rivendica la tutela, il tipo di comportamento che si vorrebbe fosse dimenticato, ecc. [indicazioni di vario segno in M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della* privacy *storica*, ESI, Napoli 2009; AA.VV., *Il caso del diritto all'oblio*, a cura di F. Pizzetti, Giappichelli, Torino 2013; AA.VV., *Memoria* versus *oblio*, a cura di M. Bianca, Giappichelli, Torino 2019, e, più di recente, V. CAVANI, *Diritto all'oblio. Dal diritto "ad essere dimenticati" al diritto alla deindicizzazione*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), Quad. n. 3, *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà*, a cura di A. Lo Calzo - L. Pace - Giul. Serges - C. Siccardi - P. Villaschi, novembre 2021, 91 ss.].

[28] Per i modi con cui essa s'impone, v., part., A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, cit., spec. 63 ss. e 97 ss.

di memoria sovrapporsi all'altra[29]. Resta, nondimeno, provato che solo nelle società rette da regimi d'ispirazione liberal-democratica la memoria collettiva ha modo di formarsi senza patire le reticenze, le menzogne, le complessive torsioni alle quali è invece soggetta negli ordinamenti illiberali, nei quali i governanti di turno somministrano la loro "verità" circa i fatti del passato e del presente, inquinando e distogliendo la memoria collettiva dai plurimi percorsi lungo i quali può avviarsi per effetto del "gioco" che incessantemente si rinnova tra le forze politiche e sociali che spontaneamente si formano e liberamente si contendono il campo, prendendo posizione sulle maggiori questioni che si agitano in seno al corpo sociale. I regimi autoritari, insomma, esercitano un autentico *pressing* sulla società perché in seno ad essa si formi e radichi un'unica "verità" somministrata dall'alto ed a forza; nei regimi di tradizioni liberali, di contro, vengono a formazione e circolano sempre plurime "verità" che, seppur faziose, hanno comunque modo di confrontarsi tra di loro e giocarsi la partita a tutto campo, di modo che è dalla loro sintesi che, a conti fatti, viene quindi ad imporsi una memoria collettiva che gode di maggior credito di altre fatalmente condannate ad una posizione marginale e recessiva.

La memoria collettiva è fatta, dunque, in primo luogo, di ogni dato coinvolgente i valori fondamentali dell'ordinamento e, per ciò stesso, quest'ultimo nella sua interezza: è memoria, in primo luogo, del passato, nel suo diacronico svolgimento e nelle sue più salienti espressioni, specie di quelle nei riguardi delle quali si è consumata la discontinuità che ha portato all'avvento del nuovo ordine costituzionale, ed è, quindi, memoria della evoluzione che ne è seguita, di come cioè la comunità si è riconosciuta nei valori fondativi della Repubblica e di quanto ha fatto (e fa) per assicurarne l'integra trasmissione alle generazioni future. È quest'ultima, infatti, la funzione primaria, essenziale, che l'intera comunità è chiamata ad assolvere, il primo dei doveri gravante sui suoi componenti, il cui

[29] Si è fatto di recente notare da una sensibile dottrina [A. MASTROMARINO, *Stato e memoria. Riflessioni a margine della celebrazione del giorno della memoria*, cit., 66] che i pubblici poteri sarebbero come degli "imprenditori di memoria": formula indubbiamente efficace ma che potrebbe far pensare ad un'attività svolta per ricavarne un profitto economico, mentre qui essa è – e dev'esser – svolta a titolo gratuito, a beneficio della collettività che ha bisogno di avvalersi della memoria al fine di ricostruire e preservare la propria identità culturale, assiologicamente connotata.

mancato adempimento renderebbe priva di senso l'appartenenza alla comunità stessa. Ma perché ciò abbia luogo, occorre appunto attingere dalla memoria le indicazioni necessarie per evitare gli errori e i guasti del passato e, alla luce degli insegnamenti che da essi si hanno, costruire il futuro.

L'autentica *Grundnorm* su cui si regge la Repubblica è, insomma, proprio nel dovere di fedeltà alla stessa che ha la sua prima e più qualificante espressione nella custodia dei valori fondamentali, nella loro crescente promozione e – fin dove possibile – nell'ottimale affermazione nell'esperienza. Ciò che può aversi alla sola condizione che la formazione della memoria si alimenti incessantemente da un'etica pubblica elementare, profondamente radicata nel corpo sociale e pressoché universalmente condivisa, in grado di trovare in se stessa le risorse per rigenerarsi, ispirare pensieri ed azioni e pervadere le dinamiche sociali ed istituzionali, dei governati così come dei governanti.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 4 febbraio 2022

"Omnia vincit amor": adozione monogenitoriale e interesse del minore (Nota a Corte cost. n. 252 del 2021)

di
Luana Leo*

Sommario: 1. Premessa. – 2. La ricostruzione della vicenda. – 3. La complicata accettazione dell'adozione monogenitoriale. – 4. Il lungo e travagliato percorso giurisprudenziale. – 5. Il vincolo coniugale come ostacolo di accesso all'adozione. – 6. Oltre la querelle: il preminente interesse del minore. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Con la sentenza n. 252 del 2021, il Giudice delle Leggi dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29-*bis*, comma 1, della legge n. 184/1983[1], sollevata dal Tribunale per i minorenni di Firenze, in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., relativamente all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nella parte in cui non prevede che anche la persona non sposata e residente in Italia possa avanzare dichiarazione di disponibilità ad adottare un minore straniero e chiedere di essere dichiarata idonea all'adozione legittimante.

È opportuno evidenziare come la *querelle* dell'adozione ad opera dei soggetti non sposati costituisca uno dei maggiori "nodi" rimasti irrisolti da parte del legislatore italiano L'art. 29 *bis* richiama, in ordine ai requisiti degli adottanti, la previsione dell'art. 6, il quale accorda priorità assoluta ai *"coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni"* e non separati neppure di fatto, in quanto idonei

[1] L. 4 maggio 1983, n. 184 *("Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori")*. Sui motivi della riforma, si veda L. SACCHETTI, *Adozione e affidamento dei minori. Commento alla nuova legge 4 maggio 1983 n. 184*, Santarcangelo di R., 1983, 13 ss.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

a garantire un ambiente familiare adeguato alla crescita ed allo sviluppo del minore. La predetta norma, infatti, non presta attenzione alle persone singole, evocate solo dall'art. 44 (adozione in casi particolari) e neppure alle coppie di fatto. Il lavorio legislativo è proseguito con la legge n. 149/2001[2], con la quale sono state disattese le aspettative di quanti auspicavano l'introduzione, anche nell'ordinamento giuridico italiano, di una norma che consentisse ai singoli di presentare domanda di adozione legittimante.

La pronuncia in discussione rileva particolarmente non solo perché sottolinea l'urgenza di un intervento normativo che tenga conto delle impellenti istanze di revisione di tale istituto, ma anche in ragione dell'evoluzione della famiglia nella realtà sociale. A tal riguardo, una corrente di pensiero scorge[3], nella ricca e ampia costellazione delle aggregazioni familiari, i nuclei costituiti su "base selettiva" come la famiglia adottiva.

2. *La ricostruzione della vicenda*

Nel caso di specie, il Tribunale di Firenze è chiamato a pronunciarsi in ordine al ricorso con cui una cittadina italiana non unita da vincolo coniugale chiede di essere dichiarata idonea all'adozione internazionale di un minore straniero. Secondo il ragionamento del giudice *a quo*, l'art. 29 *bis*, comma 1, della legge n. 184/1983, non contrasta con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento rispetto alla fattispecie di cui all'art. 36, comma 4, della medesima legge, che consente ai cittadini italiani, anche non uniti da vincolo coniugale, residenti all'estero da almeno due anni, di conseguire il riconoscimento della piena efficacia dell'adozione avvenuta nello Stato estero, conformemente alla

[2] L. 28 marzo 2001, n. 149 *(Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile)*. Sulla riforma del 2001, tra i numerosi, si veda M. DOGLIOTTI, *La riforma dell'adozione*, in *Famiglia e Diritto*, 2001, 247; A. FINESSI, *Il "diritto del minore ad una famiglia": per una prima lettura della nuova disciplina dell'affidamento e dell'adozione*, in *Studium Iuris*, 2001, 775 ss; C. M. BIANCA, *La revisione normativa dell'adozione*, in *Familia*, 2001, 525 ss.

[3] Così, V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dell'unità d'Italia ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1287.

Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale.

Analogamente, il giudice *a quo* ritiene non fondata – in riferimento agli artt. 24 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in ordine all'art. 6 CEDU – la questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 29 *bis*, comma 1, ove preclude alla persona non sposata, residente in Italia, di chiedere l'accertamento giudiziale dell'idoneità all'adozione e, pertanto, di fare valere i propri diritti in un giusto processo, in cui questi possano essere esaminati.

Al contrario, il giudice *a quo* reputa rilevante e non manifestamente infondata – in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU – la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29 *bis*, comma 1, della legge n. 184/1983, nella parte in cui impedisce alle persone singole di essere valutare ai fini dell'idoneità dell'adozione piena di minori stranieri, al di fuori dei casi particolari di cui all'art. 44 della legge sopracitata. Nell'ottica del rimettente,

la domanda di idoneità all'adozione, collegata al diritto di autodeterminarsi in ordine alla propria vita privata – rientra fermamente nell'alveo dell'art. 8 CEDU. In particolare, il rimettente evidenzia come la mancanza di un quadro omogeneo in materia di accesso al diritto di autodeterminarsi relativamente all'adozione pregiudichi seriamente la posizione delle persone non coniugate, provocando un'indebita interferenza nella vita privata. Tale scenario implica

un tempestivo e puntuale intervento politico e legislativo, al fine di consentire a tale categoria di autodeterminarsi in relazione alla propria aspirazione alla genitorialità. Il giudice *a quo*, altresì, sottolinea come l'intera materia sia stata oggetto di una profonda mutazione per effetto del nuovo diritto di famiglia e della nuova formulazione dell'art. 74 c.c., modificato dall'art. 1, della legge n. 219/2012[4],

[4] L. 10 dicembre 2012, n. 219 *("Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali")*. Sulla riforma della filiazione, tra i tanti, si veda C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 525 ss.; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 231 ss.; A. PALAZZO, *La Filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, Milano, 2013, 578 ss; V. CARBONE, *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, in *Fam. e dir.*, 2013, 3, 225 ss.; F. DANOVI, *Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) "naturali"*, in *Corr. Giur.*, 2013, 537

che consacra l'unicità dello stato di figlio, estendendo il concetto di parentela, in cui figurano anche i figli adottivi, con l'eccezione degli adottati maggiorenni. Da ciò ne discende che il vincolo di filiazione è ormai svincolato dall'istituto del matrimonio.

L'Avvocatura generale dello Stato, invece, non ravvisa alcuna incertezza circa le possibilità adottive consentite alle persone non coniugate residenti in Italia: la normativa in materia consente l'accesso all'adozione piena esclusivamente alle coppie unite in matrimonio; il legislatore valuta la famiglia bigenitoriale come la "migliore delle famiglie possibili", tale da offrire garanzie di stabilità attraverso il legame del matrimonio. Al contempo, la difesa statale ricorda che la legge n. 184/1983 accorda anche alle persone non coniugate la possibilità di accedere all'adozione, adottando un regime speciale. Senza mettere in dubbio la sostanziale identità di funzione con l'adozione legittimante (riconoscere la preminenza del minore ad essere accolto in una famiglia idonea ad educarlo), il principale tratto differenziale di tale forma di adozione[5] rispetto al modello generale con effetti legittimanti risiede nel suo esiguo ambito di applicazione, in quanto tale istituto assume spessore nelle tassative ipotesi indicate nell'art. 44, comma 1[6]. Occorre chiarire che tale forma di adozione trova riscontro solo laddove – a prescindere dalle ipotesi di cui alle lett. *a)* e *d)*, l'adozione piena risulti inammissibile ed il modello adottivo risponda all'interesse del minore. Le differenze di regime rispetto

ss; B. DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Fam. dir*., 2013, 291 ss.; M. DOGLIOTTI, *La nuova filiazione fuori dal matrimonio: molte luci e qualche ombra*, in *Fam. e Dir*., 2014, 480 ss; U. SALANITRO, La *riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (parte I e parte II)*, in *Fam. e dir*., 2014, 540; P. SCHLESINGER, *Il D.lg. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. dir*., 2014, n. 5, 443-446.

[5] Sull'adozione in casi particolare, tra i molteplici, si veda C. EBENE COBELLI, *Adozione e affidamento dei minori*, *sub. art. 44, l. n. 184/1983*, in *Nuove leggi civ. comm*., a cura di M. C. BIANCA, F. D. BUSNELLI, G. FRANCHI, S. SCHIPANI, 1984, 172 ss.; L. SACCHETTI, *Il Commentario dell'adozione e dell'affidamento*, Maggioli, 1986, 319 ss.; R. MARICONDA, *Dell'adozione in casi particolari*, in *Le adozioni nella nuova disciplina. Legge 28 marzo 2001*, 135 ss.; A. CAGNAZZO, *Dell'adozione in casi particolari,* in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, *La famiglia e le persone*, III, Tomo I, Agg., Torino, 2008, 303 ss.

[6] Sulla tassatività dell'elencazione dei casi particolari, si veda C. CIRAOLO, E. FAZIO, *Dell'adozione in casi particolari*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Della famiglia – leggi collegate*, a cura di L. BALESTRA, 2010, 249 ss.

all'adozione piena dividono il ceto giuridico: il primo orientamento[7] esclude una sostanziale coincidenza con quest'ultima forma di adozione, appoggiando la scelta legislativa; il secondo, invece, critica duramente l'impostazione data dalla legge, considerando l'adozione speciale come un sostanziale mantenimento dell'adozione ordinaria[8]. In particolare, il primo orientamento qualifica l'istituto in discussione come il risultato di un compromesso tra la tendenza a sopprimere ogni forma di adozione che non costituisce un pieno rapporto di adozione e quella che accoglie una forma di adozione non piena.

Con riguardo alle adozioni internazionali[9], l'art. 29 *bis* della legge n. 184/1983 si rivolge sempre *"a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni"*, in assenza di precedenti separazioni, anche di fatto. L'unica differenza rispetto al fronte nazionale risiede nello strumento aggiuntivo apprestato dall'art. 36, comma 4, della legge sopracitata, diretto a consentire il riconoscimento dell'adozione al cittadino italiano che abbia terminato il relativo *iter* all'estero, in conformità alla legge straniera, provando di avere soggiornato continuamente nel Paese straniero e di avervi avuto la residenza per almeno due anni[10]. A tal proposito, è la medesima

[7] Rientrano in tale categoria, tra i numerosi, L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, in *Trattato Rescigno, IV, Persone e famiglia*, III, Torino, 1997, 463; P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, in *Trattato Vassalli*, III, 2, Torino, 1987, 194; R. TOMMASINI, *Commento agli artt. 44-57 della legge sull'affidamento e adozione dei minori*, in *Commentario Cian-Oppo-Trabucchi*, VI, Padova, 1993, 456.

[8] In senso critico, si veda F. D. BUSNELLI, *Art. 1*, in C. M. BIANCA, F. D. BUSNELLI, G. FRANCHI, S. CHIPANI (a cura di), *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Commentario alla l. 4 maggio 1983, n. 184*, in *Le nuove leggi civile commentate*, Padova, 1984, 12; M. BESSONE, M. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Il Codice civile*. *Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2002, 799 ss.

[9] Si segnala che la legge n. 476/1998 ha modificato quella parte della legge n. 184/1983 relativa all'adozione internazionale, ratificando la Convenzione per la tutela dei minori e cooperazione in materia di adozione internazionale, stipulata all'Aja nel 1993.

[10] Su tale peculiare previsione, si veda A. BUSACCA, *L'adozione internazionale dei singles. Alcune riflessioni intorno l'ordinanza della Corte costituzionale*, in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche*, n. 2, 2014, 286-290. In particolare, tale previsione non sembra fornire alcuna indicazione in relazione alla forza giuridica del provvedimento di adozione pronunciato all'estero su istanza di cittadini italiani; pertanto, non dovrebbe applicarsi in tale ipotesi la norma di cui all'art. 35 della legge. n. 184/1983: "l'adozione pronunciata all'estero produce nell'ordinamento italiano gli effetti di cui all'articolo 27". In tale contesto, trova spazio la sentenza del 14 febbraio 2011, n. 3572, tramite la quale la Suprema Corte di Cassazione ha applicato la propria consolidata giurisprudenza sulla adozione interna da parte dei *single*, statuendo che "con la disposizione speciale dell'art. 36, comma 4, applicabile ai cittadini italiani

difesa statale a specificare che il giudice non si limita a delibare la sentenza, ma deve anche verificare la sussistenza dell'interesse del minore all'adozione, verifica ancorata all'entrata di quest'ultimo nello *status* familiare dell'adottante, al momento della pronuncia dell'adozione straniera, o persino prima. È interessante rilevare come l'Avvocatura generale dello Stato ritenga che non ogni soggettiva incertezza su una disposizione legislativa si traduca in una violazione dell'art. 8 CEDU[11], in quanto assumono spessore solo quelle incertezze che aggirano il requisito della prevedibilità della regola giuridica. In tale senso, la difesa statale osserva che la CEDU non riconosce un generico diritto ad adottare; l'art. 8 non impone agli Stati l'obbligo positivo di garantire l'accesso all'istituto in esame, indipendentemente dal fatto che gli istanti siano coppie (coniugate o meno) o singoli.

In ultima analisi, essa sostiene che la censura del rimettente attinente la *ratio* sottesa a tale disciplina – il diritto alla bigenitorialità eterosessuale perfetta[12] – induca a orientare il sindacato del Giudice delle Leggi sul merito della scelta legislativa. È innegabile che il dubbio di legittimità costituzionale investa temi eticamente delicati, relativamente ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze compete al legislatore.

3. La complicata accettazione dell'adozione monogenitoriale

Come già enunciato, il legislatore del 1983 non riconosce alle persone singole la legittimazione ad adottare. La consolidata dicotomia tra adozione ordinaria ed adozione speciale – in ordine allo *status* degli adottanti – prende le mosse dalla volontà di conformare la filiazione adottiva alla filiazione biologica[13].

---

che non risiedano in Italia e si trovino nelle condizioni in esso indicate, non è stata introdotta alcuna deroga al suddetto principio generale, enunciato nell'art. 35, comma 3".

[11] In particolare, l'art. 8 CEDU è definito da R. HOWELL, *The right to respect for family life in the European Court of Human Right*, in *34 University of Louisville Journal of Family Law*, 1995-1996, 693, come *"privacy article of the Convention"*.

[12] Il diritto alla "perfetta" bigenitorialità affiora nel disegno di legge Pillon. Sul tema, si veda B. LIBERALI, (*Prima) il dovere e (poi) il diritto: alla ricerca degli "ossimori costituzionali" nella cura dei figli*, in *Gruppo di Pisa*, n. 3, 2018, 30-34.

[13] Sul punto, si veda L. ROSSI CARLEO, *Il diritto del minore ad una famiglia: affidamento e adozione*, in *Seminari di diritto di famiglia*, Milano, 2005, 444.

L'idea tradizionale – fondamento della "prima" riforma del diritto di famiglia del 1975[14] – incentrata sulla capacità di ogni famiglia di realizzare liberamente e responsabilmente la propria esistenza, ha trovato riscontro anche nel campo dell'adozione. In realtà, se il legislatore del 1983 – ad avviso chi scrive – avesse riservato maggiore attenzione all'evoluzione storica dell'istituto adottivo nel diritto italiano, avrebbe probabilmente adottato un approccio diverso.

È doveroso sottolineare come il legislatore nazionale per la prima volta abbia concepito l'adozione quale strumento di politica assistenziale nel corso della Prima guerra mondiale, a fronte del numero progressivo di orfani. Con il D.L. n. 1357/1919[15], poi convertito dal Governo fascista con L. n. 2137/1925, venne derogata la norma del Codice che consentiva l'adozione dei soli maggiorenni di età per assicurare così l'adozione ordinaria, anche da parte di persone non coniugate, dei minori orfani di guerra. In concreto, il legislatore nazionale non intravide nella presenza di una coppia coniugata la *condicio sine qua non* per l'inserimento del minore in un nucleo familiare diverso da quello di origine. In seguito, il Codice del 1942 soppresse il requisito della maggiore età; mentre la finalità assistenziale – così marcata nella legislazione di guerra – rimase una delle finalità dell'istituto, spesso valorizzata dalla giurisprudenza di merito.

Infine, la legge n. 431/1967[16] introdusse l'adozione legittimante (dei minori di otto anni) limitandola alle sole coppie unite in matrimonio; la successiva legge n. 184/1983, invece, riconobbe scarso rilievo all'adozione da parte dei *singles*, accentuandone le differenze rispetto all'adozione ordinaria.

A prescindere dalla radicata mentalità tradizionale, è impossibile negare che il legislatore abbia ripetutamente tentato di ampliare l'ambito di applicazione dell'adozione. Il primo tentativo risale al 1989 ad opera di una Commissione ministeriale istituita dall'allora Ministro di Grazia e giustizia Vassalli, il cui

[14] In tale senso, si veda S. LARICCIA, *La legge sul divorzio e la riforma del diritto di famiglia in Italia negli anni 1970-'75*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 22, 2020, 72 ss.

[15] D.L. 31 luglio 1919 n. 1357 *("Norme sull'adozione degli orfani di guerra e dei trovatelli nati durante la guerra")*.

[16] L. 5 giugno 1967, n. 431 *("Modifiche al titolo VIII del libro I del Codice civile "Dell'adozione" ed inserimento del nuovo capo III con il titolo "Dell'adozione speciale")*.

progetto prevedeva quale ipotesi di adozione legittimante quella del minore orfano di padre e madre a beneficio del singolo di età non inferiore ad anni ventuno, legato al minore da *"vincolo di parentela fino al sesto grado o da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori"* e quella del minore *"le cui condizioni psicofisiche (...) determinano la constatata impossibilità di un'adozione da parte di una coppia di coniugi"*. La proposta di legge presentata alla Camera il 4 luglio 1996 dall'on. Melandri contemplava una modifica dell'art. 6 della legge n. 184/1983 *("2. L'adozione è, altresì, consentita a persone singole, di almeno trenta anni di età, che presentino le idoneità di cui al comma 1")*[17]. Tuttavia, con l'entrata in vigore della legge n. 149 del 2001, la modifica sopraindicata venne meno; l'art. 6 subì dei cambiamenti soltanto nella parte relativa all'età degli adottanti e in quella volta a riconoscere importanza all'eventuale periodo di convivenza prematrimoniale degli adottanti. Parimenti, la legge n. 173/2015[18] ha assorbito la proposta delle deputate Marzano e Martelli[19]. Essa prevedeva da una parte,

la valutazione preferenziale ai fini dell'adozione anche della persona singola; dall'altra, l'introduzione di un'ulteriore ipotesi all'art. 44 della legge del 1983, consentendo al minore di essere adottato *"dalla famiglia o dalla persona singola cui il minore è stato affidato e con cui si è creato un solido rapporto affettivo nel corso dell'affidamento"*. Più di recente, nella VIII Legislatura, sono stati presentati tre progetti legislativi, diretti a riconoscere l'adozione piena da parte dei *singles*. Il disegno di legge[20] d'iniziativa del senatore Manconi suggeriva una modifica dell'art. 6 della legge del 1983 con l'integrazione di un comma *bis ("l'adozione è consentita, altresì, a persone non coniugate conviventi, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza da almeno tre anni, e a*

[17] Art. 2 *("Requisiti degli adottanti")*, Proposta di legge n. 1781, presentata alla Camera dei Deputati il 4 luglio 1996.

[18] L. 19 ottobre 2015, n. 173 *("Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare")*.

[19] Proposta di legge n. 3019, presentata alla Camera dei Deputati l'8 aprile 2015.

[20] Disegno di legge n. 1765, presentato al Senato l'11 febbraio 2015. Lo stesso proponente ritiene possibile che "il minore abbia una sola figura genitoriale di riferimento, quella con la quale passa la maggior parte del tempo (il che) non impedisce la creazione di un ambiente stabile ed armonioso nel quale un bambino possa vivere sereno".

persona singola, quando ciò realizzi l'interesse del minore"). Maggiore interesse ha suscitato la proposta di legge[21] avanzata dall'on. Ravetto, riservata alle sole persone singole, volta a prevedere una radicale modifica dell'art. 6 della legge del 1983 *("1. L'adozione è consentita: a) a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto; b) a persona singola non coniugata")*.

Infine, la proposta di legge[22] formulata dall'on. Malisani raccoglieva i frutti di un'approfondita indagine conoscitiva "*sullo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozioni ed affido"* condotta dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati per deliberazione del 1° marzo 2016. Tale proposta non solo intendeva recuperare l'iniziativa Marzano-Martelli, ma contemplava anche l'aggiunta di un comma 1-*bis* all'art. 6, della legge del 1983 *("l'adozione è consentita: […] c) a persona singola non coniugata")*.

4. Il lungo e travagliato percorso giurisprudenziale

In tale sede, occorre marcare come la Convenzione di Strasburgo abbia posto all'interprete delicati problemi in ordine alla possibilità di adozione da parte di persona non sposata. Nel corso degli anni Novanta, il Giudice delle Leggi[23] ha dichiarato che l'art. 6 della Convenzione non risulta in contrasto con l'art. 6 della legge del 1983: la Convenzione prevede la possibilità che la normativa interna di ogni Stato aderente ammetta l'adozione anche da parte di persona singola, mentre la normativa italiana vieta tale adozione al di fuori dei casi eccezionali di cui agli artt. 25 e 44 della legge sopraindicata. L'ammissibilità in via di principio dei single all'adozione legittimante, oltre a provocare non infondati dubbi di legittimità costituzionale, inficerebbe l'attuale normativa in tema di limiti e differenze di età, alterando seriamente l'istituto in esame.

[21] Proposta di legge di n. 3832, presentata alla Camera dei Deputati il 16 maggio 2016.
[22] Proposta di legge n. 4579, presentata alla Camera dei Deputati il 6 luglio 2017.
[23] Corte cost. 16 maggio 1994, n. 183.

Al contrario, la giurisprudenza di merito[24] ha statuito che la legge n. 357/1974, di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Strasburgo, conferisca all'art. 6 della suddetta Convenzione immediata e concreta efficacia operativa in seno all'ordinamento giuridico italiano, efficacia non abrogata, né abrogabile, dalla normativa interna che, pur riconoscendo l'adozione di minori alle sole coppie unite da vincolo coniugale, non rende inammissibile l'istanza di adozione di un soggetto minore di età da parte di persona singola, in aggiunta alle ipotesi di cui all'art. 44, comma 3, della legge italiana sull'adozione. La disposizione in commento – nell'ottica della Cassazione – deriva da una fonte imputabile ad una competenza atipica, insuscettibile di abrogazione o modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria successiva, secondo quanto prescritto dall'art. 10, comma 1, Cost.

La *querelle* è stata poi sollevata dalla Corte d'Appello di Roma[25], che riteneva non manifestamente infondata, in ordine agli artt. 3, 29 e 30 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della Convenzione europea, nella parte in cui consente senza limiti l'adozione di un minore da parte di una persona singola. La Corte costituzionale[26] ha dichiarato, con sentenza interpretativa di rigetto, la questione non fondata: la norma impugnata non è autoapplicativa; essa delimita l'ambito delle scelte legislative in relazione alla legittimazione dell'adozione dei minori, senza vincolare gli Stati aderenti ad accogliere tutte le opzioni. La Consulta,

[24] Corte App. Roma, 28 novembre 1994. Per un commento, si veda F. BIANCO, *I recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di adottabilità di un minore da parte di persona sola*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Vol. 24, n. 1, 1995, 1020-1026; M. ASTONE, *L'adozione del minore da parte del singolo*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Vol. 24, n. 1, 1995, 517-527; F. C. EMANUELE, *Nuove prospettive in tema di adozione del "single"*, *Il diritto di famiglia e delle persone*, Vol. 24, n. 1, 1995, 527-534.

[25] Corte App. Roma, 25 settembre 1993, con commento di L. ROSSI CARLEO, *Molto rumore per nulla: l'adozione da parte del singolo*, in *Giur. it*., 1994, I, 2, 239-242; A. BEGHE' LORETI, *La normativa internazionale e quella italiana in tema di adottabilità di un minore da parte di persona singola*, in *Giust. civ*., 1993, I, 2821; D. BONAMORE, *L'adozione speciale deve essere speciale (legittimazione per un solo adottante, art. 6 l. 22 maggio 1984 n. 357)*, in *Giust. civ*., 1994, I, 247.

[26] Corte cost., 16 maggio 1984, n. 183. Su tale sentenza, si veda M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale esclude l'adozione da parte del singolo…e dà consigli al futuro legislatore*, in *Giur. cost*., 1994, 1642; D. BONAMORE, *Il principio di razionalità e verità della legge, le sentenze della Corte costituzionale e l'ingresso nell'ordinamento dell'adozione speciale da parte del singolo*, in *Giust. civ*., 1994, I, 1434; E. LAMARQUE, *Adozione da parte del single: fra Corte costituzionale e Corte di Appello non c'è dialogo*, in *Giur. it*., 1995, I, 540.

pur marcando l'esigenza sottesa all'istituto in esame di inserire il minore abbandonato in una famiglia, ha specificato che, ferma la "corsia preferenziale" per l'adozione da parte di una coppia unita da vincolo matrimoniale, ai sensi degli artt. 3, 29 e 30 Cost., nulla escluda un'innovazione legislativa che consenta la possibilità che l'adozione da parte del singolo "sia giudicata in concreto più conveniente all'interesse del minore". Tale contrasto interpretativo è stato definito dalla Suprema Corte[27]: la norma pattizia di cui all'art. 6 della Convenzione soprarichiamata non introduce direttamente, con portata autoapplicativa nei rapporti intersoggettivi, l'adozione del fanciullo anche da parte del singolo, ma si limita ad accordare a ciascuno Stato aderente la facoltà di estendere l'ambito di ammissibilità dell'adozione. Pertanto, non è configurabile nell'ordinamento giuridico nazionale l'adozione da parte del singolo di un minore alle stesse condizioni e con gli stessi effetti previsti per i coniugi. La decisione della Suprema Corte, in linea con quanto statuito dalla Consulta, pone in luce come gli artt. 25, commi 4 e 5, e 44 della legge del 1983 non derogando ai principii generali dell'istituto, abbiano carattere particolare e non eccezionale, realizzando *"una tecnica alternativa di attuazione della finalità primaria dell'adozione che è quella di assicurare al minore, che ne è privo, l'effettività di una vita familiare: inteso "per famiglia" il luogo degli affetti indipendentemente dal numero dei suoi componenti. Dal che ancora il corollario di una non pregiudiziale esclusione di una interpretazione estensiva od analogica delle riferite disposizioni, in quanto appunto non eccezionali"*. Con particolare riguardo alla non eccezionalità degli artt. 25, comma 4 e 5, e 44 della legge del 1983, una parte della dottrina sostiene che le norme sopracitate, essendo volte al perseguimento dello stesso scopo dell'istituto, tendono alla realizzazione *"del valore intrinseco dell'adozione ricorrendo a una forma diversa di adozione"*[28], e dunque, non derogano ai principi generali dell'istituto. L'eccezione – ad avviso di tale indirizzo

[27] Cass. 21 luglio 1995, n. 7950. Per un commento, si veda A. GABRIELLI, *L'adozione del "single" tra normativa convenzionale e diritto interno: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Giur. it*., 1997, I, 1697; F. BIANCO, *L'adozione dei singoli e la tutela dell'interesse del minore*, in *Dir. famiglia*, 1996, 490; F. CRISTIANI, *Sull'adozione da parte di singolo*, in *Nuova giur. comm*., 1996, 5 ss.

[28] F. RUSCELLO, *L'adozione da parte del singolo: natura non eccezionale della sua disciplina normativa e diritto alla famiglia*, in *Esercitazioni di istituzioni di diritto privato*, a cura di S. GIOVE, F. RUSCELLO, Foggia, 1996, 39.

– non riguarda la norma, bensì la condizione dell'adottando. Dalla definizione concessa dalla Suprema Corte di norma eccezionale (l'eccezione dipende dall'agire in deroga ai principi generali dell'istituto) traspare una prospettiva differente: ad essere eccezionale non è, infatti, la condizione dell'adottando, ma è essa, vista la sua particolarità, a determinare l'eccezione nella disciplina ordinaria[29].

La vicenda ha indotto la dottrina a soffermarsi anche sui contenuti dell'ordine di esecuzione della Convenzione di Strasburgo, nonché se lo stesso imponga o meno l'obbligo per gli Stati aderenti di ammettere l'adozione da parte della persona singola. In tale senso, si constata che il testo dell'art. 6, oltre ad essere espresso in forma negativa, determina una sostanziale alternativa in relazione ai soggetti legittimati ad adottare, i coniugi sposati da almeno i due anni ed il *single*; tale alternativa trova conferma nell'impiego della particella disgiuntiva *ou*, preferita alla congiunzione *et*. Un'ultima osservazione attiene al carattere *self-executing* della norma, negato sia dalla Consulta, sia dalla Suprema Corte. Tale interpretazione prende le mosse dal presupposto che la Convenzione di Strasburgo detta le linee guida della normativa, affidando così al legislatore interno il compito di determinare, attraverso la legge, i contenuti dell'istituto entro i confini tracciati dalla Convenzione[30].

Recentemente, la Corte di Cassazione[31] ha ribadito che l'adozione legittimante è consentita solo alle coppie unite in matrimonio, dovendosi escludere che i singoli possano ottenere il riconoscimento in Italia dell'adozione di un minore pronunciata all'estero con effetti legittimanti. Al contempo, la Suprema Corte ha aggiunto che il legislatore potrebbe provvedere, in presenza di specifiche circostanze, ad un ampliamento dell'ambito di ammissibilità dell'adozione di minore da parte di persona non coniugata anche con gli effetti dell'adozione legittimante.

5. Il vincolo coniugale come ostacolo di accesso all'adozione

[29] Tra i sostenitori dell'eccezionalità della previsione normativa, si veda L. SACCHETTI, *Il commento dell'adozione e dell'affidamento*, Rimini, 1986, 321; L. ROSSI CARLEO, *Voce Adozione dei minori*, in *Enc. dir*., I, Agg., Milano, 1997.

[30] In linea con tale interpretazione, C. FIORAVANTI, *L'adozione in base all'art. 6 par. 1 della Convenzione di Strasburgo*, in *Nuove leggi civ*., 1993, 1400.

[31] Cass. 14 febbraio 2011, n.3572.

L'art. 6 della legge n. 184/1983 prevede che possono accedere all'istituto solo le coppie sposate almeno da tre anni, ritenute affettivamente idonee e in grado di educare, istruire ed educare i minori. La disciplina sull'adozione, dunque, esprime un evidente *"disfavore verso comunità familiari diverse da quelle fondate sul matrimonio"*[32]. La ragione di tale decisione risiede nella volontà di *"non solo imitare la natura in genere, non solo cercare un idoneo ambiente secondo i criteri della sufficienza o della media, ma cercare quello che…si presenta come l'optimum"*[33].

Il legislatore ritiene che il vincolo coniugale garantisca la migliore condizione per la crescita e lo sviluppo del fanciullo, in virtù della solidità del rapporto tra le parti consacrato dall'atto giuridico. In passato, la stessa giurisprudenza costituzionale ha prestato attenzione ai nuovi modelli familiari, ammettendo di non poter *"ignorare, per un verso, il sempre maggiore rilievo che, nel mutamento del costume sociale, sta acquistando la convivenza more uxorio, alla quale sono state collegate alcune conseguenze giuridiche"*[34]. In considerazione di ciò, assume peso la considerazione secondo cui la solidità della vita coniugale risulti, oltre che da una convivenza conseguente alle nozze protratta per taluni anni, anche da un più lungo periodo, precedente al matrimonio, caratterizzato da una stabile e completa comunione di materiale e spirituale di vita della coppia medesima, che acquisisca con l'atto giuridico forza vincolante. A tale proposito, occorre

precisare che il riferimento alla convivenza di fatto è stato introdotto soltanto ai fini della valutazione dell'idoneità della coppia, già coniugata al momento della domanda di adozione.

L'Italia rientra i pochi Paesi che limitano l'adozione alle sole coppie coniugate. È interessante constatare però come la maggior parte delle adozioni continua ad essere disposta a favore di coppie unite in matrimonio, anche nei Paesi che ammettono l'adozione da parte dei *single*. Tuttavia, il predetto approccio non si

[32] Così, F. M. SCARAMUZZINO, *sub. Art. 6*, in *Commentario breve al diritto della famiglia* (a cura di A. ZACCARIA), II ed., Padova, 2011, 1843-1845.

[33] Così, L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Vol. IV, Tomo 3, Torino, 2002, 348.

[34] Corte cost. 6 luglio 1994, n. 281.

dirittifondamentali.it

traduce in una sorta di diritto di esclusiva, ma solamente in una preferenza (accentuata) rispetto all'altro modello sussistente, quella della convivenza[35].

Se è vero che il legislatore nazionale riserva precedenza al modello coniugale, prevedendo solo "casi particolari" di adozione da parte del *single*, è pur vero che tale forma di adozione, non essendo legittimante, complica l'integrazione del minore nella famiglia adottiva, facendo rivivere il rapporto con la famiglia d'origine. In tale senso, si pone la questione se l'interesse del minore richieda preferibilmente l'adozione piena[36]. Una prima "pecca" del legislatore italiano è quella di ritenere *a priori* che la mancanza del vincolo matrimoniale possa consentire l'esclusione dei conviventi dalla valutazione in concreto della loro idoneità all'adozione. Il fermo rifiuto di equiparare, ai fini della valutazione di idoneità all'adozione, la coppia coniugata e la coppia convivente non trova supporto: è emblematico – a giudizio di chi scrive – escludere *ab origine* che i requisiti psico-affettivi per l'adozione non sussistano nella famiglia di fatto[37].

L'irragionevolezza della normativa in materia è confermata dal confronto con la procreazione medicalmente assistita: la legge, infatti, consente ai conviventi di accedere alle tecniche[38]; essa, però, non riporta i caratteri della convivenza e non contempla una durata minima di anteriore alla richiesta di procreazione assistita. La legge n. 40/2004[39], poi, non detta regole in ordine all'accertamento e all'eventuale documentazione della convivenza della coppia di richiedenti. Con riguardo all'omessa previsione di una durata minima della convivenza, si è sostenuto che, al solo fine di assicurare al nascituro la possibilità di essere cresciuto da entrambi i genitori, il concetto di "convivenza" deve interpretarsi come necessariamente implicante quello di stabilità. In concreto, essa richiede la presenza

[35] Sul punto, si veda G. OBERTO, *I diritti dei conviventi realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012.

[36] G. FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiari nei recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. per. succ*., 2012, 281 ss.

[37] Sulla scomoda "compresenza" dei due modelli di famiglia, si veda V. TONDI DELLA MURA, *I diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti dei conviventi: verso la liberalizzazione di modelli familiari?*, in *Tema di diritto costituzionale*, Torino, 2013, II ed., 259-278.

[38] Secondo M. R. MARELLA, *voce Adozione*, in *Digesto*, IV ed., Agg., Torino, 2000, 1, la rigidità della disciplina attuale giustifica una "fuga" verso le tecniche di riproduzione assistita.

[39] L. 19 febbraio 2004, n. 40 *("Norme in materia di procreazione medicalmente assistita")*.

di una organizzazione di vita comune[40], caratterizzata da elementi soggettivi, tra cui l'intenzione di mantenere nel tempo un rapporto analogo a quello coniugale, ed oggettivi, quali la coabitazione.

Quel che maggiormente colpisce è la persistente devozione giurisprudenziale in ordine al paradigma coniugale, sul quale l'interesse del minore non sembra incidere più di tanto. È ormai assodata la riformata concezione della relazione genitori-prole: la genitorialità[41] non si concretizza nella mera trasmissione del proprio patrimonio genetico, ma in un complesso di atteggiamenti e condotte affettive che consentono una serena crescita del minore.

6. Oltre la querelle: il preminente interesse del minore

Come noto, la realizzazione ottimale dell'interesse del minore è collegata dal legislatore nazionale all'integrazione dello stesso nell'ambito di una famiglia legittima. L'attuazione dell'interesse del minore è realizzata dalla riforma del 2001, principalmente con l'affermazione di principio, contenuta all'art. 1 della legge[42], ai sensi della quale il minore ha diritto non già *"ad una famiglia"*, bensì a crescere ed essere educato nell'ambito *"della propria famiglia"*. Pertanto, solo nel momento in cui quest'ultima non risulta in grado di provvedere alla sua educazione e alla sua crescita, per il minore sorge l'interesse ad essere inserito in nucleo familiare diverso da quella di origine, idoneo ad assicurargli quanto necessario per il suo sviluppo, con conseguente ricorso all'istituto in esame.

Il superiore interesse del minore è inteso in senso complessivo, relativamente non solo agli effetti meramente materiali e giuridici dell'adozione, ma anche in relazione alla stabilità, dedizione, affetto e sostegno, imprescindibili per lo sviluppo

[40] Per M. SEGNI, *Conviventi e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ*., 2007, 12, "prima ancora che organizzazione comune della vita, convivenza stabile deve infatti significare assenza di ogni elemento giuridico che possa costituire turbativa, o che addirittura possa far diventare illegittima la convivenza stessa".

[41] Con riguardo alla rinnovata concezione di "genitorialità", si veda G. ROSSI, *Verso una nuova genitorialità*, in *Riv. di studi fam.*, n. 1, 2007; R. ROSNATI, R. IAFRATE, *Riconoscersi genitori. I Percorsi di Promozione e Arricchimento del Legame Genitoriale*, Trento, 2007; M. NALDINI, *La transizione alla genitorialità. Da Coppie Moderne a Famiglie Tradizionali?*, Milano, 2015.

[42] Sul tema, si veda F. UCCELLA, *Il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nella propria famiglia: un nuovo principio fondamentale in tema di filiazione*, in *Vita notarile*, 2001, 658 ss.

del minore, o all'ambiente sociale ed educativo. In aggiunta, occorre tenere presente che l'interesse del minore viene valutato dalla giurisprudenza in merito alla specificità del caso concreto: la singola adozione comporta un accertamento caso per caso. La dottrina si è soffermata lungamente sul legame adozione-interesse del minore con riguardo al fenomeno omossessuale[43].

In tale senso, il Tribunale dei minorenni, ha statuito che *"non sono né il numero né il genere dei genitori a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano. (...) Ciò che è importante per il benessere dei bambini è la qualità dell'ambiente familiare che i genitori forniscono loro, indipendentemente dal fatto che essi siano dello stesso sesso o che abbiano lo stesso orientamento"*[44]. Pertanto, ove l'adozione a persona omossessuale si manifestasse come la migliore possibile, non dovrebbero frapporsi ulteriori ostacoli. In tale contesto, assumono rilievo le considerazioni rilasciate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: essa ha dichiarato che, pur non potendosi ricavare dalla CEDU il diritto di adottare, non deve essere esclusa la possibilità per la Corte di accertare la sussistenza di discriminazioni irragionevoli provocate dalle legislazioni nazionali.

In particolare, nel caso *Fretté c. Francia*[45], avente ad oggetto il diniego disposto dalle autorità francesi all'autorizzazione ad adottare un bambino da parte del singolo, la Corte EDU ammette che l'omosessualità dichiarata dal ricorrente ha inciso nettamente sulla decisione di rifiutare l'autorizzazione all'adozione, sebbene finalizzata a perseguire l'interesse del minore. Alla luce dell'ampio margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati (determinato dall'omissione di un consenso

[43] In particolare, tra i tanti, si veda L. GIACOMELLI, *"I ragazzi stanno bene". La famiglia omosessuale, i best interests of the child e il silenzio legislativo*, in *Jura Gentium*, n. 1, 2016; M. PLUTINO, *Quale "interesse del minore" nella legge sulla disciplina delle coppie di fatto e delle unioni civili?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 2016; B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017; L. GIACOMELLI, *Tutela dei minori e pragmatismo dei giudici: verso il riconoscimento delle "nuove" forme di filiazione e genitorialità*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2018; M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, 219-278;

[44] Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, 2014, n. 299.

[45] Corte EDU, 26 gennaio 2002, *Fretté c. Francia*. Sulla pronuncia, si veda E. VARANO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare*, in *Familia*, 2003, n. 2, 537 ss.

comune), la Corte EDU valuta le giustificazioni del Governo francese obiettive e ragionevoli; di conseguenza, non sussiste discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, date le divergenze rilevate intorno agli effetti sui minori delle adozioni da parte di uno o più individui *omosex*. Essa condivide l'assunto secondo cui il preminente interesse del minore giustifica il diniego del diritto ad accedere alla procedura di valutazione di idoneità ad adottare qualsiasi minore da parte di qualsiasi *single* omosessuale, constatata la mancanza del consenso della comunità scientifica sulle conseguenze di tale adozione. Nel conseguente caso *E. B. c. Francia*[46], la Corte di Strasburgo adotta un approccio opposto, ritenendo che il mancato riconoscimento dell'idoneità di un individuo all'adozione incentrato sull'orientamento sessuale costituisca violazione degli artt. 8 e 14 CEDU[47]. La Corte EDU, poi, ritiene contraddittoria la richiesta della presenza di una seconda figura genitoriale. Sotto tale profilo, essa precisa che, nonostante la convivente dell'aspirante avesse dichiarato di non volere aderire al progetto educativo del minore adottato, tale circostanza (rientrando nella valutazione concreta dell'interesse del minore) non è idonea a superare l'irragionevolezza dell'ulteriore considerazione posta alla base del rigetto all'adozione, nonché quella inerente all'assenza nel nucleo familiare di una persona di sesso diverso rispetto a quello dell'aspirante adottante.

In definitiva, se l'adozione presenta una matrice solidaristica[48] e ricorrendo a tale istituto si adempie un "dovere di solidarietà" nei confronti del minore, è concretizzabile un'apertura dell'adozione nazionale e internazionale anche ai *single*, in considerazione della tutela dell'interesse dello stesso.

[46] Corte EDU, 2 gennaio 2008, *E.B. c. Francia*. Per un commento, si veda E. FALETTI, *La Corte europei dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte dei single omosessuale*, in *Fam. e dir*., 2008, 221 ss; E. LAMARQUE, *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, in *Quad. cost*., 2008.

[47] Sul punto, si veda C. DANISI, *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 14 marzo 2010.

[48] Come sottolineato da R. TOMMASINI, *Note introduttive agli artt. 44-55*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, Padova, VI, 2, 1993, 458.

7. *Conclusioni*

A fronte di quanto esposto in relazione al mancato riconoscimento del diritto di accedere alla procedura di adozione per i *single*, occorre riservare spazio al concetto di nucleo familiare idoneo all'adozione. Oggetto di discussione sono il modello tradizionale di famiglia[49], come inteso e recepito nei testi legislativi nazionali, ed i nuovi modelli familiari, affioranti dall'evoluzione sociale degli ultimi anni[50]. È ormai consolidato che i nuclei familiari presentino fisionomia e tratti caratteristici diversi rispetto al passato. In linea generale, la famiglia, quale fondamentale centro degli affetti e di un progetto di vita condiviso, si palesa in una duplice veste: quella di ambito primario dello sviluppo e della realizzazione della personalità umana. In concreto, essa concorre, insieme alle altre formazioni sociali, a definire il tessuto sociale: *"il valore delle formazioni sociali, tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani"*[51].

A parere di chi scrive, il fulcro attorno al quale l'intero sistema ruota rimane sempre l'interesse preminente del minore: esso è un valore accentuato nelle disposizioni dei trattati internazionali sui diritti dei fanciulli[52], che assume i

[49] Sul modello tradizionale di famiglia, si veda G. GANDOLFI, *Alcune considerazioni ('de iure condendo') sulla famiglia "naturale"*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 97, 1974, 211-224; R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 2000, 1066 ss; A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia della Costituzione)*, in *Quad. Cost.*, 2007, 751 ss; I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come "società naturale" fondata sul matrimonio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 31 dicembre 2008.

[50] La dottrina si è posta il problema se sussista un modello unitario di famiglia, ovvero se, tenendo conto delle molteplici articolazioni sociali e aggregazioni non fondate sul matrimonio, debba giungersi alla conclusione dell'esistenza di una pluralità di modelli familiari. A tale proposito, si veda P. ZATTI, *Introduzione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, I, Milano, 2002, 3 ss; F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 517; G. FERRANDO, *Il matrimonio, in Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, P. SCHLESINGER, V, Milano, 2002; G. FREZZA, *Premessa*, in *Trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2005.

[51] Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494.

[52] Art. 3 Convenzione di New York sui diritti del fanciullo: "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente". Sulla Convenzione, si veda S. ARBIA, *La Convenzione ONU sui diritti del minore*, in *Dir. uomo*, 1992, 39 ss.

caratteri di un diritto soggettivo del minore ad un contesto familiare idoneo a garantirne la crescita e lo sviluppo[53], anche in un ambiente sociale differente da quello di origine. A ben vedere, il nostro legislatore ha prestato attenzione, per la prima volta, all'interesse del minore in materia di adozione, con la legge n. 431/1967, consentendo l'adozione dello stesso, anche se figlio legittimo, da parte di coppie unite in matrimonio, con l'effetto di recidere i legami giuridici con la famiglia naturale e instaurarne di nuovi con i genitori adottivi.

Alla base dell'istituto in commento vi è l'idea che l'interesse del minore debba ricevere prioritaria tutela, non solo rispetto a quello degli adulti, ma anche a quello della stessa istituzione familiare. Come espresso in dottrina, l'adozione è anche la sede in cui, fronteggiandosi diritti degli adulti e diritti dei minori, si è assistiti ad una eterogenesi dei fini *("la dichiarata priorità dell'interesse del minore si risolve nell'effettiva promozione dell'interesse degli adulti")*[54].

Nel corso del tempo, si è avvertita fortemente la necessità di assicurare ai figli un "collante"[55] che li mantenesse ancorati ai genitori indipendentemente dalla sussistenza di un rapporto giuridico tra essi, in modo tale che i loro interessi trovassero piena tutela e protezione a prescindere dal legame tra chi li aveva procreati. Nella pronuncia in esame emerge come l'interesse della famiglia sia sovraordinato all'interesse del minore, quale parte vulnerabile della relazione familiare. Il divieto di accesso all'istituto adottivo da parte dei singoli risulta – a giudizio di chi scrive – pregiudizievole per lo stesso minore.

Al diritto alla genitorialità del minore corrisponde un diritto alla genitorialità per il padre e la madre, in presenza o meno del vincolo coniugale.

Art. 24, par. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: "In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente".

[53] Sul punto, si veda G. SCIANCALEPORE, *Il diritto del minore alla propria famiglia*, in *Le adozioni nella nuova disciplina. Legge 28 marzo 2001, n. 149* (a cura di G. AUTORINO STANZIONE, P. STANZIONE), Milano, 2001, 1-48.

[54] Così, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1, 2016, cit., 95.

[55] M. SIESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Famiglia e minori*, n. 7, 2021, 765.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 4 febbraio 2022

Osservazioni sul carcere. Per il contenimento della violenza punitiva

di
Attilio Alessandro Novellino*

Sommario: 1. Un'archeologia dell'istituzione carceraria 2. Antropologia della pena e uso dei corpi 3. Un antidoto alla vendetta 4. Decriminalizzazione e giustizia riparativa 5. Rieducazione e riappropriazione dell'umano.

1. Un'archeologia dell'istituzione carceraria

La carcerazione, in quanto pratica di segregazione all'interno di un'istituzione, può porsi in contrasto con alcuni fra i principali diritti su cui si fonda lo Stato di diritto - legalità, uguaglianza, rispetto della dignità della persona - nel caso in cui ad essa non si accompagnino precise garanzie.

Le gravi disfunzioni, determinate dall'esecuzione della pena in strutture penitenziarie che, in un paese come l'Italia ad esempio, si dimostrano del tutto inadeguate a garantire la tutela della dignità degli ospiti[1], dall'accettazione di fatto di una gerarchia carceraria basata sulla forza dei clan[2], di cui si compone la

*Dottore di ricerca in "Teoria del diritto e ordine giuridico ed economico europeo" presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro, dipartimento di scienze giuridiche, storiche, economiche e sociali.

[1] M. MIRAVALLE e A. SCANDURRA (a cura di), *Il carcere secondo la Costituzione. XV Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, Antigone, Roma, 2019; XVI *Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione* a cura dell' Associazione Antigone, Roma, 2020; D. MARIOTTI, *Sorvegliare o punire?*, in *L'altrapagina*, n. 5., 2020 (maggio), pp. 48-49.

[2] Sul punto si leggano alcune osservazioni in: C. ODDONE, L. QUEIROLO PALMAS, *Dalle gang al carcere: vissuti della detenzione in Studi sulla questione criminale*, 2011, n. 1, p. 58; R. RICUCCI, *Carcere e immigrazione. La popolazione detenuta straniera negli istituti di pena piemontesi, IRES - Istituto di Ricerche Economico Sociali del Piemonte,* Torino, 2015, p. 33.
In merito alla tendenza dei gruppi a formare gerarchie ed etiche di comportamento all'interno dei penitenziari, si rinvia a: D. SUDNOW, *Reati normali. Aspetti sociologici del codice penale nella*

Contributo sottoposto a referaggio

popolazione carceraria, affidatari del controllo della comunità, dalle disparità che rendono la pena di ogni carcerato nel concreto differente da quella di ogni altro individuo similmente condannato[3], risolvendosi così in discriminazioni o privilegi[4], non esauriscono la problematica relativa al carcere.

Può essere utile ripercorrere brevemente la storia delle punizioni e dei sistemi punitivi che Foucault traccia in *Sorvegliare e punire*[5] per individuare, con maggior chiarezza, le funzioni che la storia della coercizione pubblica ha lasciato in eredità al carcere e ricostruire un significato inaccessibile, se non attraverso una ricostruzione storico-filosofica condotta secondo una prospettiva archeologica.

Un'indagine del genere facilita la comprensione del ruolo che l'istituzione carceraria riveste all'interno del dispositivo disciplinare e delle relazioni che intrattiene con gli altri sistemi di potere-sapere.

Le basi, le regole e i principi dell'attuale complesso scientifico-giudiziario che amministra il potere di punire possono essere individuate esclusivamente tracciandone una genealogia, considerando quindi la punizione come l'esito di una tattica politica che realizza una funzione sociale complessa. Una strategia connessa all'affermazione di un sapere epistemologico-giuridico nel quale confluiscono scienze umane e penali.

---

difesa d'ufficio, in A. DAL LAGO, P. P. GIGLIOLI Pier (a cura di), *Etnometodologia*, il Mulino, Bologna, 1983.

[3] L. FERRAJOLI, E*mergenza penale e crisi della giurisdizione*, in "*Dei delitti e delle pene*", II, 2, pp. 271-292; M. GRONCHI, A. TRENTINI, *La speranza oltre le sbarre. Viaggio in un carcere di massima sicurezza*, Cinisello Balsamo (Mi), Edizioni San Paolo, 2018; G. Torrente, *Le regole della galera. Pratiche penitenziarie, educatori e processi di criminalizzazione*, L'Harmattan Italia, Torino, 2018; AA. VV., *Dentro il 41-bis: riflessioni costituzionalmente orientate sul regime differenziato*, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 1-bis.

Per quanto riguarda la problematica della detenzione di persone affette da particolari patologie o condizioni di vulnerabilità si segnalano: *Gruppi di detenuti in situazioni di vulnerabilità*, *Manuale per il monitoraggio*, Studio promosso dall'Associazione Antigone, consultabile sul sito dell'Associazione; E. BIGNAMINI, S. ZAZZA, L. IERARDI, E. TETA, *Carcere e clinica delle dipendenze. Quali le sfide da affrontare per mantenere terapeutico un sistema di cura?*, in Mission, n. 49, 2018 (gennaio), pp. 16-19.

[4] A. BARATTA, *Sistema penale ed emarginazione sociale*, in *La questione criminale*, 1 anno 2° gennaio/aprile, Il Mulino, 1976, pp. 237-261; F. VIANELLO, *Sociologia del carcere*, Roma, Carocci, 2019.

[5] M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 1993.

Nelle sue lezioni tenute al *Collège de France* dal novembre del 1971 al marzo del 1972, Foucault, ancor prima che in *Sorvegliare e punire*, traccia la genealogia del sistema penale repressivo a partire dallo studio dell'insurrezione dei Piedi scalzi in Normandia (1639-1640)[6]. Secondo Foucault questa rivolta, tenuto conto delle matrici giuridico-politiche da cui traeva origine e della convergenza di interessi dei rivoltosi con quelli della borghesia, del parlamento e di parte della nobiltà, costituì l'occasione per l'instaurazione di un nuovo sistema repressivo da parte del potere regio. Il suo esito fu, infatti, la creazione un dispositivo di potere statale con l'obiettivo principale di difendere il proprio ordine opponendosi a qualunque attacco. Questo potere, le cui connessioni con l'ambito del sapere sono così profonde da non essere chiaramente distinguibili, produsse la nozione stessa di delinquenza, nel suo tentativo di sostituirsi alle istituzioni e alle pratiche giudiziarie del Medioevo. A partire da questo momento, la giustizia si configura esplicitamente come sistema di repressione delle rivolte tramite segregazione degli individui più che come apparato capace di assicurare la circolazione delle ricchezze; la giustizia (armata) può essere, ora, identificata come uno dei luoghi in cui il potere viene esercitato.

Al riguardo osserva Foucault: "Il contrario del sistema repressivo non è la delinquenza, ma la lotta popolare, la lotta del popolo contro il potere. È a questo che reagisce un sistema repressivo. Quanto alla delinquenza, è un effetto di questo sistema repressivo. Intendo dire che un sistema repressivo mette in atto un certo numero di modalità di prevenzione, di precauzione, di interventi precauzionali, di sorveglianza costante – formulate per mezzo di interdizioni e minacce sotto forma di leggi o consuetudini; - che in questo modo definiscono condotte e

[6] Sommossa popolare contro il fisco innescata nel 1639 in occasione della cancellazione del *quart-bouillon* alla Bassa Normandia, un privilegio che consentiva la raccolta libera di sale e la rivendita di un quarto della raccolta al re, e sedata nel 1640. La rivolta fu sedata grazie all'intervento del cancelliere Pierre Séguier (Parigi 1588 – Saint Germain en Laye 1672), noto anche per la sua collaborazione alla riforma della giustizia francese, il quale per la prima volta poté dirigere un corpo militare statale indipendente dalla persona del re. La messa in scena di una repressione che Foucault definisce teatrale, realizza plasticamente la saldatura tra potere-sapere e guerra.

comportamenti delinquenti, - e che permettono di far valere come sanzione della delinquenza qualcosa che è fondamentalmente prevenzione della sedizione popolare"[7].

La storia della penalità, la sua trasformazione da afflizione del corpo a strumento di disciplina, rifletterebbe secondo il filosofo francese, una mutazione nell'atteggiamento che il potere intrattiene nelle sue relazioni con i corpi degli individui su cui si dispiega.

Il sistema punitivo francese fra il XVIII e l'inizio del XIX secolo era basato sul supplizio. L'inflizione della sofferenza aveva carattere spettacolare e si realizzava mediante molteplici atrocità che potevano cagionare la morte, decapitazione, squartamento, impiccagione, o determinare gravi lesioni, mutilazioni; torture praticate con diversi strumenti appositamente creati.

Anche pene meno severe, molto comuni e non direttamente corporali come il bando e l'ammenda, venivano ricondotte alla dimensione del supplizio attraverso una serie di sanzioni accessorie volte all'inflizione del dolore e all'esposizione al pubblico ludibrio: esposizione al palo, collare di ferro, gogna, frusta, marchio.

La partecipazione di un pubblico e la teatralità delle operazioni permette di configurare l'inflizione della pena come una vera e propria liturgia della punizione finalizzata a marchiare indelebilmente il reo. Le cicatrici rimarranno sul suo corpo e il ricordo abiterà per sempre la sua memoria.

Il crimine è un'offesa al sovrano, una sfida lanciata alla sovranità attraverso la violazione della legge che la pena, in un'ottica retributiva, ha il compito di trascendere, annullando la violenta sfida lanciata dal criminale. La superiorità del sovrano deve essere riaffermata sul corpo del reo adoperando una violenza, commisurata in eccesso alla natura del fatto delittuoso, che realizza una vendetta, riafferma la verità e rinsalda il potere.

"Il supplizio giudiziario deve essere inteso anche come rituale politico. Fa parte, sia pur in modo minore, delle cerimonie con cui il potere si manifesta. Il supplizio ha

[7] M. FOUCAULT, *Teorie e istituzioni penali, Corso al Collège de France (1971-1972)*, Feltrinelli, Milano, 2019, p. 120.

dunque una funzione giuridico-politica. Si tratta di un cerimoniale per ricostituire la sovranità, per un istante ferita"[8]

Mentre le fasi della raccolta delle prove o degli indizi a sostegno dell'accusa, che poi dovevano necessariamente portare ad una confessione ottenuta anche mediante tortura, si svolgevano in segreto, la partecipazione del pubblico al rituale dell'inflizione della pena era di fondamentale importanza. Il popolo, non semplice spettatore, era chiamato infatti a svolgere un ruolo di attiva partecipazione alla vendetta del potere sovrano, doveva entrare in contatto con una forza mostruosa e brutale, prenderne conoscenza diretta e conservare la memoria della sua grandezza.

Nel tempo però una diversa reazione del pubblico si aggiunse a questa reazione prevista. Sempre più spesso il popolo, percependo la minaccia proveniente da un potere smisurato, prendeva le parti del condannato, opponendosi o rendendo materialmente impossibile l'esecuzione della pena e solidarizzando con i criminali che cominciavano ad essere celebrati come eroi. Oltre a questa disfunzione, il sistema punitivo spettacolare basato sul supplizio, presentava un'altra criticità fondamentale che contribuì a segnarne il tramonto. Non era in grado di perseguire la maggior parte dei reati minori e ciò aveva alimentato un clima di illegalismo diffuso necessario per la sopravvivenza e l'esistenza stessa dei ceti minori. Finché questa evenienza ha incontrato l'interessi dei ceti medi e alti, non si è manifestato nessun bisogno di riformare un sistema punitivo violento e disumano, ma quando l'incremento demografico, l'espansione della proprietà terriera e la crescita delle ricchezze determinarono un miglioramento delle condizioni di vita della borghesia, il complesso di piccoli reati che avevano per oggetto il patrimonio risultò presto incompatibile con i nuovi equilibri economici. Le pratiche illegali aventi per oggetto beni e finalità prevalentemente di sopravvivenza non venivano tollerate dalla borghesia, ceto che aveva potuto affermarsi tramite un illegalismo dei diritti e che aveva sostenuto, perché direttamente interessata, diverse manifestazioni di criminalità popolare, come per esempio il contrabbando o alcune forme di evasione

[8] M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, *cit.*, p. 17.

dirittifondamentali.it

fiscale, ma che era divenuta insofferente rispetto agli attacchi ai propri possedimenti.

Nella ridefinizione delle pratiche punitive di cui si iniziò a discutere alla fine del XVIII secolo, la borghesia, insofferente nei confronti della microcriminalità e ormai titolare secondo Foucault di un 'infrapotere', incontrò il favore del sommo potere del sovrano.

La pena che la riforma[9] definì assunse un nuovo ruolo, espressione della mediazione tra le due forme di potere, divenendo una pena rappresentativa. Non la vendetta del sovrano, ma la difesa della società era il suo compito. L'umanità della pena, la protezione del corpo del criminale, più che a ragioni di civiltà, rispondevano all'esigenza di arginare l'impeto del potere del sovrano, delimitare il perimetro del suo possibile intervento e garantire uno spazio nelle geometrie del potere all'interno del quale la borghesia potesse trovare una collocazione. Il fulcro delle attenzioni punitive non era più il corpo del delinquente. Si puntava più in alto. Una difesa della società più efficace poteva attuarsi aggredendo le sue idee, il suo animo, la sua persona.

Alleggerita dagli orpelli gotici che accompagnavano il supplizio, la giustizia penale può agilmente rivolgersi ad una serie di manifestazioni criminali che non era in grado di perseguire con un notevole risparmio in termini di costi economici e politici. Per scongiurare il pericolo che alcune delle offese arrecate alla società passino inosservate è necessaria una sorveglianza costante che deve essere esercitata da un copro specializzato, la polizia, che supportando l'apparato della

[9] Tra i pensatori francesi che insieme a Beccaria (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, . a cura di F. VENTURI, Einaudi, Torino, 1981), alla fine del XVIII secolo, contribuirono a teorizzare la necessità della mitigazione della pena ricordiamo: Bergasse (N. BERGASSE, *Plaidoyer prononcé à la Tournelle-criminelle, le jeudi 19 mars 1789, par le sieur Bergasse, dans la cause du sieur Kornmann*, Cailleau, Parigi, 1789); Dupaty (C. DUPATY, *Théorie des lois criminelles; suivie du Sang innocent vengé ou discours sur les réparations dues aux accusés innocents.*, t. I, Hachette Livre, Parigi, 2020); Duport (P. LEFÈVRE, Adriean Duport: *L'enfant gâté de la Révolution*, Fauves éditions, Parigi, 2018); Lacretelle (P. L. LACRETELLE, *Discours sur le préjugé des peines infamantes, couronnés à l'Académie de Metz: Lettre sur la réparation qui serait due aux accusés jugés innocens*, Hachette Livre, Parigi, 2017); Pastoret (E. PASTORET, 1790, *Des lois pénales*, Parigi, Buisson, 1790); Servan (J. M. A. SERVAN, *Discours sur l'administration de la justice criminelle,* Kessinger Publishing, Whitefish, 2009); Target (G. J. B. TARGET, *Observations de Target sur le procès de Louis XVI*, Hachette Livre, Parigi, 2013).

giustizia, impedisca la commissione dei reati e permetta di assicurare il colpevole ai pubblici poteri. Anche la tecnica di acquisizione della verità in merito al delitto subisce una radicale riforma. Non sono più sufficienti indizi raccolti in segreto o confessioni estorte mediante torture, per la pronuncia di una sentenza di condanna si rende necessario un procedimento empirico di analisi della realtà attraverso forme rituali e criteri di ragionevolezza logica e filosofica, in mancanza del quale l'imputato deve essere considerato innocente.

La pena incarnò per un breve periodo la forma di un piccolo teatro, un luogo di reclusione dei criminali, aperto alla visione del pubblico, nel quale ciascuno svolgeva un lavoro ed era sottoposto a un castigo in ragione del crimine commesso. In questo modo si consentiva alla società di prendere visione del distino che spetta a chi ha inteso infrangere il vincolo di reciprocità con la comunità e di esercitare un controllo continuo delle attività dei condannati volte a riparare il danno sociale, e di presiedere, quindi, alla redenzione forzata dei delinquenti.

Questo sistema ebbe però vita molto breve e tra la fine del XVII e l'inizio del XIX secolo fu sostituito completamente da un modello punitivo basato sul carcere. La detenzione nelle prigioni non era stata considerata fino ad allora una vera e propria pena, ma una misura ai confini della legalità utilizzata dal sovrano per liberarsi di figure scomode. Lo strumento amministrativo attraverso il quale veniva eseguito l'arresto era una lettera firmata dal sovrano recante l'ordine, denominata *'lettre de cachet*', che nel corso del tempo poteva essere sollecitata anche da soggetti diversi dal monarca, che a vario titolo potevano esercitare un'influenza sui poteri pubblici.

"Esaminando le '*lettre de cachet*' inviate in quantità abbastanza numerosa, si nota che nella maggioranza dei casi non era il re a decidere di inviarle. Lo faceva in certi casi, per gli affari di Stato. Ma la maggioranza di queste lettere - decine di migliaia di '*lettre de cachet*' sono state inviate dalla monarchia - erano in realtà sollecitate da svariati individui: mariti oltraggiati dalle loro spose, padri di famiglia scontenti dei loro figli, famiglie che volevano sbarazzarsi di un individuo, comunità religiose turbate da qualcuno, comuni scontenti del loro curato. Tutti questi individui o

piccoli gruppi chiedevano all'intendente del re una '*lettre de cachet*'; quest'ultimo faceva un'indagine per sapere se la domanda era giustificata"[10].

La carcerazione è quindi, sin dalla sua nascita, uno strumento utilizzato dal sovrano e da gruppi sociali minori riuniti intorno a una parrocchia o una famiglia, un particolare territorio per esercitare un controllo poliziesco sulla moralità altamente arbitrario e strumentale all'espulsione di forme di devianza ritenute scomode e pericolose, secondo valutazioni che non trovano un fondamento nella legge ma nell'interesse particolaristico.

Questo tipo di segregazione si dimostra maggiormente efficace nella riforma del detenuto rispetto a un regime pubblico di lavori forzati, poiché attua un controllo disciplinare in grado di investire la totalità dell'esistenza biologica e sociale del condannato, ma soprattutto viene prescelto per la capacità di soddisfare una precisa istanza del potere. L'isolamento in carcere, venendo ad una delle conclusioni principali di Foucault sul punto, fu la misura più indicata per la fabbricazione di individui all'interno di una società disciplinare che intendeva modellare il comportamento degli esseri umani in ogni aspetto della vita. L'istituto penitenziario permetteva di selezionare la popolazione criminale, separarla dal resto del gruppo sociale e indirizzarla stabilmente sui binari della delinquenza. Una 'tattica di assoggettamento' che più che contrastare il crimine lo produce e lo rinforza[11], attraverso un complesso disciplinare che realizza una economia del dominio sulle infrazioni e consente di distinguere nettamente tra una classe alla quale è affidata la gestione del sistema punitivo e una classe che è votata al crimine. "E se si può parlare di una giustizia di classe, non è solo perché la legge stessa o il modo di applicarla servono gli interessi di una classe, ma perché tutta la gestione differenziale degli illegalismi, con l'intermediario della penalità, fa parte di questi

[10] M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, in *Prigione e dintorni, Detti e scritti tratti dall'«Archivio Foucault*, a cura di A. DAL LAGO, Feltrinelli, Milano, 1997, p. 50.

[11] "La prigione fabbrica delinquenti anche imponendo ai detenuti costrizioni violente; essa è destinata ad applicare le leggi e ad insegnarne il rispetto; ora, tutto il suo funzionamento si svolge sulla linea dell'abuso di potere". M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire, cit*., p. 91.

meccanismi di dominio. I castighi legali sono da porre in una strategia globale degli illegalismi"[12].

Questa opposizione fondativa della società ottocentesca trova nel carcere la sua genesi formale e deve al carcere il suo perpetuarsi nella tarda modernità.

L'attribuzione dei crismi dell'ufficialità ad una soltanto delle differenti forme attraverso la quali la criminalità si manifesta, l'isolamento della stessa come espressione di delinquenza antisociale e rappresentazione di ogni crimine, consente la sopravvivenza di altre forme di illegalità, non perseguite, e spesso intrecciate ad interessi ed attività della classe dirigente o che intrattengono una qualche relazione con gli apparati pubblici.

Secondo Foucault la prigione raggiunge il suo scopo quando riesce "ad organizzare un illegalismo vistoso, definito irriducibile a un certo livello e segretamente utile-riluttante e docile insieme; essa disegna, isola e sottolinea una forma di illegalismo che sembra riassumere simbolicamente tutte le altre, ma che permette di lasciare in ombra quelle che si vogliono o si devono tollerare"[13].

Disconoscendo la 'fenomenologia' della pena carceraria e il suo essere espressione tecnologica di una pianificazione strategica del potere, non è possibile condurre un esame critico della carcerazione e collocarla in un contesto adeguato. Da un lato è necessario considerare l'incidenza, in ogni operazione di selezione dei crimini da perseguire, politica criminale, e segregazione della relativa delinquenza, di una componente di violenza istituzionale rispetto alla quale occorre approntare una serie di garanzie, incapaci probabilmente di determinare una depurazione completa, utili in ogni caso ad attenuare gli effetti lesivi e l'iniquità di un agire strategico.

Dall'altro ogni approccio che si limiti a considerare il carcere come struttura di confine, che pensi di poterlo studiare dall'esterno e che esso sia totalmente separato dal complesso-istituzione che opera nella società dei non devianti, non coglie la sua

[12] M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 94.
[13] *Ibid.*, p. 93.

dirittifondamentali.it

complessa natura di 'dispositivo', o meglio, la sua collocazione all'interno della rete di elementi che, secondo Foucault, compongono il 'dispositivo'.

Se il regime carcerario si impone esclusivamente su una specifica comunità di reclusi, inquadrabili come gruppo sociale determinato, dettando una precisa disciplina di governo dei corpi, degli spazi, del lavoro, del tempo libero e di ogni altra possibile interazione sociale all'interno della struttura, esso rivela un legame con altre istituzioni della società, dalle quali ha tratto un certo modello di organizzazione del controllo, e che investe con importanti effetti di ritorno. La corrispondenza biunivoca tra carcere e società, tra istituto penitenziario e complesso istituzionale civile e militare, può essere compresa se si considera che il modello organizzativo e strutturale del penitenziario venne mutuato da un ambito esterno al penale. Furono i collegi dei Gesuiti, diffusisi già nel XV secolo come luogo di clausura e internamento di vagabondi e mendicanti, ad offrire il modello archetipico della moderna prigione. Dal collegio fu tratto il fondamentale principio della localizzazione elementare o *quadrillage*, ossia quella tecnica di ripartizione degli spazi che assegna ad ogni individuo una precisa collocazione, non a caso il termine cella è rimasto in uso anche nelle prigioni, e consente, attraverso lo smembramento di strutture collettive e assembramenti, di far coincidere lo spazio disciplinare con le unità o i corpi da controllare.

Attorno a questo principio fondamentale si snodano poi una serie di criteri ulteriori che consentono di esercitare un controllo pervasivo e totale sui soggetti che vengono internati, di valutarne continuamento la condotta, sanzionarla, sottoporla a continue verifiche o esami.

Un complesso organizzativo e procedurale che è stato esteso ed adattato a tutte le istituzioni che compongono la società e nelle quali si addestrano, si curano, si educano o si fanno lavorare esseri umani. Scuole, ospedali, case di cura, manicomi, fabbriche sono state organizzate secondo un modello panottico, dalla celebre struttura detentiva immaginata da Bentham che non consentiva ai carcerati di sapere esattamente quando venivano controllati, inducendoli ad agire come se lo fossero in qualunque momento. In questo modo la sorveglianza gerarchica,

coadiuvata da pratiche di capitalizzazione del tempo in funzione del potere e sanzioni tendenti alla normalizzazione, diviene capace di fabbricare individui.

Il carcere rientra nel complesso eterogeneo di elementi, "discorsi, istituzioni, strutture architettoniche, decisioni regolative, leggi, misure amministrative, enunciati scientifici, proposizioni filosofiche, morali e filantropiche"[14], la cui rete forma un 'dispositivo'. Ha perciò una funzione strategica, esprime rapporti di forza ed è legato alla definizione del sapere che il potere determina:

"Il dispositivo è sempre quindi iscritto in un gioco di potere, ma sempre anche legato a uno o alcuni limiti del sapere, che vi nascono ma, allo stesso tempo, lo condizionano. È questo, il dispositivo: delle strategie di rapporti di forze che supportano dei tipi di sapere e sono supportati da essi"[15].

2. Antropologia della pena e uso dei corpi

La comprensione della funzione storica del carcere e la sua collocazione all'interno della rete che costituisce il "dispositivo", consentono di affrontare con maggiore lucidità ogni discorso relativo alla riduzione del ricorso alla detenzione nella prospettiva di un modello di minimo intervento penale.

In particolare, la considerazione del suo essere una risposta ad un'urgenza determinata da specifici rapporti di forza[16] e il legame intimo che intrattiene con il campo dei saperi, suggeriscono una particolare cautela.

Le scienze giuridiche, sicuramente rientranti nel campo dei saperi, contribuiscono a definire rapporti di forza e gerarchie dalle quali sono allo stesso tempo definite. Parlare di carcere, elaborare un modello teorico della pena, vuol dire concorrere alla definizione di criteri per l'applicazione della forza nella società e sull'essere umano. Significa altresì assumersi la responsabilità di indicare una strada seguendo la quale la pena possa sgravarsi dalla sua pesante eredità, ridurre la sua connotazione di sofferenza e divenire strumento di civiltà. "Nei meccanismi

[14] M. FOUCAULT, *Dits et écrits II, 1976-1988*, Gallimar, Parigi, 2001, pp. 299-300.

[15] *Ibid*.

[16] "Il carcere ci dice molto sulla società in cui viviamo: ogni società produce forme punitive che corrispondono ai propri imperativi economici e politici". C. ODDONE, L. QUEIROLO PALMAS, *Dalle gang al carcere: vissuti della detenzione, cit.*, p. 46.

moderni della giustizia penale, permane quindi un fondo «suppliziante», un sottofondo non ancora completamente dominato, ma avvolto, in maniera sempre più ampia, da una penalità dell'incorporeo"[17].

Al dominio di questo fondo torbido della pena che sempre tende a riemergere, come abbiamo visto, si rivolgono i principi meta-teorici di giustificazione e teorico-normativi del diritto penale minimo di Ferrajoli che definiscono un sistema volto al contenimento della violenza e alla tutela della persona offesa e dell'autore del reato. Non si potrebbe raggiungere un risultato simile se non si attribuisse alla cultura, anche a quella giuridica, il ruolo di "custode delle metamorfosi"[18], se essa non conservasse la "la memoria dei progressivi allontanamenti, deviazioni, rimozioni, dalla dimensione originaria delle cose"[19].

La comprensione della pena, e in particolare del carcere, è necessariamente metamorfosi, ossia "incessante rivelazione" del contenuto autentico e inimitabile di una pratica punitiva, delle sue forme, delle sue regole. Può esserci rivelazione solo se alla fuga e alla semplificazione si preferisce l'approfondimento archeologico.

Che la legge utilizzi il corpo per affermare la cogenza della propria scrittura risulta evidente già dalle pratiche di marchiatura in uso presso le società arcaiche dell'America del Sud studiate da Pierre Clastres. Società senza scrittura perché avverse a qualunque legge separata dalla comunità, fondate sulla guerra continua in funzione oppositiva alla nascita di un potere statuale, quelle dei Guyakì del Paraguay, de Guaranì dell'Amazzonia, degli Abiponi e dei Chulupi-Ashluslay del Chaco e degli altri gruppi studiati dall'antropologo francese, conoscono però una legge fondamentale. In assenza di una sua definizione formale, queste popolazioni, non rinunciano a utilizzare il segno per garantire l'osservanza delle prescrizioni costitutive della comunità. Per salvaguardare la memoria del suo rigore, la legge dei selvaggi sceglie di iscriversi violentemente sul corpo di coloro a cui si rivolge.

---

[17] M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punier*, *cit*., p. 6.

[18] E. RESTA, *La dismisura dei sistemi penali*, in *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, a cura di A. Baratta, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1986, p. 474.

Sul problematico rapporto che intercorre fra diritto e violenza si guardi anche E. RESTA, *La certezza e la speranza*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

[19] *Ibid*., p. 474.

Il passaggio all'età adulta dei giovani o l'ingresso dei maschi nella cerchia dei guerrieri è segnato da torture di varia natura. La carne lacerata da pietre lavorate in modo da arrecare la maggiore delle possibili sofferenze, gli organi genitali perforati da ossa acuminate di giaguaro, la schiena trafitta per tutta la sua estensione, il volto delle ragazzine bersagliato da tatuaggi nel giorno della prima mestruazione. Nessuna di queste pratiche tollera che sia rotto il silenzio. Il silenzio opposto al dolore misura il coraggio. La sopportazione dignitosa non esaurisce però il complesso dei significati dell'iniziazione.

"Ammirevole profondità dei selvaggi, che sapevano già prima tutto questo e vigilavano, a costo d'una terribile crudeltà, a impedire l'avvento di una più terrificante crudeltà: la legge scritta sul corpo è un ricordo indimenticabile"[20].

È la cicatrice, non il ricordo del dolore, a garantire e rinnovare continuamente la saldatura fra legge e memoria. Il copro marchiato è un'entità biologica che ha un preciso vincolo giuridico: l'appartenenza al gruppo e il rispetto della sua legge.

Nel caso delle popolazioni amerindiane l'imperativo è quello dell'uguaglianza, nessuno all'interno del gruppo può considerarsi superiore agli altri, ambire al comando o desiderare la sottomissione, nessuno può pensare di esercitare un potere che sia separato, esterno, superiore alla società.

"La legge che essi imparano a conoscere nel dolore è la legge della società primitiva, la quale dice a ciascuno: Tu non vali meno di un altro, tu non vali più di un altro. La legge, inscritta sul corpo, dice il rifiuto della società primitiva a correre il rischio della divisione, il rischio di un potere separato da lei stessa, di un potere che le sfuggirebbe. La legge primitiva, insegnata crudelmente, è un divieto di disuguaglianza, di cui ciascuno si ricorderà. La legge primitiva, sostanza stessa del gruppo, si fa sostanza dell'individuo, volontà individuale di realizzare la legge"[21].

Nella pratica pedagogica dell'iniziazione si realizza una convergenza tra potere e sapere non dissimile da quella che, grazie a Foucault, abbiamo visto caratterizzare

[20] P. CLASTRES, *La società contro lo Stato*. *Ricerche di antropologia politica*, Ombre Corte, Verona, 2013, p. 137.

[21] P. CLASTRES, *op. cit*., p. 136.

la pena e gli altri elementi di cui si avvale la rete del "dispositivo" attraverso gli apparati di governo dei corpi e le sue tecniche disciplinari.

La legge utilizza il dolore per accedere alla memoria e colonizzare l'anima dell'uomo tanto nelle società arcaiche della tortura, quanto in quelle moderne del supplizio, del carcere e della sorveglianza panottica.

Una finalità simile a quella perseguita dall'apparecchio di esecuzione delle sentenze descritto da Kafka nel racconto *Nella colonia penale*, in uso presso una comunità orientale, colonia di uno Stato probabilmente occidentale, in cui è in vigore una legge arcaica. Un comandamento che viene iscritto con violenza sulla carne del trasgressore, o del presunto tale, attraverso un complesso sistema di aghi di vetro capaci di incidere sulla schiena del condannato l'imperativo con una perentorietà che trascende la dimensione della vita. Ogni esecuzione è infatti una condanna a morte. La legge arcaica tramandata oralmente nel farsi parola scritta afferma la sua sovranità sulla carne del condannato. Seppur faccia senz'altro parte dell'esecuzione, il procedimento di iscrizione, momento istruttivo, si protrae per più di dieci ore e consente alla vittima e agli spettatori di apprendere il contenuto del comandamento. A tutti sarà chiaro il tenore del monito "Onora il tuo superiore"[22] inciso sul corpo; la santità della legge non si accontenta delle cicatrici, della marchiatura né del ricordo della sofferenza.

Il dettato normativo vive attraverso l'irreversibilità di un segno esiziale.

Un segno che, secondo Kafka, nel divenire afflittivo non consente alcuna redenzione, esprime la violenza della legge e richiama le pratiche in uso presso le popolazioni studiate da Clastres. Nel racconto, l'ufficiale a cui è affidata l'esecuzione della pena: "spiega minuziosamente all'esploratore il funzionamento della macchina per scrivere la legge: «La nostra sentenza non suona severa. Al condannato viene scritto sul corpo il comandamento che ha trasgredito. A questo condannato, per esempio», e l'ufficiale indicò l'uomo, «sarà scritto sul corpo: 'Onora il tuo superiore!'» E al viaggiatore stupito di apprendere che il condannato ignora la sentenza pronunciata contro di lui, l'ufficiale risponde, pieno di buon

[22] F. KAFKA, *Nella colonia penale*, Edizione digitale, Letteralmente, 2012, p. 4.

dirittifondamentali.it

senso: «'Inutile fargliela conoscere, la conoscerà sul suo stesso corpo'». E più oltre: «'Non è facile, lei l'ha veduto, decifrare l'iscrizione cogli occhi; ma il nostro uomo la decifra con le sue ferite. Non è un lavoro da poco: per finirlo gli ci vogliono sei ore'». Qui Kafka designa il corpo come superficie di scrittura, superficie atta a ricevere il testo visibile della legge"[23].

L'antropologo francese, nel richiamare l'opera di Kafka, sottolinea che un racconto letterario, per quanto frutto di fantasia, possa "anticipare la realtà più contemporanea" e testimoniare che "la legge trovi spazi inattesi dove inscriversi" anche presso gruppi che non adoperano la scrittura e che sembrano ignorare una dimensione politica, assunto quest'ultimo che si dimostra del tutto opposto alle conclusioni di Clasters.

Le società dei "selvaggi", considerate dalla tradizione etnologica e antropologica dominante negli anni sessanta come aggregazioni sociali sottosviluppate da un punto di vista economico e, conseguentemente secondo una prospettiva di analisi marxista e strutturalista, incapaci di dare vita a una vera e propria sovrastruttura politica e di accedere ad una forma organizzativa che possa definirsi statuale, sembravano muoversi in uno stato di natura, governato dal caos, dalla lotta e nel quale non esisteva alcuna dimensione politica. Ribaltando la visione dominante nelle scienze umane e sociali dell'epoca, Clastres sostiene che le scelte compiute dalle società amerindiane sottendono una riflessione approfondita sul potere, una conoscenza filosofica del concetto, e si traducono nell'adozione di un modello organizzativo funzionale al contrasto della sua cristallizzazione nello Stato. Anche lo scarso sviluppo dell'economia, i divieti dell'accumulazione di merci e beni, la contrazione degli apparati produttivi, rispondono alla precisa scelta politica di impedire la sottomissione del corpo sociale ad un potere esterno e superiore. Andare oltre un'economia di sussistenza aprirebbe il campo a disuguaglianze e concentrazioni di forza capaci di minare l'equilibrio sociale su cui si fonda la società dei "selvaggi". Più che inquadrarlo come assetto immaturo e sostanzialmente pre-civile, forma di interazione arcaica che ignora il politico,

[23] P. CLASTRES, *op. cit*., p. 131.

Clastres suggerisce di considerare l'impianto delle società amerindiane come un particolare modello di organizzazione del potere non coercitivo[24], basato sulla legge degli Antenati. È nella tradizione di queste popolazioni attribuire una valenza negativa all'Uno, principio unificatore che, tramite una rappresentazione fuggevole e ingannevole della realtà, annulla le distinzioni e indirizza ogni cosa verso la sua distruzione. L'avversione per lo Stato può quindi essere letta come lotta contro l'Uno, forma dell'infelicità e del male secondo gli sciamani, omologazione mortificante di ogni differenza. La società può presentarsi come una totalità autonoma, unitaria e omogenea solo se contrasta incessantemente tanto la frammentazione quanto l'aggregazione di forze sociali in formazioni particolari al suo interno. Lo strumento per realizzare questo dissidio anti- istituzionale permanente è la guerra. La battaglia continua condotta contro gli altri gruppi in un territorio, esteriorizza il conflitto che non può dispiegarsi all'interno della società, proietta l'identità del gruppo all'esterno ed esorcizza ogni forma di pace e tranquillità sulle quali possa sorgere l'edificio di un potere istituzionalizzato. I selvaggi non ignoravano il politico, ma da profondi conoscitori del potere, hanno adoperato ogni cautela per evitare che potesse trasformarsi in dominio, in alienazione della società e legge del più forte. Un ingegnoso artifizio scenico ha suggerito la collocazione del potere in una dimensione rituale e rappresentativa nella quale l'eloquenza e la sapienza oratoria prendono il posto della cogenza giuridica. Nella parola del capo che nessuno ascolta potrebbe rinvenirsi una forma parodistica e caricaturale del comando, forse non a torto, ma ciò non sarebbe sufficiente. Smascherato dai selvaggi, privato delle frecce del comando, il potere vive in forma fantasmatica nella sua "assenza"[25]. Le capacità oratorie del capo sono l'ornamento di un corpo che nasconde la sua carne, rappresentazione illusoria e fantasmatica di una forza che la società esprime nella guerra. La disattivazione del comando non determina però la scomparsa della violenza. Dissolto il dominio, eliminata la gerarchia, bandito lo sfruttamento, resta la guerra. Guerra contro lo

[24] P. CLASTRES, *Archeologia della violenza*, Meltemi, Milano, 1997.
[25] P. CLASTRES, *op. cit.*, p. 21.

dirittifondamentali.it

Stato, guerra contro le ambizioni di ogni individuo e classe, il guerriero stesso è costretto all'isolamento e alla morte se dimostra di anteporre l'interesse personale a quello del gruppo, guerra contro gli altri gruppi per l'affermazione e la sopravvivenza di un gruppo unico, totale, omogeneo, indipendente, indifferenziato.

Il potere, dunque, non si da necessariamente nelle forme della coercizione, la diade comando-obbedienza non esaurisce le sue possibili forme di espressione, esso può vivere, questo è un concetto essenziale, anche nella sua assenza.

Il suo essere immanente al fatto sociale rivela l'inattendibilità di ogni ipotesi relativa a una sua scomparsa. E con esso la violenza che si accompagna inevitabilmente al suo esercizio, in forma politica, giuridica e quindi anche puntivo-disciplinare.

3. Un antidoto alla vendetta

Un elemento di violenza nell'economia dei rapporti umani pare, dunque, inevitabile. Che si costituisca uno Stato o se ne impedisca in qualsiasi modo la nascita, che le forme del politico assumano connotazioni democratiche o autoritarie, che si assumano quali valori fondamentali l'appartenenza al gruppo o l'eguaglianza, la libertà e il rispetto della persona, l'impiego o la minaccia dell'uso della forza caratterizzano qualunque assetto socio-istituzionale e trovano una loro specifica localizzazione.

La risposta offerta dalla modernità a questa problematica è una sorta di "auto-rassicurazione"[26] che le ha consentito di considerare come razionale quella componente di violenza insita nel "sistema del diritto e della politica", considerando questi ambiti come gli unici in cui essa possa manifestarsi in modo ammissibile. Si è trascurato, per questa via, il carattere ambivalente[27] che la

[26] E. RESTA, *La certezza e la speranza*, Edizioni La Terza, Roma-Bari, 2007, pag. 28.

[27] Il doppio carattere che può assumere la legge attraverso la forma scritta in quanto *pharmakon*, veleno e antidoto allo stesso tempo, è ben rappresentato in J. DERRIDA, *La farmacia di Platone*, Jack Book, Milano, 1985.

violenza, sebbene veicolata attraverso strumenti, forme e procedure che paiono razionali, continua a possedere.

Una violenza declinata come tecnica di dominio e integrata nel sistema sociale[28] si rivela oltre che nelle strutture anche nei simboli[29] di una comunità, nei modelli e nei comportamenti che ricevono un assenso e un'accettazione quasi inconscia e preriflessiva[30].

La mediazione simbolica e strutturale nasconde l'aspetto spettacolare della violenza senza eliminarne le capacità offensive, ne indirizza una porzione verso forme di amministrazione e fabbricazione del soggetto ma non riesce a monopolizzarla e ad impedire che essa si presenti anche nella sua veste brutale di forza vendicativa e sanguinosa.

Sull'ambivalenza della violenza e i processi antropologici che hanno condotto alla traduzione giuridica delle pratiche punitive si guardino J. G. FRAZER, *Il ramo d'oro*, 2 voll. Bollati-Boringhieri, Torino, 1973; R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 2017.

[28] È in forme apparentemente neutre o semplicemente noiose come la burocrazia che la violenza mostra il suo carattere proteiforme. Le "aree di densità" si dimostrano particolarmente attrattive per lo studioso e determinano un'inclinazione generale verso l'analisi e la considerazione dei fenomeni e dei meccanismi sociali più complessi, ritenuti perciò anche più importanti. David Graeber ci fa notare invece che anche forme tipiche delle procedure amministrative, adottate da organismi pubblici quali banche, ospedali, case di cura, denotano potenziale offensivo elevato essendo finalizzate a gestire situazioni sociali che si fondano sulla violenza strutturale. L'allocazione delle risorse, diritti, denaro o altri beni, all'interno di un sistema gestito direttamente o indirettamente dallo Stato, avviene attraverso una piattaforma burocratica che nasconde, sotto un'infinità di moduli e regole prive di ragionevolezza, la minaccia dell'uso della forza. Le carte, i moduli, non lasciano spazio a discussioni, richieste di chiarimenti, non contemplano alcuna discussione, perforano violentemente il sociale imponendo procedure governamentali e decisioni sottratte a una dimensione discorsiva. "Per violenza non intendo qui quegli atti occasionali e spettacolari che ci vengono in mente non appena viene evocata questa parola, quanto piuttosto quelle forme noiose, monotone e onnipresenti di violenza strutturale che definiscono le condizioni stesse della nostra esistenza; quelle minacce, più o meno velate dell'uso della forza fisica contenute nelle norme che determinano dove è possibile sedersi, stare in piedi, mangiare e bere nei parchi e negli altri spazi pubblici, fino alle minacce, alle intimidazioni fisiche o alle aggressioni che puntellano l'imposizione di tacite norme del genere" .

D. GRAEBER, *Oltre il potere e la burocrazia. L'immaginazione contro la violenza, l'ignoranza e la stupidità*, Elèuthera, Milano, 2013, cit. p. 19.

[29] P. BOURDIEU, *Il dominio maschile*, Feltrinelli, Milano, 2014.

[30] Distinta dalla violenza che si può ricollegare ad una persona fisica, violenza personale, o a un paradigma epistemologico, violenza culturale, la "violenza strutturale", nelle parole dell'antropologo inglese Graeber, rimanda a "ogni apparato istituzionale la cui azione produce di per sé e regolarmente danni fisici e psicologici a una parte della popolazione o impone limiti alla loro libertà. D. GRAEBER, *op. cit.*, p. 32.

Un sistema penale profondamente garantista, unito a una seria considerazione di politiche di decriminalizzazione, rappresenta probabilmente lo strumento più adeguato al contenimento della violenza nei sistemi democratici.

Uno dei motivi che suggeriscono l'opportunità di mantenere in vita anche nei moderni ordinamenti giuridici la sanzione penale, nonostante le ombre che caratterizzano la sua storia, è sicuramente la sua idoneità a disciplinare, domandola, la violenza che potrebbe dispiegarsi in modo incontrollato sull'autore del reato realizzando irritualmente la vendetta dell'offeso, della sua famiglia o di altre persone che vi abbiano interesse. Luigi Ferrajoli, è fra coloro che, in polemica con la prospettiva teorica dell'abolizionismo[31], considerano essenziale la conservazione del sistema penale, ritenendolo preferibile alle alternative che potrebbero caratterizzare un modello sociale e istituzionale nel quale fosse abolito, proprio perché maggiormente protettivo e capace di determinare un elevato livello di contenimento della violenza. I quattro sistemi che il giurista fiorentino individua come alternativa al modello della giustizia penale, ipotesi distinte ma che possono anche operare simultaneamente, appaiono tutti incapaci di approntare significativi argini all'arbitrio e al sopruso, sembrano aprirsi inevitabilmente alla violenza. Ciò vale tanto per i sistemi di *controllo sociale selvaggio*, propri delle società arcaiche, basati sulla legge del sangue, sulla faida sul duello, sulla legge del più forte, quanto per i sistemi di *controllo statale selvaggio*, ordinamenti primitivi di carattere dispotico o regimi totalitari della modernità che utilizzano la pena come strumento di punizione arbitrario e svincolato da garanzie giuridiche. Gli altri due sistemi che Ferrajoli individua sono basati sull'imposizione di una rigida disciplina, tramite una forte eticizzazione e ideologizzazione delle comunità "soggette all'azione di

[31] Sul tema si rimanda a: N. CHRISTIE, Limits to pain, Martin Robertson, Oxford (Traduzione italiana: *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale,* Edizioni Gruppo Abele, Torino, 1985); N. CHRISTIE, *Crime control as industry*, Routledge, Londra-New York, 2000; N. CHRISTIE, *Il business penitenziario*. La via occidentale al gulag, Elèuthera, Milano, 1996; N. CHRISTIE, *Una modica quantità di crimine*, Edizioni Colibrì, Milano, 2012; T. MATHIESEN, *Perché il carcere?*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 1996; M. PAVARINI, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in A. BARATTA (a cura di) *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1986; L. HULSMAN, *Abolire il sistema penale?*, in "*Dei delitti e delle pene*", 1983, pp. 71-89; S. SCHEERER, *L'abolizionismo nella criminologia contemporanea*, in "*Dei delitti e delle pene*", 1983, pp. 525-541.

rigidi conformismi operanti in forme auto-censorie, nonché alle pressioni di occhi collettivi, polizie morali, panottismi sociali diffusi, linciaggi morali, ostracismi e demonizzazioni pubbliche", sistemi di *controllo sociale disciplinare*, o tramite un controllo esercitato attraverso tecnologie, "spionaggio dei cittadini ad opera […] degli odierni sistemi informatici di schedatura generalizzata e di controllo audio-visivo e apparati polizieschi di prevenzione", sistemi di *controllo statale disciplinare.*
Gli ultimi due sistemi si rivelano particolarmente insidiosi per la loro capacità di insinuarsi anche all'interno di ordinamenti democratici e indirizzare il governo degli Stati verso forme autoritarie e illiberali, che utilizzano il pretesto della prevenzione dei reati per attaccare la libertà fisica di tutti e non solo dei devianti. C'è il rischio che una politica penale della prevenzione si trasformi in persecuzione del pericolo *ex ante* e minacci una sanzione per ogni allontanamento da criteri morali dominanti. Non già repressione dei soli comportamenti proibiti in funzione di prevenzione speciale, ma strumento di "omologazione delle coscienze e di distruzione o normalizzazione disciplinare delle passioni e dei desideri"[32], la legge penale oggi può contare su un complesso apparato tecnologico che rende "possibile un Panopticon sociale assai più capillare e penetrante di quello carcerario concepito da Bentham e idoneo a funzioni non solo di prevenzione dei delitti ma anche di governo politico della società"[33].
Un sistema penale orientato alla decriminalizzazione e al contenimento della violenza utilizza la sanzione penale per proteggere la libertà della società nel suo complesso e allo stesso tempo prevenire le reazioni informali al delitto.
La sanzione penale è il contraltare di ogni forma di vendetta. Sottrae l'uso legittimo della forza ai privati, perché non possano avere strumenti per cercare un accesso personale alla giustizia, e riserva il monopolio della coercizione allo Stato, regolandone puntualmente le modalità di esercizio, i limiti e individuando una serie di garanzie assolute per la tutela della persona. I diritti fondamentali, le

[32] L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di IPPOLITO D., SPINA S., Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 53.
[33] L. FERRAJOLI, *op. cit*., p. 52.

garanzie processuali, ordinamentali, e quelle sostanziali[34] assicurano che l'intervento punitivo dello Stato non si traduca in arbitrio, operi secondo i principi dell'ordinamento e non somigli mai a quella vendetta di cui costituisce il principale antidoto. Il garantismo penale si preoccupa che l'esercizio del potere punitivo da parte dello Stato avvenga seguendo una duplice linea direttiva. Prevenire, proibire, accertare e sanzionare le ingiuste offese, ossia i delitti, infliggendo il minor grado possibile di sofferenza all'autore del reato e prevenire le pene informali o eccessive, scongiurando la così detta "vendetta privata"[35].

Solo una pena intesa quale sanzione irrogata *post delictum* e *post iudicium*, può considerarsi, nel quadro delle garanzie proprie del garantismo, e non come provvedimento poliziesco assunto per limitare la libertà personale in via amministrativa e in situazioni emergenziali, un presidio capace di allontanare il diritto penale da "forme di controllo sociale più o meno selvagge e disciplinari" che costituiscono "il vero problema del nostro tempo"[36].

Bisogna scongiurare in buona sostanza il pericolo che l'efficacia curativa del sistema giudiziario, che nelle società moderne occidentali ha preso il posto del modello preventivo basato sul sacrificio religioso delle società primitive, si arresti e, assumendo le sembianze di un duello giudiziario, retroceda verso l'assetto di composizione dei dissidi immaturo che ha caratterizzato la fase intermedia della transizione tra i due sistemi. Questa linea di sviluppo, ricostruita da Renè Girard, procede dalla individuazione di uno strettissimo legame tra violenza e religione nelle società arcaiche, presso le quali il sacrificio assume una funzione preventiva. Per impedire che la violenza possa manifestarsi, turbare il tranquillo vivere della

[34] Seguendo Ferrajoli, è possibile definire come garanzie processuali e ordinamentali: il contraddittorio, la parità tra accusa e difesa, la rigida separazione tra giudice e accusa, la presunzione d'innocenza, l'onere accusatorio della prova, l'oralità e la pubblicità del giudizio, l'indipendenza interna ed esterna della magistratura, il principio del giudice naturale. Garanzie penale sostanziali: il principio di stretta legalità o tassatività dei fatti punibili, l'offensività, materialità e colpevolezza. L. FERRAJOLI, *op. cit*., pp. 12 e seguenti.

[35] Al rigurado Umberto Curi, sulla scia di Girard, fa notare che l'utilizzo del termine "vendetta privata" lascia presupporre l'esistenza di una "vendetta pubblica", la pena inflitta dall'ordinamento giuridico, della quale non si fa mai menzione. U. CURI *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Bollati-Boringhieri, Torino, 2019, p. 190.

[36] L. FERRAJOLI, *op. cit.,* p. 57.

comunità e innescare una catena infinita di vendette, in queste società il sacrificio si presenta come pratica rituale della violenza. Lo spostamento dell'atto violento nello spazio del sacro, la sua collocazione in abito religioso è il tentativo di allontanare la violenza, principale ostacolo all'armonia, dalla terra.

L'origine della pulsione violenta è da ricercare secondo l'antropologo e filosofo francese nel carattere mimetico del desiderio che orienta gli uomini a desiderare le stesse cose su cui si rivolgono le attenzioni degli altri e li spinge continuamente verso il conflitto. Questa "rivalità mimetica" innesca una sequenza ascendente di efferatezze che trova il suo apice e la sua perfezione sanguinosa nella vendetta: "allo stadio della vendetta del sangue, infatti, si ha sempre a che fare con l'identico atto, l'assassinio, eseguito allo stesso modo e per le stesse ragioni, in imitazione vendicatrice di un assassinio precedente. E questa imitazione si propaga gradatamente; s'impone come un dovere ai parenti lontani, estranei all'atto originario, ammesso che si possa identificare un tale atto: varca le barriere dello spazio e del tempo, ovunque seminando la distruzione al suo passaggio; avanza di generazione in generazione. La vendetta a catena appare come il parossismo e la perfezione della mimesi. Riduce gli uomini alla ripetizione monotona dello stesso gesto assassino. Fa di essi dei «doppi»"[37].

Il sacrificio individua un corpo sacrificale su cui scaricare ogni energia negativa e impedire, prevenendola, qualsiasi forma di vendetta. Rappresenta in qualche misura un bersaglio fittizio, un inganno per le pulsioni vendicative[38]. Le vittime sacrificali vengono offerte alla divinità in modo da prevenire una spirale di violenza attraverso un atto brutale ma imputato al sacro, al quale non è consentito

[37] R. GIRARD, *Delle cose nascoste fin dalla fondazione del mondo*, Adelphi, Milano, 1996, p. 23.

[38] Oltre al tema del desiderio mimetico, quello capro espiatorio, della vittima sacrificale, caratterizza la produzione di Renè Girad. Alle opere già citate si aggiungano: R. GIRARD, Il capro espiatorio, trad. it. C. LEVERD e F. BOVOLI Adelphi, Milano, 1987; R. GIRARD, *Il risentimento. Lo scacco del desiderio nell'uomo contemporaneo*, trad. it. di A. SIGNORINI, Cortina, Milano, 1981. Nell'ambito della letteratura sull'autore si guardino:. G. MORMIRO, *Giustizia e vendetta nel pensiero di Renè Girard*, "Rivista di storia della filososofia", LXII, 3, 2007; M. VILLA, *Il ruolo della vendetta mimetica in Renè Girard. Una lettura di antropologia filosofica*, in I. POZZONI E L. POSSATI (a cura di), *Oltre Cartesio*, De Comporre, Gaeta, 2014; M. GENIALE, *Dal mito al dramma. Vittima e vendetta alle origini della modernità*, "Cosmopolis. Rivista di filosofia e teoria politica", XIV, I-2, 2017.

replicare. La violenza del sacro è la parola definitiva al discorso sulla giustizia che afferma la sua verità disumana. È una "violenza essenziale"[39].

Presso la popolazione dei Chuchki il colpevole di un fatto di sangue viene risparmiato e in sua vece viene sacrificato un suo congiunto perché la giustizia deve essere tenuta distinta dalla vendetta, la reciprocità, la simmetria fra azione e punizione, viene considerata una pericolosa rivincita. Il sistema giudiziario, costruito attorno al principio di colpevolezza, è un sistema tecnico di isolamento della vendetta, indirizza la risposta violenta verso colui che ha compiuto un reato con un provvedimento dotato di un'autorità che non consente repliche. "In fin dei conti, dunque, il sistema giudiziario e il sacrificio hanno la medesima funzione, ma il sistema giudiziario è infinitamente più efficace"[40].

La violenza essenziale, come brusco impedimento di rappresaglie reciproche, assume i contorni di un principio di giustizia e, divenuta cura, sembra voler rinnegare la propria origine religiosa. Prova a farlo nascondendosi dietro la nube oscura che avvolge ogni momento della lotta "dell'uomo contro la sua stessa violenza"[41]. Il monopolio statale dell'uso della violenza, la cui sovranità e legittimazione nei moderni ordinamenti occidentali è di derivazione popolare, assicura, a livello teorico, l'indipendenza nella distribuzione delle punizioni e il contenimento della vendetta attraverso la sua razionalizzazione, la sua limitazione, la sua manipolazione. Si potrebbe parlare allora, seguendo Girard, del sistema penale come di una tecnologia della vendetta che, da un'origine religiosa e sacrale, assurge a complesso amministrativo di prevenzione e cura della violenza.

"Il sistema giudiziario non sopprime la vendetta: la limita effettivamente a una rappresaglia unica […]. Le decisioni dell'autorità giudiziaria si impongono sempre come l'*ultima parola* della vendetta […]. Nel sistema penale non vi è alcun principio di giustizia che differisca realmente dal principio di vendetta"[42].

[39] R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 2017, p. 51.
[40] *Ibid.*, p. 50.
[41] *Ibid.*, p. 42.
[42] R. GIRARD, *La violenza e il sacro, cit*., p. 35.

Questo suo legame originario con la violenza, che lo porta ad essere neutralizzazione istituzionalizzata della vendetta, probabilmente rende il sistema penale necessario ma allo stesso vulnerabile e incapace da solo raggiungere un risultato apprezzabile nella composizione, prevenzione e comprensione dei conflitti.

La cultura moderna, come ci fa notare Derrida, non ha reciso i collegamenti tra sacrifico e tecnologia della giustizia, anzi ha reso il legame particolarmente intenso. Avendolo collocato nella struttura stessa della soggettività, ne ha fatto uno dei fondamenti dell'intenzionalità:

"Nella nostra cultura, il sacrificio carnivoro è fondamentale, dominante, regolato sulla più alta tecnologia industriale, come lo è anche la sperimentazione biologica sull'animale - così vitale per la nostra modernità. […] il sacrificio carnivoro è essenziale alla struttura della soggettività, cioè anche al fondamento del soggetto intenzionale e, se non della legge, almeno del diritto, restando a questo punto aperta su un abisso la differenza fra la legge e il diritto, la giustizia e il diritto, la giustizia e la legge"[43]. Questo radicamento del sacrificio nella soggettività tramite un paradigma giuridico in cui l'impronta storica del sangue è indelebile, rende particolarmente difficile l'abbandono, anche a livello psicologico, di modelli teorici di risoluzione dei conflitti interamente tarati sull'archetipo della vendetta e della sua domesticazione.

4. Decriminalizzazione e giustizia riparativa

Il contenimento della pena carceraria come *extrema ratio* o finanche la sua abolizione, che potrebbe essere la soluzione più onesta rispetto all'evidenza teorica delle sue funzioni e maggiormente rispondente alla esigenza di tutela della persona umana e della sua dignità, non vuol dire però rifiuto di qualsiasi prospettiva

[43] J. DERRIDA, *Forza di legge. Il "fondamento mistico dell'autorità"*, Bollati-Boringhieri, Torino, p. 68.

dirittifondamentali.it

giuridica per regolare i conflitti che afferiscono alla sfera penale, né tantomeno legittimazione della forza.

Meritano invece un'attenta considerazione le teorie che individuano strumenti alternativi o da affiancare all'intervento penale per la gestione del conflitto e della devianza[44], l'analisi delle quali consente di scorgere ulteriori profili critici nel modello di amministrazione della giustizia governato dall'alto tramite l'applicazione di sanzioni repressive in contesti periferici, lontani e del tutto separati dal centro amministrativo e sui quali si rinuncia a condurre un approfondimento scientifico-sociale.

In merito alle politiche di decriminalizzazione occorre richiamare i principi extrasistemici di Baratta, quei principi cioè che da una prospettiva esterna al sistema penale, consentono di individuare una serie di criteri politici e metodologici per una composizione dei conflitti sociali alternativa a quella propriamente penale e che rendano possibili cambiamenti capaci di determinare una riduzione quantitativa e qualitativa della violenza punitiva.

Una economia del controllo sociale suggerisce, sulla scorta del principio del non intervento utile, che l'alternativa alla criminalizzazione non è costituita necessariamente da un irrigidimento delle forme di controllo sociale formale o informale, ma può consistere nel riconoscimento del più ampio margine di libertà e autonomia di individui e gruppi sociali. Il contrasto alla "colonizzazione" del "mondo vitale"[45] proprio dei gruppi sociali cui conduce un intervento penale capillare e invasivo, può essere realizzato tramite la strategia di "riappropriazione dei conflitti", accordi fra le parti e ipotesi di diritto restitutivo che su un piano comunitario di riconciliazione affiancano la normativa penale, riducendo la logica paternalistica di un intervento punitivo dall'alto e lo scollamento fra apparati pubblici e realtà sociale nella quale vive il conflitto. Collegato al "*principio della privatizzazione*", da ultimo enunciato, il "*principio della politicizzazione*" suggerisce

[44] Sul punto si guardi O. FIROUZI, M. MIRAVALLE, G. TORRENTE, *Al di fuori della prigione. I risultati dell'osservatorio europeo sulle alternative al carcere*, in Studi sulla questione criminale, n.1 (2018), pp. 89-115.

[45] A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Il diritto penale minimo*, *cit.*, p. 465.

l'opportunità di salvaguardare la connotazione politica dei conflitti, generalmente dissolta tramite le tecniche penalistiche di composizione, e affidare la gestione degli stessi a organismi amministrativi o politici sottoposti al controllo e aperti alla partecipazione popolare. Questo tipo di soluzione potrebbe rivelarsi particolarmente adeguata per il contrasto di forme di criminalità che riguardano apparati pubblici e che il sistema penale si è dimostrato non in grado di portare alla luce, come nel caso di relazioni tra criminalità organizzata e Stato, deviazioni dei servizi segreti e apparati militari, relazioni fra potere economico e settori pubblici a cui è affidata la tutela di diritti fondamentali della persona. Lo spostamento del conflitto nel settore amministrativo dovrebbe essere accompagnato dal riconoscimento in capo ai soggetti coinvolti delle stesse garanzie previste dal sistema penale, "*principio della conservazione delle garanzie formali*", che spesso restano lettera morta anche nella realtà penale.

Probabilmente il fulcro di una credibile politica di decriminalizzazione è la capacità di concentrare l'attenzione sulle strutture sociali oggettive all'interno delle quali i comportamenti devianti trovano la propria genesi. Solo la consapevolezza della complessità delle relazioni tra comportamenti e meccanismi sociali consente di attenuare il peso della componente soggettiva nel comportamento deviante, di iscriverlo in una relazione di sistemi reciprocamente influenzantesi e di predisporre un'azione capace di affrontare le cause da cui scaturisce il conflitto (*principio generale di prevenzione*) piuttosto che orientata alla repressione delle sue manifestazioni puntuali e sintomatiche. Una strategia basata su un controllo esclusivamente repressivo, scegliendo di eludere l'analisi sociologica della devianza, non ha alcuna possibilità di individuare le problematiche sottese ai comportamenti criminali e sostanzialmente decide di non rimuoverle.

Alla base dell'incapacità del sistema penale di comprendere la realtà sociale in cui si produce la criminalità si colloca "l'espropriazione ideologica" di diritti e di bisogni perpetrata dal sistema ai danni dei portatori degli interessi stessi ai quali viene impedita la percezione e la comprensione effettiva dei conflitti di cui sono protagonisti. La rivendicazione da parte degli attori sociali di un ruolo attivo nella

identificazione dei bisogni, nella predisposizione di forme e procedure per la composizione dei contrasti e nella selezione degli strumenti istituzionali più idonei per affrontare le criticità costituiscono l'oggetto del principio della articolazione autonoma dei conflitti e dei bisogni reali.

L'impermeabilità del complesso punitivo di fronte a simili istanze di riforma, nonostante l'incapacità ormai palese di raggiungere gli obiettivi che dichiara di perseguire, rivela il suo inscindibile legame con uno specifico sistema di governo e con i rapporti di dominio che esso esprime. Lungi dall'essere una forma particolarmente progredita rispetto a sistemi arcaici, "il nostro sistema di pene legali è qualcosa di assolutamente «altro», che trova la sua sicura epifania nello Stato moderno. Esso è, in primo luogo, un apparato burocratico, altamente professionalizzato e formalizzato attraverso il quale determinate situazioni problematiche e/o conflittuali prodotte dall'azione di alcuni soggetti vengono forzatamente «espropriate» dall'interazione di coloro che sono «direttamente» coinvolti […] attraverso procedure messe in opera da organi «neutrali» (nel senso di «estranei» alla situazione) capaci professionalmente di dare risposte «incomprendibili» (si ha quindi una vera e propria «espropriazione di senso») a coloro che sono, come attore e vittima, direttamente partecipi alla situazione prodottasi con l'azione definita criminale"[46].

La restituzione della coscienza del conflitto agli attori sociali, la rinuncia ad una definizione verticale di bisogni, aspettative, sanzioni, modalità disciplinari e alla predisposizione di strutture di espiazione funzionali alla perpetuazione dei rapporti di forza e alla conservazione degli assetti della proprietà, costituirebbe un momento fondamentale per l'attuazione della sovranità popolare, la realizzazione della democrazia e offrirebbe uno spessore sostanziale allo Stato di diritto, riempendo la sua veste formale di quel complesso di diritti umani che permetto di qualificarlo come "Stato dei diritti umani"[47].

[46] M. PAVARINI, *Il sistema della giustizia penale, cit.*, p. 537.

[47] A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo, cit.*, p. 496.

dirittifondamentali.it

Un'alternativa a un sistema sanzionatorio basato su modalità afflittive, o un valido supporto a quest'ultimo, potrebbe essere quello della giustizia riparativa, *restorative justice*[48], intesa come "un modello di giustizia che coinvolge volontariamente il reo, la vittima e la comunità nella ricerca di soluzioni al conflitto, al fine di promuovere la riparazione del danno, la riconciliazione fra le parti e il rafforzamento del senso di sicurezza"[49]. Questo approccio è basato sulla mediazione, il tentativo di ottenere una conciliazione tra le parti attraverso un comportamento attivo del reo teso a ridurre la sofferenza e il dolore che l'offesa ha causato alla vittima. Alla centralità che colpa e pena rivestono nei tradizionali paradigmi retributivo e rieducativo, viene a sostituirsi il rilievo attribuito alla persona; quella della vittima, che mai una pena è in grado di ristorare, e quella del reo, richiamato ad una compensazione fattiva, costruttiva e utile alla vittima. Le strategie d'azione di cui si avvale la giustizia riparativa sono scelte sulla base delle peculiarità proprie dei casi

[48] Il modello di gestione dei conflitti proprio della *restorative justice* viene elaborato in ambito anglosassone negli ultimi anni del secolo scorso e in particolare matura nei movimenti protestanti americani per poi coinvolgere gli ambienti accademici e intellettuali per lo più vicini alla sinistra o connotati da sensibilità umanitaria. Uno dei principali teorici della giustizia riparativa è il criminologo Mennonita Howard J. Zehr.

Sul tema si guardino: H. ZEHR, *Fundamental Concepts of Restorative Justice,* Akron, Pennsylvania: Mennonite Central Committee, 1997; H. ZEHR, *The big book of restorative justice*, Good Books, Nwe York, 2015; J. V. ROBERTS, *Restorative justice*, in A. VON HIRSCH, A. J. ASHWORTH (a cura di), *Principled sentencing. Reading on theory and policy*, Hart, Portland, 2009; D. W. VAN NESS, K. HEETDERKS STRONG, *Restorative justice. An Introduction to restorative justice*, Elsevier, Waltham, 2015; K. DALY, *Restorative Justice. The real story, "Punishment & Society"*, IV, I, 2002, PP. 55-79.

In lingua italiana si segnalano: M. BOUCHARD, *Vittime e giustizia riparativa. Agli albori della giustizia riparativa in Italia,* "Paradoxa", XI, 4, pp. 65-78; G. MIEROLO, M. BOUCHARD, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Mondadori, Milano, 2015; G. PISAPIA, D. ANTONIUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Cedam, Padova, 1997; G. MANNOZZI E G. A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015; G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017; G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa come forma di Umanesimo della giustizia*, "Paradoxa", XI, 4, 2017, pp. 19-30 (numero monografico U. CURI (a cura di), *Punire il reo o guarire la vittima? La giustizia riparativa*; G. A. LODIGIANI, *Nozioni e obiettivi della giustizia riparativa. Il tentativo di un approccio olistico*, "Paradoxa", XI, 4, 2017, pp. 31-42; L. EUSEBI (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Vita e Pensiero, Milano, 2015; G. SCARDACCIONE, *Nuovi modelli di giustizia. Giustizia riparativa e mediazione penale*, "*Rassegna penitenziaria e criminologica*", I-2, 1997; P. PATRIZI (a cura di), *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, Carocci, Roma, 2019.

[49] U. Curi, *Il colore dell'inferno, cit.*, p. 203.

particolari, adattate alle specifiche caratteristiche degli attori coinvolti e dei contesti in cui devono operare.

Si fa riferimento a programmi, instauratisi in via di prassi e che poi hanno trovato un riconoscimento istituzionale[50], che implicano lo scambio comunicativo tra le parti, presuppongono il coinvolgimento della comunità e tendono alla soddisfazione della persona offesa e si aggiungono alle forme consuete della mediazione tra autore e vittima con l'aiuto di un arbitro e alla riparazione in forma di risarcimento e restituzione.

Relegare il conflitto al di fuori di una società attraverso una pianificazione centralizzata, presentare il crimine come una disfunzione e una patologia della fisiologica armonia sociale da imputare ad un capro espiatorio, generalmente debole e marginale[51], nascondere la genesi, le complesse dinamiche di sviluppo del potere e della violenza, l'azione che svolgono sul piano istituzionale, nonché il loro articolarsi sui diversi livelli del vivere in comune, non permette di creare uno spazio immune dalla violenza né tantomeno di organizzarlo secondo modalità razionali.

Con le parole di Girard: "si può ingannare la violenza soltanto nella misura in cui non la si privi di ogni sfogo, e le si procuri qualcosa da mettere sotto i denti"[52].

La partecipazione sociale all'individuazione e alla definizione di forme per la composizione dei conflitti insieme alla configurazione di una pena, attenuata al massimo nel suo contenuto afflittivo e di sofferenza, e definita in positivo da un sistema di limiti e garanzie, rappresentano probabilmente gli strumenti più adatti al contenimento violenza.

---

[50] Le esperienze di giustizia riparativa hanno trovato un riconoscimento istituzionale in Europa con la Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R(99) 19 del Comitato dei ministri degli Stati membri concernente la mediazione in materia penale, approvata il 15 settembre del 1999.

[51] Sulla criminalizzazione dei migranti si guardino: A. SBRACCIA, *Migranti tra mobilità e carcere. Storie di vita e processi di criminalizzazione*, Franco Angeli, Milano, 2007; A. SBRACCIA, F. VIANELLO, *Sociologia della devianza e della criminalità*, Laterza, Roma-Bari, 2010; D. MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, Mondadori, Milano, 2002; D. MELOSSI, *Il giurista, il sociologo e la "criminalizzazione" dei migranti: che cosa significa etichettamento oggi?*, in "Studi sulla questione criminale", III, 3, 2008, pp. 9-23.

[52] R. GIRARD, *La violenza e il sacro, cit.*, p 17.

dirittifondamentali.it

5. La rieducazione come riappropriazione dell'umano

Queste considerazioni, unite all'analisi storica dell'istituto penale, portano a ritenere superata l'idea secondo la quale un sistema punitivo basato sul carcere possa rispondere efficacemente alle funzioni che gli si attribuiscono, non essendo capace, da solo, di combattere la criminalità, che spesso rafforza, salvaguardare la sicurezza dei gruppi e dei singoli proteggendo la dignità umana, rieducare e favorire il reingresso in società del condannato.

Qualora, nell'ambito di un sistema penale rispettoso della dignità della persona umana e che utilizza diversi accorgimenti per limitare la componente di violenza che si accompagna all'inflizione di una pena, si decida di fare ricorso alla reclusione, è necessario predisporre gli strumenti opportuni affinché la detenzione costituisca strumento funzionale all'attuazione di una mediazione tra mondo psichico del detenuto e sistema sociale.

La segregazione per un lungo periodo in una struttura penitenziaria impone al reo un confronto con se stesso, gli impone di fronteggiare l'oscurità. È indubbio, infatti, che la rieducazione abbia a che fare con le "ombre"[53]. La ricerca della mediazione alla quale il carcerato è chiamato si realizza attraverso un laborioso e disagevole percorso di autoconoscenza che tende alla "ricomposizione ad unità"[54] delle parti scisse di cui si compone il suo essere. Un percorso questo che la comunità dei non devianti, quella parte del gruppo sociale che non incorre in percorsi criminali o non viene selezionata dal sistema punitivo, non è portata a compiere spontaneamente. Al di fuori di specifici percorsi di psicoterapia, si giudica perlopiù superfluo, inutile o controproducente rapportarsi alle parti sepolte della coscienza oppure riflettere sistematicamente sui rapporti che intercorrono tra nevrosi, regolazione sociale della vita e del lavoro e impulsi che spingono al compimento di atti criminosi e violenti.

Ma a ben vedere il rapporto che lega dinamiche sociali e dimensione psichica, sociologia e psicoanalisi[55], è molto stretto, come testimonia la tendenza secondo la

[53] A. GIASANTI, *Ombre. Il lato oscuro della società e la nuova etica*, Franco Angeli, Milano, 2001.

[54] A. GIASANTI, (a cura di), *Università@Carcere, cit*.

[55] Sul punto si guardino: Bastide R., *Sociologia e psicoanalisi*, trad. it., Dedalo, Bari 1972; Parsons T., *Il sistema sociale*, trad. it., Comunità, Milano 1965, con particolare riferimento al capitolo VI.

quale "i fattori sociali vengono sempre più integrati con i complessi dell'inconscio e le cause delle nevrosi si cercano anche nei conflitti della civiltà"[56].

Il piano della coscienza collettiva e quello delle coscienze individuali, oltre a comunicare "attraverso i simboli"[57], potrebbero essere considerate come parti di una stessa realtà vista da prospettive diverse. L'esecuzione di una pena detentiva permetterebbe allora di vedere ed elaborare elementi di questa realtà che normalmente non riescono ad essere distinti e rapportarsi ad essi[58].

Utilizzando le osservazioni di un acuto critico della tarda modernità quale Byung-Chul Han, possiamo notare che la cultura della positività della quale è imbevuta la nostra società che nega, respinge, allontana da sé qualsiasi elemento negativo quasi a volerlo esorcizzare, si espone al ritorno della negatività attraverso un duplice meccanismo. Innanzitutto, è sul piano psichico che la violenza negata riappare in forma "microfisica" determinando un "eccesso di positività"[59] che porta il soggetto ad abusare della propria libertà. Incapace di difendersi da sindromi da sovraccarico di lavoro e immerso in un sistema di comunicazione continua che ne sollecita, iperattività, e lo predispone all'esaurimento nervoso[60] , l'individuo contemporaneo

---

Come nota Giasanti: anche la sociologia funzionalista ha intrattenuto delle relazioni con la psicanalisi freudiana, considerando con favore un'interazione fra scienza sociale e psicologia. In particolare, i meccanismi di costrizione sociale vengono assimilitati al Super-io e i meccanismi individuali di adeguamento alle spinte sociali corrispondono ai meccanismi freudiani di difesa dell'Io. A. GIASANTI, *Ombre, cit*.

[56] A. GIASANTI, *op. cit.*, p. 13.

[57] *Ibid.*, p. 13.

[58] Sul punto si guardi: K. MAUGERI, *Liberaci dai nostri mali. Inchiesta nelle carceri italiane: dal reato al cambiamento*, Catania, Villaggio Maori, 2019.

[59] B. C. HAN, *Topologia della violenza*, Edizioni Nottetempo, Milano, 2019, p. 10.

[60] La letteratura sulla sindrome da *burnout*, disagio psicofisico proveniente dall'attività lavorativa che interessa soggetti impegnati quotidianamente e ripetutamente in *attività* che comportano elevati livelli di stress e che causa un significativo deterioramento del benessere e della salute, è molto ampia. In questa sede si segnalano: H. FREUDENBERGER, G. RICHELSON, *Burnout: The High Cost of High Achievement*, Bantam Books, 1980; C. CHERNISS, *Staff Burnout: Job Stress in the Human Services*, Sage Publication Inc., Beverly Hills, 1980(trad. it., *La sindrome del burnout: lo stress lavorativo degli operatori dei servizi socio-sanitari*, Centro Scientifico Torinese, Torino, 1983); J. EDELWICK, A. BRODSKY, *Burn-out: Stages of Disillusionement in the Helping Professions*, Human Science Press, New York, 1980; C. MASLACH, *La sindrome del burnout. Il prezzo dell'aiuto agli altri*, Cittadella, Assisi, 1982; C. MASLACH, S. E. JACKSON, *Burnout in organizational setting*, «Applied Social Psychology Annual», 5, 133-153, 1984; D. A. BAKAL, *Psicologia e medicina* (trad. t.), Roma, Armando, 1984; P. G. GABASSI, M. MAZZON, *Burnout: 1974-1994. Venti anni di ricerche sullo stress degli operatori socio-sanitari*, Franco Angeli,

è esposto a un sensibile deterioramento delle proprie capacità lavorative ed emozionali e diviene schiavo di se stesso e delle pulsioni che ha introiettato. "Il soggetto di prestazione tardo-moderno resta in tal modo libero, poiché non viene sottoposto ad alcuna repressione da parte di un dominio esterno. Ma in realtà non è libero"[61].

La negazione della violenza, il rifiuto del confronto con le ombre può generare, dunque, effetti nefasti: "Il soggetto di prestazione si sfrutta da solo finché non si incenerisce cadendo nel *burnout*. In tal modo si genera un'autoaggressività che non di rado si inasprisce arrivando alla violenza del suicidio"[62]. A questo effetto di ritorno, relativo all'introiezione di pulsioni, della chiusura alla negatività che conduce la violenza ad apparire in una forma interna alla psiche, bisogna aggiungere poi gli esiti della ipostatizzazione dei medesimi sentimenti. "Le ombre, che non possono essere accettate come parti negative di noi stessi, sono così portate fuori e proiettate verso l'esterno dove vengono combattute e sterminate come nemici reali"[63].

È il processo che, nelle parole di Alberto Giasanti, conduce a proiettare le istanze negative che un individuo o una parte di società non riesce a riconoscere come provenienti dal proprio interno, per mancanza di coraggio, scarsa attitudine all'analisi o per ragioni di convenienza politica, su altri soggetti, generalmente stranieri, minoranze, fasce deboli. La costruzione di un capro espiatorio[64] sul quale scaricare tensioni sociali e indirizzare energie aggressive represse, sottende una

---

Milano, 1995; W. D. HARRISON, *A social competence model of burnout*, in B.A. FARBER (ed.) *Stress and burnout in human service professions*, Pergamon Press, New York, 1983; A. ROSSATI, G. MAGRO, *Stress e burnout*, Carocci, Roma, 2001; M. SANTINELLO, *La sindrome del burnout*, Erip, Pordenone, 1990; S. SIRIGATTI, C. STEFANILE, E. MENONI, *Sindrome di burnout e caratteristiche di personalità*, «Bollettino di Psicologia Applicata», 187-188, pp. 55-64, 1988.

[61] B. C. HAN, *op. cit*, p. 11.

[62] *Ibid*., pp. 21-22.

Sui processi psicologici che determinano il suicidio e sul suo significato si guardi J. HILLMAN, *Il suicidio e l'anima*, Adelphi, Milano, 2010.

[63] A. GIASANTI, *Ombre, cit.,* p. 18.

[64] Per il concetto di capro espiatorio si guardi: R. GIRARD, Il capro espiatorio, *cit.*

G. ZAGREBELSKY, *Il tempo e lo spazio del 'capro espiatorio'. Del paradosso della dignità in carcere*, In *Diritto e società*, N. 1, 2015 (gen-mar), p. 1-12.

dirittifondamentali.it

carenza nella comprensione dell'Io[65] e dello spettro emotivo di cui si compone nel suo rapportarsi alla vita e alla società.

Secondo Freud la violenza viene interiorizzata poiché la coscienza, operando da freno morale, impedisce di indirizzarla all'esterno e scaricarla verso l'Altro e, a una maggiore astensione dall'offesa esosomatica, corrisponde una più accentuata sofferenza endosomatica[66].

È paradossale che il recupero dell'autore di un crimine sia promosso da una società che non riflette mai sulla propria incapacità di porsi in relazione con la violenza, né sulle forme che essa assume e attraverso le quali si manifesta. Una società, spesso, incapace di guardarsi allo specchio.

Sono molteplici i presidi che consentono, come abbiamo cercato di dimostrare, che l'esecuzione della pena acquisisca una connotazione non violenta e rispettosa della dignità della persona, ma pensare che il complesso disciplinare penitenziario sia capace di redimere il deviante e ricondurlo sui binari di una corretta socialità sottraendolo all'*inferno* nel quale si era cacciato e riportarlo alla *civiltà*, applicando una forza che dall'esterno redime, vuole dire avere uno sguardo miope.

Il percorso carcerario verso il ritorno in società al quale un detenuto è chiamato ricorda la discesa negli inferi di Orfeo, che nella visione del mito elaborata da Cesare Pavese, decide di affrontare le parti più buie della propria anima. Riportare alla vita l'amata Euridice non è la vera ragione che ha mosso l'allievo di Apollo; Orfeo attraversa lo Stige, affronta Cerbero e giunge al cospetto di Persefone rischiando la vita per cercare, ostinatamente, una scomoda verità sulla sua

[65] Il disconoscimento del sistema di ordini e divieti come complesso prodotto dal Super-io, finisce per determinare, nella visione di Freud, un sovraccarico di elementi violenti di derivazione psichica che necessita di un punto di scarico esterno all'individuo, spesso pretestuoso, per sfuggire all'introiezione.
S. FREUD, *L'Io e l'Es, in Opere 9 – L'Io e l'Es e altri scritti 1917-1932,* trad. it., di C. L. Musatti, Bollati-Boringhieri, Torino, 1977.

[66] A tal proposito si guardino S. FREUD, *Il disagio della civiltà*, *in Opere 10 – Inibizione, sintomo e angoscia e altri scritti 1924-1929*, trad. it. di E. SAGITTARIO, Bollati Boringhieri, Torino, 1989; S. FREUD, *Perché la guerra?* (*Carteggio con Einstein*), in *Opere 11 – L'uomo Mosè e la religione monoteistica e altri scritti 1930-1938*, trad. it. di S. CANDREVA, E. SAGITTARIO, Bollati Boringhieri, Torino, 1989; S. FREUD, *Il problema economico del masochismo*, in *Opere 10*, cit., trad. it. di R. Colorni.

esistenza che solo quei luoghi freddi, inospitali e sottratti alla vista dei più, custodiscono e possono rivelare a quanti hanno l'ardire di raggiungerli:

"È necessario che ciascuno scenda una volta nel suo inferno. L'orgia del mio destino è finita nell'Ade, finita cantando secondo i miei modi la vita e la morte [...] Ero quasi perduto e cantavo. Comprendendo ho trovato me stesso"[67].

Il cuore della rieducazione probabilmente consiste in una possibilità conoscitiva che sfugge all'inquadramento normativo e regolamentare e che afferisce alla dimensione psichica più vicina al mistero dell'esistenza umana, inaccessibile alla luce.

Ci riferiamo all'inconscio[68], quella parte negativa e sfuggente della personalità che realizza un percorso indipendente dalla coscienza e alla quale, secondo Jung, corrispondo agli archetipi di ogni società[69]. Queste figure che esprimono "le immagini primordiali comuni a tutta l'umanità"[70], trascendendo una società particolare e storicamente determinata, si pongono in relazione con problematiche transculturali[71], e dischiudono il *processo intersoggettivo di comprensione* la cui fecondità è stata sottolineata in lavori che si pongono al confine fra psicologia e neuroscienze[72].

L'internamento in un carcere attraverso la negazione esplicita della libertà potrebbe allora spalancare un orizzonte conoscitivo a cui è difficile accedere dalla posizione

---

[67] C. PAVESE, *Dialoghi con Leucò*, Einaudi, Torino, 2004, p. 69.

[68] Sulla questione dell'inconscio si guardino: S. FREUD, *Il disagio nella civiltà*, traduzione di E. GIANNI, a cura di S. MISTURA, Adelphi, Torino, Einaudi, 2010; S. FREUD, *Psicopatologia della vita quotidiana*, Psicopatologia della vita quotidiana, Bollati Boringhieri, Torino, 1971; E. HUSSERL, *Fenomenologia dell'inconscio*, Milano-Udine, Mimesis, 2021; F. S. TRINCIA, *Husserl, Freud e il problema dell'inconscio*, Morcelliana, Brescia, 2008; C.G. JUNG., *Psicologia dell'inconscio*, trad. it., Bollati-Boringhieri, Torino 1968.

[69] In particolare l' archetipo Ombra corrisponde secondo Jung all'archetipo Diavolo, parte non riconosciuta dell'uomo, non accettata, che presiede alla negatività. Rifuggire l'ombra vuol dire, secondo questa interpretazione, rifiutare di avere a che fare con il luogo in cui trovano la loro genesi molti dei movimenti psichici alla base della delinquenza dell'individuo e della società. C.G. JUNG, *Psicologia dell'inconscio*, trad. it., Bollati-Boringhieri, Torino 1968; Lo Verso G., *La mafia dentro. Psicologia e psicopatologia di un fondamentalismo*, Franco Angeli, Milano, 1998.

[70] C. G. JUNG, *Opere 7. Due testi di psicologia analitica*, Bollati-Boringhieri, Torino, 2007, *cit*. p. 108.

[71] Si guardi: L. SEBAG, (1979), *Mitologia e realtà sociale*, Dedalo, Bari, pp. 301-301.

[72] Si guardi ad esempio: E. GINOT, *The neuropsychology of the Unconsious. Integrating Brain and Mind in Psychotherapy*, tr. it. *Neuropsicologia dell'inconscio. Integrare mente e cervello nella psicoterapia*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2017.

di formale libertà e di sostanziale ottundimento che caratterizza la maggior parte dei non devianti[73].

Forse solo l'accesso a questa zona di indifferenza che si colloca oltre il perimetro delimitabile da qualunque normazione e regolamento e afferisce alla dimensione psichica primaria dell'uomo, consente di aprire all'interno di una pena fortemente degradante spazi di umanità.

dirittifondamentali.it

[73] A fronte delle diverse teorie sul controllo sociale esercitato al di fuori del sistema penale, ci si è riferiti in questa sede a quelle di Byung-Chul Han e di Alberto Giasanti. Al superamento di un modello sociale basato sul controllo disciplinare tramite un apparato transnazionale di autosfruttamento, proposto dal filosofo coreano, corrispondono tre fasi della storia del controllo che hanno contraddistinto l'evoluzione della vicenda italiana secondo Giasanti. Una forma di controllo orientata all'*esproprio dei corpi,* riduzione dello spazio fisico secondo un modello custodialistico, seguita da una fase di *frantumazione della persona,* nella quale gli apparati e i servizi pubblici si prendono cura di una frazione della persona con finalità di tutela, hanno preceduto l'ultima forma in cui il controllo sociale ha trovato espressione. L'attuale forma di controllo attraverso *l'esproprio delle anime,* perpetrato con la svendita degli stati d'animo dell'individuo alla società in cambio di un ruolo, quasi attoriale, nell'organizzazione sociale: "Questa è la nuova ideologia sociale: tutti attori a rappresentare sé stessi nel modo migliore per riuscire a vendersi meglio. Non più ansie e inquietudini nella vita quotidiana, basta non esistere più come individui e giocare la parte che a ciascuno di noi tocca: rappresentare la vita al posto di viverla". A. Giasanti (a cura di) *Controllo sociale e vita quotidiana*, Arcane editrice, Canterano (RM), 2018, p. 19.

Per le teorie di Han si consultino:

B. C. HAN, *Topologia della violenza*, Edizioni Nottetempo, Milano, 2019; B. C. HAN, *Che cos'è il potere?*, Edizioni Nottetempo, Milano, 2019; B. C. HAN, *La società della stanchezza*, Nottetempo, Milano, 2012; B. C. HAN, *La società della trasparenza*, Nottetempo, Milano, 2014; B. C. HAN, *Nello sciame*, Nottetempo, Milano, 2015; B. C. HAN, *Psicopolitica*, Nottetempo, Milano, 2016.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 23 febbraio 2022

Il confine fra schiavitù e tratta e la perseguibilità di quest'ultima fattispecie dinanzi alla Corte penale internazionale

di
Chiara Di Stasio*

Sommario: 1. Premessa – 2. Il divieto della tratta e della schiavitù nel diritto internazionale. - 3. La disciplina della tratta e della schiavitù nell'Unione europea. – 4. Il confine fra tratta e schiavitù e le incertezze interpretative della giurisprudenza internazionale. - 5. Gli "indicatori" della schiavitù elaborati nelle *Bellagio-Harvard Guidelines* quali parametri per accertare nei casi concreti la riduzione in schiavitù delle vittime di tratta. – 6. La questione della perseguibilità della tratta di fronte alla Corte penale internazionale e le possibili soluzioni derivanti dall'interpretazioni dell'art. 7 dello Statuto di Roma alla luce delle *Bellagio-Harvard Guidelines.* – 7. Il traffico di esseri umani in Libia e le recenti prospettive circa l'apertura formale di un'inchiesta di fronte alla Corte penale internazionale. – 8. Conclusioni

1. Premessa

La tratta di esseri umani rappresenta, oggi, non solo un grave fenomeno criminale internazionale ma, altresì, una delle forme più evidenti e drammatiche di violazione dei diritti umani, sostanziandosi in quell'attività illecita che sta alla base di un florido mercato gestito prevalentemente da organizzazioni criminali. I trafficanti, infatti, traggono vantaggio dallo sfruttamento di soggetti vulnerabili i quali, dopo essere stati reclutati, vengono trasportati illegalmente nel territorio di uno Stato diverso da quello d'origine (tratta c.d. "transfrontaliera") o, semplicemente. trasferiti entro i confini dello stesso Stato (tratta c.d. "interna"). Tuttavia, a differenza del traffico di migranti (c.d. *smuggling of migrants)* l'elemento caratteristico dello *trafficking in human being*, consiste nell'assoggettamento della vittima alle più degradanti forme di sfruttamento tra le quali: prostituzione forzata,

Contributo sottoposto a referaggio

sfruttamento del lavoro servile e forzato, pornografia, accattonaggio, matrimoni forzati, adozioni illegali, impiego dei "bambini-soldato" e traffico di organi.

Sulla base del fatto che tra trafficante e trafficato si instaura un rapporto di asservimento e grave sfruttamento tale da privare la vittima della dignità e della libertà personale, destinandola ad una condizione di esclusione ed emarginazione sociale e relazionale, tipiche del rapporto schiavista, si cercherà di capire, attraverso l'analisi della normativa e della giurisprudenza internazionale sul tema, se è possibile identificare nella tratta di esseri umani le caratteristiche del ben più antico istituto della schiavitù, inquadrandola essa stessa come *slavery* o *"practices similar to slavery"*, oppure se considerarla una fattispecie autonoma.

Da questa analisi, possono derivare conseguenze importanti sul piano del diritto internazionale sia per responsabilizzare gli Stati che spesso non tutelano adeguatamente le vittime di queste gravi violazioni dei diritti umani, sia per consentire di perseguire gli autori del traffico di esseri umani, per violazione delle norme contenute nelle Convenzioni internazionali, nella legislazione dell'UE e nello Statuto della Corte penale internazionale (di seguito CPI).

2. Il divieto della tratta e della schiavitù nel diritto internazionale

Il diritto internazionale fa divieto delle pratiche schiavistiche sia nelle carte sui diritti fondamentali, sia nei molteplici trattati multilaterali e bilaterali, sia nelle sentenze delle corti sovranazionali sia in numerosi strumenti di *soft law*, nonché nelle risoluzioni e dichiarazioni delle organizzazioni internazionali[1]. Purtroppo,

* Professore associato di diritto internazionale IUS/13 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

[1] Cfr. J. ALLAIN, *Slavery in International Law: of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2013; S. MIERS, *Slavery in the twentieth Century. The Evolution of a Global Problem*, 2003, p. 453; K. BALES, *Expendable People, Slavery in the Age of Globalization*, in *Journal of International Affaires*, 2000, p. 463: S. MIERS, *Contemporary Form of Slavery*, in *Canadian Journal of African Studies*, 2000, n. 3, p. 731 ss. Nella dottrina italiana v. N. BOSCHIERO, *Giustizia e riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù. Una valutazione alla luce del diritto internazionale consuetudinario, del diritto internazionale privato europeo e dell'agenda delle Nazioni Unite 2030* (parte prima), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (https://www.statoechiese.it), 2021, n. 1, pp. 44-159; A. LATINO, *L'ordinamento internazionale e le* contemporary forms of slavery, 2018, in M. SIMONAZZI –T. CASADEI (a cura di), *Nuove e antiche forme di schiavitù*, Napoli, 2018, p. 153 ss.; G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di*

però, molti di questi strumenti sono rimasti lettera morta oppure si sono mostrati inadeguati a fronteggiare il fenomeno, con la conseguenza che un numero già di per sé molto elevato di persone continua ad essere assoggetto a quelle che, oggi, sono definite le forme della "moderna schiavitù". Il primo tentativo di mettere in campo strumenti interazionali per la lotta alla schiavitù risale al trattato bilaterale fra Gran Bretagna e Francia del 1814[2], nel quale è presente una espressa condanna a questa pratica ritenuta contraria ai principi della "*natural justice*". Un anno dopo, in occasione del Congresso di Vienna, viene adottata la "*Declaration Relative to Universal Abolition of the Slave Trade*" che, tuttavia, non ha portata vincolante, trattandosi di uno strumento di *soft.* Così, la prima vera forma di codificazione in materia si è avuta quasi un secolo dopo, con la firma della Convenzione sulla schiavitù, adottata nell'ambito della Società delle Nazioni il 25 settembre 1926, ancora oggi in vigore. Dopo la seconda guerra mondiale, grazie ai movimenti in favore dei diritti fondamentali, il divieto di schiavitù è stato poi inserito in diverse Dichiarazioni e Carte, in particolare nell'art. 4 nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, adottata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

A livello regionale, invece, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 sancisce il divieto di schiavitù e di lavoro forzato, all'art. 4, dove il par. 1 prevede che: "nessuno può essere tenuto in condizione di schiavitù o di servitù". Il successivo par. 2 stabilisce inoltre che: "nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio".

Come risulta dai numerosi strumenti di diritto internazionale in materia, oggi, il divieto di schiavitù viene annoverate fra le norme di *jus cogens*, norme cioè inderogabili. Proprio per questa loro natura, gli Stati non possono escludere la loro

migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno, Giuffré , Milano, 2000; N. BOSCHIERO, *Lo sfruttamento economico dei lavoratori migranti: vecchie e nuove forme di schiavitù nell'era della* private economy, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 344 ss.; F. LENZERINI, *Sfruttamento sessuale dei minori e norme internazionali sulla schiavitù*, in *La Comunità internazionale*, 1999, vol. 54, 474 ss.; Si veda anche il rapporto dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite sui diritti umani (OHCHR), *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, New York and Geneve, 2002.

[2] La condanna è inserita negli *Additional Articles to the Paris Peace Treaty* del 30 maggio 1814.

applicazione attraverso la stipula di trattati[3] e, in caso violazione, non possono invocare alcuna clausola di esclusione dell'illecito. Il divieto della schiavitù è anche ritenuto un obbligo *erga omnes*, cioè un obbligo che riguarda l'intera comunità internazionale, la cui violazione, cioè, può essere pretesa nei confronti dell'autore da parte dell'intera comunità internazionale in quanto, in caso contrario, verrebbero lesi interessi di natura collettiva[4].

Infine, il diritto penale internazionale contemporaneo annovera la schiavitù fra i crimini internazionali dai quali deriva la responsabilità penale e personale dell'individuo/organo che li ha commessi e la responsabilità internazionale per lo Stato che li ha perpetrati o che non li ha impediti. Tali reati possono comportare accuse per crimini contro l'umanità in tempo di pace o crimini di guerra, se commessi nel corso di conflitti bellici.

Per quanto riguarda la tratta, a parte una serie di accordi bi e multi laterali dei primi dell'800, un'attenzione più specifica alla repressione di questa fattispecie può farsi risalire alla creazione delle Nazioni Unite, la quale ha promosso una serie di Convenzioni, per lo più a carattere settoriale, che hanno prodotto un quadro piuttosto farraginoso in materia. Tra le principali si ricordano:

- la Convenzione sul lavoro forzato del 28 giugno 1930[5];
- la Convenzione per la repressione della tratta di esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione altrui del 2 dicembre 1949[6];
- la Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati del 28 luglio 1951 ed il suo Protocollo[7];
- la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del dicembre 1979[8];

[3] I trattati confliggenti con le norme di *jus cogens* sono considerati invalidi, come è previsto dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati.

[4] V. la famosa decisione della Corte internazionale di giustizia del 5 febbraio 1971 nel caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd* (*Belgium v. Spain*), in *J.C.J. Reports*, 1970, p. 32.

[5] https://www.ilo.org/rome/norme-del-lavoro-e-documenti/WCMS_152328/lang--it/index.htm.

[6] Cfr. *Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of others*, approved by General Assembly Resolution n. 317 (IV) of 2 December 1949, entry into force: 25 July 1951, in accordance with article 24, disponibile all'indirizzo https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/trafficinpersons.aspx.

[7] Disponibili all'indirizzo https://www.unhcr.org/3b66c2aa10.

- la Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989[9];
- la Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro relativa alla proibizione delle forme peggiori di lavoro minorile del 17 giugno 1999[10];
- il Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo concernente la vendita dei fanciulli, la prostituzione infantile e la pedopornografia del 25 maggio 2000[11].

Con il passare del tempo, tuttavia, la Comunità internazionale ha preso coscienza dell'esigenza di disciplinare il fenomeno nella sua interezza e così, nel 2000, è stato adottato il Protocollo di Palermo[12], anche in questo caso promosso dalle Nazioni Unite. Esso contiene la prima definizione internazionalmente riconosciuta di tratta che, da un lato, risulta sufficientemente dettagliata da soddisfare il principio di legalità e, dall'altro, è stata volutamente formulata in maniera ampia, in modo da ricomprendere tutte le varie manifestazioni di un fenomeno le cui forme e finalità sono in continua evoluzione. Secondo l'art. 3 lett. a) del Protocollo di Palermo la "tratta di persone" consiste, infatti, nel: "reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o

[8] Cfr. *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women New York*, 18 December 1979, disponibile all'indirizzo https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/trafficinpersons.aspx.

[9] Cfr. *Convention on the Rights of the Child*, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution n. 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49, disponibile all'indirizzo https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx.

[10] Cfr. *Worst Forms of Child Labour Convention*, 1999 (No. 182), disponibile all'indirizzo https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182.

[11] Cfr. *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict*, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution n. A/RES/54/263 of 25 May 2000, entry into force 12 February 2002, disponibile all'indirizzo https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/opaccrc.aspx.

[12] Cfr. *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children*, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution n. 55/25 of 15 November 2000, disponibile all'indirizzo https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/protocoltraffickinginpersons.aspx.

vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi".

La disciplina del Protocollo di Palermo è stata ripresa e sviluppata, specialmente a livello regionale, da successivi strumenti internazionali tra cui, in maniera particolarmente efficace, dalla Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa[13] del 2005, la quale ha avuto il merito di privilegiare la dimensione della tutela delle vittime di tratta, attraverso l'adozione di disposizioni che introducono specifiche misure di assistenza e sostegno.

3. La disciplina della tratta e della schiavitù nell'Unione europea

Anche l'Unione europea, fin dall'inizio, ha riservato particolare interesse ai fenomeni della tratta e della schiavitù. Essa sancisce il divieto di schiavitù, innanzitutto, nell'art. 5 Carta dei diritti fondamentali, solennemente proclamata a Nizza nel 2000, poi divenuta vincolante dal 1° dicembre 2009, con il Trattato di Lisbona. La norma tutela il diritto a non essere sottoposti a schiavitù e a lavoro forzato nei medesimi termini dell'art. 4, paragrafi 1 e 2 della CEDU. Al par. 3 della stessa norma, viene vietata la tratta, divieto che non compare invece nell'art. 4 della CEDU. Il suo inserimento nella Carta deriva dalla necessità di tutelare la "dignità della persona umana" e di tenere conto degli ultimi sviluppi della criminalità organizzata, in particolare quella coinvolta nell'immigrazione illegale o nello sfruttamento sessuale[14]. Non va, poi, tralasciato l'art. 47 del capo VI del Trattato sul funzionamento dell'UE, dedicato al diritto a un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale a favore delle vittime delle gravi violazioni dei diritti umani, tra le quali sono comprese anche le vittime di tratta e schiavitù.

[13] Disponibile all'indirizzo https://rm.coe.int/168047cd70

[14] V. spiegazioni all' art. 5 in cui viene anche richiamata la definizione di tratta che si legge nell'allegato della Convenzione *Europol*.

Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha segnato un ulteriore avanzamento nella repressione della tratta, grazie anche al superamento della struttura a pilastri[15]. Con l'inserimento delle competenze penali c.d. "indirette" che trovano la loro base giuridica nell'art. 83TFUE[16] , è stata attribuita all'UE competenza ad adottare "norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale" (c.d. "competenza penale indiretta *autonoma*")[17]. Tale competenza può esplicarsi unicamente negli ambiti individuati dal Trattato, ovvero: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

La prima direttiva penale dell'Unione europea, adottata sulla base del nuovo art. 83, par. 1 TFUE, è la Direttiva 2011/36/UE[18], c.d. anche "direttiva anti-tratta". Tra le principali novità introdotte dalla direttiva, si segnala una maggiore protezione dei diritti delle vittime, come richiesto dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 16 maggio 2005, prevedendosi la creazione di un sistema transnazionale di *referral*, al fine di migliorare l'identificazione, la protezione e l'assistenza delle stesse.

---

[15] Con il trattato di Lisbona, infatti, la cooperazione giudiziaria in materia penale è stata sottoposta a meccanismi, principi e regole dell'UE. Cfr. A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro Ue nella europeizzazione del diritto penale: un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei trattat*i, in *Rivista di diritto pubblico comparato,* 2007, pp. 1157 ss.

[16] Cfr. G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, (a cura di), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris, 2005.

[17] Su cui v. R. SICURELLA, *Lo spazio penale europeo dopo Lisbona: le nuove competenze dell'Unione europea alla prova dei principi fondamentali dello Stato di diritto,* in N. PARISI, V. PETRALIA (a cura di), *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona,* Torino, 2012, pp. 87 ss.; L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di) *L' evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona,* 2011, pp. 207 ss.; C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cassazione pen*ale, 2010, pp. 326 ss.

[18] Cfr. Direttiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in G.U.U.E., L.101, p.1.

4. Il confine fra tratta e schiavitù e le incertezze interpretative della giurisprudenza internazionale

Una delle maggiori incertezze interpretative, oggi, riguarda il confine fra le fattispecie di tratta e di schiavitù. Da un analisi, seppur sommaria, degli strumenti internazionali ed europei in materia, emerge come le due fattispecie non siano sempre ben distinguibili ma appaiano spesso strettamente collegate[19].

Il nodo della questione riguarda, in particolare, l'interpretazione esatta della prima definizione di schiavitù elaborata a livello internazionale, contenuta nell'art. 1 della Convenzione sulla schiavitù del 1926[20] in cui, all'art. 1, si legge: "La schiavitù è lo stato o la condizione di persone su cui sono esercitati alcuni o tutti i poteri del diritto di proprietà". Tale definizione, giacché sembra presuppore l'esercizio del diritto di proprietà su di una persona, potrebbe apparire oggi anacronistica e priva di utilizzo pratico, considerato che tale istituto giuridico è stato bandito da tutti i sistemi giuridici nazionali. Studi recenti[21] ne hanno invece dimostrato l'attualità ed hanno tentato di restituirle una nuova linfa vitale, dal momento che essa è stata da tempo abbandonata, a causa dei travisamenti e dalle ambigue interpretazioni di cui è stata oggetto, anche ad opera delle corti internazionali, indotte nell'inganno dalle stratificazioni normative successive che ne hanno "diluito" l'iniziale significato. La definizione del 1926 è stata "congelata" come strumento repressivo davanti ai tribunali nazionali ed internazionali, pur continuando a mantenere il suo valore normativo, tanto da essere fedelmente riprodotta in una serie di strumenti internazionali successivi come nella Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù del 1956 e nello Statuto di Roma del 1998 (art. 7), istitutivo della CPI. La definizione di schiavitù è stata, infine, inclusa negli strumenti adottati

[19] In questo senso v. N. SILLER, "*Modern Slavery". Does International Law Distinguish Between Slavery, Enslavement and Traffiking*, in *Journal of Criminal Justice,* 2016, n. 2, p. 405 ss.

[20] Cfr. 1926 *Slavery Convention*, firmata a Ginevra il 25 settembre 1926 ed entrata in vigore il 9 marzo 1927, disponibile all'indirizzo https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-2&chapter=18&clang=_en.

[21] Cfr. J. ALLAIN, *Contemporary Slavery and Its Definition in Law*, in A. BUNTING, J. QUIRK (Ed.), *Contemporary slavery: Popular Rhetoric and Political Practice*, 2017, UBCpress, pp. 37-66.

rispettivamente nel 2000 e nel 2005 dall'ONU e dal Consiglio di Europa in materia di tratta[22]. L'art. 1 della Convenzione del 1926 sembra essere sopravvissuto ma non è più vitale. Di fatto è entrato in disuso poiché, fondamentalmente, non ne è ancora chiara la vera portata.

Oggi, si avverte pertanto la necessità di comprendere l'esatto significato della definizione di schiavitù, anche perché, nella sua applicazione giurisprudenziale, in particolare ad opera della Corte europea dei diritti umani e del Tribunale penale internazionale per la *ex* Iugoslavia, è stata oggetto di divergenti interpretazioni.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, per esempio, nel caso del 2005 *Siliadin* v. *France*[23], è stata chiamata a giudicare se una situazione di sfruttamento domestico di una minorenne costituisse o meno una violazione dell'articolo 4 della CEDU[24]. Nonostante tale sentenza abbia avuto il merito di superare la precedente interpretazione limitativa, secondo la quale l'articolo 4 della CEDU si poteva applicare soltanto a quelle situazioni in cui l'individuo si fosse trovato nell'impossibilità "giuridica" di modificare la propria condizione[25], è stata fortemente criticata per aver interpretato la nozione di schiavitù, di cui alla Convenzione del 1926, in maniera eccessivamente rigida e ancorandola alla tradizionale nozione di "*chattel slavery*" o schiavitù "*de jure*".

Nel successivo caso *Rantsev* v. *Cyprus and Russia*, la Corte EDU, chiamata ad affrontare il problema dell'inclusione della tratta nella fattispecie della schiavitù, essendo la tratta esclusa dall'art. 4 CEDU, si è espressa sulla questione in maniera

---

[22] Cfr. Consiglio d'Europa, *Convention on Action Against Trafficking in Human Beings* art. 4(a), May 16, 2005, C.E.T.S. No. 197; *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, G.A. Res. 55/25, art. 3(a), U.N. Doc. A/RES/55/25 (Nov. 15, 2000).

[23] Cfr . Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza, 26 luglio 2005, *Siliadin* v. *France*, ric. n. 73316/01, sulla quale v. H. CULLEN, Siliadin v. France*: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, Vol.6, No.3, 2006, pp. 585–592; A. NICHOLSON, *Reflections on* Siliadin v. France*: slavery and legal definition*, in *The International Journal of Human Rights*, Vol. 14, No. 5, 2010, pp. 705–720.

[24] Cfr. Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), Consiglio d'Europa, in ETS n. 005, Roma 4 Novembre 1950.

[25]Cfr. F. SALERNO, *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Edizioni scientifiche, Napoli 2004, pp. 2107 ss., p. 2131; N. BOSCHIERO, *Art. 4*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova 2001, pp. 96 ss.

favorevole. Tale sentenza rappresenta un'importante conquista giurisprudenziale, in quanto non solo ha espressamente stabilito che la tratta di esseri umani rientra nel campo d'applicazione dell'articolo 4 della CEDU, ma anche perché supera la limitata visione, legata alla tradizionale definizione di schiavitù, cioè una schiavitù "*de jure*", adottata nel caso *Siliadin*. La Corte ha lasciato tuttavia aperto il problema del rapporto intercorrente tra schiavitù e tratta, non essendo stato possibile ricavare, da tale pronuncia, elementi sufficienti per affermare che la tratta sia pienamente ascrivibile alla schiavitù.

Più di recente, nei casi *S.M.* v. *Croazia*[26] del 25 giugno 2020 e *Chowdury* ed *altri* v. *Grecia* del 30 marzo 2017[27], la Corte è tornata sul tema del rapporto fra tratta e schiavitù, confermando la giurisprudenza precedente e cioè che la tratta, anche se non prevista dall'art. 4 CEDU, ne costituisce una violazione in quanto rappresenta una minaccia dei diritti e delle libertà delle persone che ne sono vittime. Ancora una volta, tuttavia, pur svolgendo argomentazioni più articolate rispetto alle precedenti decisioni, non risulta chiaro se la tratta sia essa stessa una forma di schiavitù o se rappresenti una fattispecie autonoma.

In particolare, nella sentenza *S.M.* v. *Croazia*, la Corte ha affermato che, se la prostituzione è legata alla tratta, essa rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 della CEDU, in quanto, dall'interpretazione evolutiva della disposizione, i tre elementi che accomunano le fattispecie di reato in esso contenute presentano quelli che sono gli elementi identificativi, ovvero: il trattamento degli esseri umani come beni, la rigida sorveglianza, la limitazione degli spostamenti, l'uso della violenza o delle minacce, le carenti condizioni di vita e l'assenza o l'esiguo pagamento[28]. Se, invece, la prostituzione è forzata, ma non legata alla tratta, essa può rientrare nella categoria del "lavoro forzato e obbligatorio", di cui sempre all'articolo 4 CEDU. L'assenza di chiarezza del merito della sentenza è stata

[26] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 giugno 2020, *S.M.* v. *Croazia*, ric. n. 60561/14.

[27] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 marzo 2017, *Chowdury and others* v. *Greece*, ric. n. 21884/15.

[28] Corte europea dei diritti dell'uomo, IV sezione, sentenza del 17 gennaio 2017, *J. et al.* v. *Austria*, ric. n. 58216/12.

sottolineata anche dai giudici O'Leary e Ravarani i quali, nelle loro *dissenting opinions*, hanno osservato la "*conceptual vagueness*" sviluppata dalla Corte che riconduce il caso ad un trattamento contrario all'articolo 4 CEDU a prescindere dalla natura del comportamento illecito (se tratta di esseri umani o prostituzione forzata) concludendo semplicemente, che in termini di obblighi procedurali, non vi era alcuna differenza.

Come si diceva, sulla tratta e le forme contemporanee di schiavitù si sono pronunciati anche i tribunali penali internazionali. In particolare, si segnala la decisione la Corte d'Appello del Tribunale penale internazionale per la *ex* Iugoslavia per aver espresso una posizione divergente rispetto alla prima giurisprudenza in materia di schiavitù della Corte EDU. Essa, infatti, nel caso *Kunarac et al.*, relativo alla sistematica detenzione e violenza sessuale perpetrata dai militari serbi nei confronti delle donne nella città di Foca (Bosnia-Erzegovina), sempre partendo dalla definizione di schiavitù contenuta nella Convenzione del 1926, ha accolto l'interpretazione in base alla quale il concetto di schiavitù ivi contenuto, che è spesso ricondotto esclusivamente ad una schiavitù *de jure* (c.d."*chattel slavery"*), si è in realtà evoluto in varie forme di schiavitù che sono basate sull'esercizio di uno dei poteri connessi al diritto di proprietà, quindi su una schiavitù *de facto.*

5. Gli "indicatori" della schiavitù elaborati nelle *Bellagio-Harvard Guidelines* quali parametri per accertare nei casi concreti la riduzione in schiavitù delle vittime di tratta

Alla luce di tali difficoltà ermeneutiche e allo scopo e quello di guidare giudici nella comprensione dell'esatta portata del concetto di schiavitù nel mondo contemporaneo, il *Research Network on the Legal Parameters of Slavery*[29], anche sulla scorta della decisione dell'Alta Corte Australiana che, nella sentenza del 2008 resa

[29] Il *Research Network* era costituito da accademici e avvocati esperti del diritto di proprietà. Il lavoro del gruppo è stato pubblicato in un volume edito da J. ALLAIN (ed.), *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, OUP, 2012.

nel caso *Queen* v. *Tang*[30], che aveva accolto l'interpretazione della schiavitù di cui all'art. 1 della Convenzione del 1926 come schiavitù "di fatto", tra il 2010 e il 2012 ha elaborato le c.d. *Bellagio-Harvard Guidelines*[31]. Nel 2016, la Corte Interamericana sui diritti umani, nel caso *Hacienda Brasil Verde Workers* v. *Brazil*[32], ha accolto la *Guideline* come parametro interpretativo della definizione di schiavitù nel diritto internazionale.

Secondo le *Guidelines*, i poteri "*attached to the right of property*" di cui alla definizioni della Convenzione del 1926, consistono, innanzitutto nella possibilità di vendere, cioè rendere una persona oggetto di una transazione, precisandosi al riguardo che anche gli atleti possono essere venduti, ma ciò che distingue questa transazione dall'esercizio di una schiavitù è che sugli atleti non viene esercitato un controllo uguale al possesso e, cioè, l'atleta può accettare o meno di essere venduto ad un'altra squadra; nel caso della schiavitù si esercita, invece, un controllo tale da privare la persona della libertà personale.

Un altro potere nel quale si esplica l'esercizio del diritto di proprietà è la capacità di "usare" una persona. Anche in questo caso, ci si può servire di una persona senza che ciò sfoci in schiavitù. Quest'ultima si configurerà solo se, in tale rapporto, il controllo sulla persona utilizzata è esercitato in maniera simile al possesso. Utilizzare una persona significa trarne un beneficio dal suo servizio o lavoro, come ad esempio pagare poco o per nulla per un lavoro prestato.

---

[30] Cfr., High Court of Australia, *The Queen v Tang [2008] HCA 39, 28 August 2008, M5/2008*, disponibile all'indirizzo http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2008/39.html. La Corte ha condannato il proprietario di un bordello per il reato di schiavitù, affermando che l'accusa non avesse bisogno di dimostrare che l'imputato sapeva o credeva che le donne fossero schiave. I poteri esercitati dall'imputato erano il potere di fare di ogni donna un oggetto di acquisto, la capacità di utilizzare le donne in modo sostanzialmente illimitato per la durata dei loro contratti, il potere di controllare e limitare i loro movimenti e il potere di usare i loro servizi senza un compenso adeguato.

[31] Disponibili all'indirizzo https://www.monash.edu/__data/assets/pdf_file/0004/2263693/Bellagio-Harvard-Guidelines-English.pdf

[32] Cfr. Corte Interamericana dei diritti umani, caso *Trabajadores De La Hacienda Brasil Verde v. Brasil*, sentenza del 22 agosto 2017,(*Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), disponibile all'indirizzo https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_337_esp.pdf.

Connesso all' "utilizzo" della persona è il potere di "gestione" della vita della stessa. Ancora una volta, "gestire" le persone non significa di per sé schiavizzarle. Un datore di lavoro può, ad esempio, adottare legittimamente una serie di direttive volte ad organizzare il lavoro dei suoi sottoposti. Si realizza uno stato corrispondente alla schiavitù solo quando esiste un controllo equivalente al possesso, quando cioè la persona "gestita" viene isolata dalle sue precedenti relazioni sociali e le viene forgiata una nuova identità attraverso, ad esempio, l'obbligo di abbracciare una nuova religione, una nuova lingua oppure di risiedere in un altro posto o peggio ancora di sposarsi. La gestione di ogni aspetto della vita del soggetto schiavizzato è realizzata dallo schiavista al fine di trarne un vantaggio.

Un ulteriore potere connesso all'esercizio del diritto di proprietà è la capacità di trasferire una persona ai propri eredi. Anche in questo caso, deve essere presente il possesso. Non bisogna pensare che il potere trasferimento *mortis causa* di una persona sia una pratica del passato e che quindi non abbia rilievo ai giorni nostri. Esistono, infatti, aree del mondo e popolazioni, come gli Igbo in Nigeria, presso i quali la vedova è considerata parte dell'asse ereditario del *de cuis* e, pertanto, non possiede essa stessa diritti ereditari. Alcuni costumi locali prevedono, infatti, che sia "ereditata" da un maschio della famiglia del defunto[33].

La proprietà comporta, inoltre, la capacità di esaurire i beni che ne sono oggetto, di consumarli. Nel caso della schiavitù tale potere può essere compreso in relazione alla possibilità di disporre, maltrattare e trascurare una persona. Una volta esercitato il controllo equivalente al possesso, la schiavitù si manifesta dove la noncuranza per il benessere della persona comporta un suo indebolimento fisico e

[33] Cfr. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR Comments on "EASO Country Guidance: Nigeria" (February 2019)*, May 2019, available at: https://www.refworld.org/docid/5d11de274.html; United States Commission on International Religious Freedom, *USCIRF Annual Report 2018 - Tier 1: USCIRF-recommended Countries of Particular Concern (CPC)* - Nigeria, 25 April 2018, available at: https://www.refworld.org/docid/5b278ee80.html; Canada: Immigration and Refugee Board of Canada, *Nigeria: Levirate marriage practices among the Yoruba, Igbo and Hausa-Fulani; consequences for a man or woman who refuses to participate in the marriage; availability of State protection (February 2006)*, 16 March 2006, NGA101045.E, available at: https://www.refworld.org/docid/45f1478811.html.

psicologico che, se portato alle estreme conseguenze, può condurre anche alla morte.

Dopo aver succintamente passato in rassegna i poteri che nelle *Bellagio Guidelines* sono ricollegati al diritto di proprietà, risulta più chiaro comprendere il significato giuridico della schiavitù a livello internazionale. Avendo affermato la sussistenza di un controllo equivalente al possesso alla base del rapporto schiavista, l'esercizio dei poteri connessi alla proprietà comprende: la compravendita, l'uso, la gestione, il profitto fino all'annientamento fisico e morale della persona ottenuti attraverso, ma non solo, l'uso di violenza fisica, coercizione e/o inganno. Ai fini di accertare, dunque, la vera sostanza di un rapporto bisogna partire dall'esame del caso concerto ed indagare se, all'interno di esso, sia possibile individuare l'esercizio di almeno uno dei poteri connessi al diritto dei proprietà, come descritti nelle *Guidelines*. Così per esempio, se in un caso concreto si è chiamati a stabilire la sussistenza della schiavitù o della tratta, sarebbe bene iniziare verificando la presenza del reato più grave, ovvero della schiavitù e, se si ravvisa l'esercizio di almeno uno dei poteri connessi al diritto di proprietà, allora sarà possibile accertare un caso di schiavitù, in caso contrario si dovrà applicare la normativa prevista per la tratta.

6. La questione della perseguibilità della tratta di fronte alla Corte penale internazionale e le possibili soluzioni derivanti dall'interpretazioni dell'art. 7 dello Statuto di Roma alla luce delle *Bellagio-Harvard Guidelines*

L'analisi condotta alla luce delle *Bellagio Gudelines* consente di chiarire anche il rapporto tra tratta e schiavitù a livello internazional-penalistico. Al pari di altre fattispecie criminose, la tratta di esseri umani, infatti, è stata ampiamente riconosciuta quale grave forma di violazione dei diritti umani, il che è testimoniato, a livello internazionale, dai numerosi strumenti convenzionali adottati in materia, nonché dalle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Simile attenzione, tuttavia, non le è stata parallelamente riservata sul piano internazional-penalistico.

Così come i tribunali penali internazionali per la *ex* Jugoslavia e per il Ruanda[34] hanno avuto il merito di sviluppare una giurisprudenza "innovativa" riconducendo i casi di violenza e schiavitù sessuale (reati "di genere") nell'alveo dei crimini di guerra, dei crimini contro l'umanità e del genocidio, è stato da molti rilevato che, al contrario, la tratta non è stata mai perseguita dinnanzi alla CPI[35].

Ciò premesso, proprio alla luce dell'interpretazione sopra accolta del rapporto fra tratta e schiavitù, si cercherà di capire l'esatta portata della definizione di schiavitù contenuta dell'art. 7 dello Statuto di Roma, al fine di verificare se la tratta sia perseguibile come autonomo crimine dinanzi alla Corte, oppure se, pur non potendosi configurare come crimine autonomo, grazie all'interpretazione derivante dalle *Bellagio Guidelines*, sia possibile attivare l'art. 7 anche in relazione alla tratta, circostanza questa finora mai verificatasi.

Ai sensi dell'art. 5 dello Statuto della CPI, l'organo permanente di giustizia internazionale esercita la propria giurisdizione complementare nei confronti di quattro categorie di crimini: il genocidio, i crimini di guerra, l'aggressione ed i crimini contro l'umanità. L'art. 7 contiene l'elenco degli atti che costituiscono, ai fini dello Statuto, crimini contro l'umanità. Sulla scorta dell'oramai consolidato divieto generale di schiavitù, lo Statuto di Roma l'ha espressamente inclusa tra i crimini contro l'umanità, includendovi nella definizione anche la tratta di esseri umani[36]. Al riguardo, bisogna, però, considerare il contesto nel quale è stato inserito il riferimento alla tratta. I negoziatori dello Statuto, infatti, non hanno

[34] I due Tribunali *ad hoc* hanno riconosciuto la correlazione tra stupro e genocidio in occasione del massacro di Srebrenica: caso *Krstić,* ICTY IT-98-33-A, par. 87; lo stupro come crimine contro l'umanità fu riconosciuto nel caso *Kunarac et al.*, ICTY IT-96-23 & 23/1-T, par. 281-283; lo stupro fu atto di genocidio in Ruanda a Taba, dove la violenza sessuale fu parte integrale del processo di distruzione del gruppo "Tutsi": caso *Akayesu,* ICTR-96-4-T, par. 176-177.

[35] V. al riguardo J. HARALDSEN, *Human Trafficking as a Crime Against Humanity: an analysis of the legal potential to prosecute human trafficking in the International Criminal Court with reference to the trafficking of Rohingya Muslims in Southeast Asia,* University of Oslo, 2014, pp. 10-11. Sulla CPI, in generale, si rinvia a: M. DELMAS-MARTY, *The ICC As a Work in Progress for a World in Process*, in M. M. DEGUZMAN, D. M. AMANN, (a cura di), *Arcs of Global Justice: Essays in Honour of William A. Schabas*, Oxford, 2018, 257 ss.; O. TRIFFTERER, K. AMBOS, (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, 2016; A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, 2002 M. CHERIF BASSIOUNI, *The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History*, New York, 1999.

[36] V. UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 6*, (2009).

previsto una disposizione autonoma per questo crimine, ma lo hanno ricondotto nell'alveo della "schiavitù". Secondo la dottrina[37], infatti, la previsione dello Statuto di Roma rappresenterebbe la codificazione di una preesistente norma consuetudinaria che qualificherebbe la tratta come una fattispecie della schiavitù. Come si è visto in precedenza, tuttavia, la tratta non può essere ricondotta esclusivamente ad una delle ipotesi di schiavitù. La tratta, infatti, costituisce una condotta punibile anche al di là della eventuale successiva riduzione in schiavitù. Va al riguardo rammentato che l'unica definizione giuridicamente vincolante di schiavitù è quella dell'art. 1 della Convenzione del 1926. Ne consegue che solo alla luce di quest'ultima definizione bisogna verificare se le singole fattispecie costituiscono ipotesi di riduzione in schiavitù. Nella tratta degli esseri umani, l'esercizio dei poteri, che abbiamo sopra chiamato "indicatori della schiavitù", non si verifica necessariamente. Ciò non toglie che, spesso, la tratta rappresenta una condizione in assenza della quale non si realizzerebbe il successivo assoggettamento della vittima a poteri connessi al diritto di proprietà da parte del trafficante. Questo avviene, ad esempio, quando il soggetto "trafficato" viene venduto da un trafficante all'altro, oppure quando la vittima viene ridotta in "*debt bondage*", perché costretta a ripagare, con il proprio lavoro prestato in condizioni di sfruttamento, il debito contratto per le spese di viaggio. L'esercizio dei poteri connessi al diritto di proprietà, tuttavia, non sono coessenziali alla nozione di tratta, ma solo eventuali. La tratta non è ontologicamente una forma di schiavitù, ma può rappresentare un presupposto o una condizione che favorisce l'instaurarsi di un rapporto nel quale il trafficante eserciti poteri connessi al diritto di proprietà nei confronti della vittima di tratta.

Lo stesso art. 7, comma 2, lettera c), dello Statuto, d'altra parte, non afferma affatto che la schiavitù include per definizione la tratta, ma semplicemente che la prima

[37] Cfr. M.R. SAULLE, *Trasporto illecito di migranti, crimine organizzato e applicazione delle normativi*, in *Affari Sociali Internazionali*, 2000, n. 3, p.21 e ss.; N. GALLAGHER, *Sexual exploitation: a form of slavery*?, in *Ko'ãga Roñe'etã, serie VIII, Human Rights: issues and theory*. (e-journal) www.derechos.org/koaga; F POCAR, *Traffico di esseri umani: crimine contro l'umanità*, in *Traffico di esseri umani, alla ricerca di nuove strategie di intervento – Atti del convegno*, Roma, 24-25 ottobre 2000, a G.FARAMONDI, P. IZZI (a cura di), *Direzione centrale della polizia criminale*, 2001, p. 35 e ss.

comprende anche "*the exercise of [the powers attaching to the right of ownership over a person] in the course of trafficking in persons, in particular women and children*". La norma si limita semplicemente a riconoscere esplicitamente che la riduzione in schiavitù può avvenire anche nel corso della tratta di esseri umani. Schiavitù e tratta, dunque, sono due crimini distinti, anche se non mancano, come si è visto, diverse aree in cui tendono a sovrapporsi.

Sulla base di queste considerazioni, non è possibile sostenere che lo Statuto della CPI abbia configurato la tratta degli esseri umani come un autonomo crimine contro l'umanità. L'unico atto inumano che rientri a pieno titolo nell'elenco di cui all'art. 7 resta, infatti, la riduzione in schiavitù. Il problema dell'autonoma configurabilità della tratta come crimine contro l'umanità fa emergere la questione della sua perseguibilità di fronte alla CPI. La Corte può, infatti, conoscere esclusivamente delle fattispecie tassativamente elencate nello Statuto, fra le quali, come detto, la tratta non compare come autonoma fattispecie di crimine contro l'umanità[38].

7. Il traffico degli esseri umani in Libia e le recenti prospettive circa l'apertura formale di un'inchiesta di fronte alla Corte penale internazionale

La questione circa la competenza della CPI a perseguire la tratta è oggi di grade attualità, essendo stata da più parti sollevata in relazione alle condizioni inumane imposte in Libia alle centinaia di migliaia di migranti che cercano di spostarsi dall'Africa all'Europa, attraverso la c.d. "rotta del Mediterraneo centrale".

La Libia versa, infatti, in una situazione di grave instabilità politica, istituzionale, economica dal 2011, dopo la morte del colonnello Gheddafi. Da allora, migliaia di persone sono scomparse nel tentativo di attraversare il Mediterraneo. Il 9 ottobre 2015, sulla scia delle polemiche innescate dal

[38] Tuttavia, alcuni in dottrina sostengono la configurabilità della tratta di esseri umani come crimine contro l'umanità. V. al riguardo: F. POCAR, *Human Trafficking: A Crime Against Humanity,* in E. SAVONA, S. STEFANIZZI (ed.), *Measuring Human Trafficking: Complexities and Pitfalls*, Springer New York, 2007, pp. 5-12; T. OBOKATA *Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: some Implications for the International Legal System,* in *International & Comparative Law Quarterly,* 2005, n. 54, pp. 445 ss.

drammatico naufragio del canale di Sicilia del 18 aprile 2015, il Consiglio di Sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite ha approvato la Risoluzione n. 2240[39], al fine di porre fine: "*to the recent proliferation of, and endangerment of lives by, the smuggling of migrants and trafficking of persons in the Mediterranean Sea off the coast of Libya*". Nonostante questi solenni intenti, le uniche misure intraprese dalle Consiglio di Sicurezza per fronteggiare la situazione sono consistite nell'autorizzazione di un anno concessa agli Stati membri per intervenire nella zona di alto mare adiacente alle coste libiche, individualmente o attraverso organizzazioni regionali, ispezionando ed eventualmente confiscando le imbarcazioni coinvolte nel traffico o nella tratta di migranti. Due anni dopo, infatti, il Procuratore Capo della CPI, nel tredicesimo rapporto semestrale sulla situazione in Libia datato l'8 maggio 2017 non ha potuto far altro che constatare l'aggravarsi della situazione nel Paese e il rischio del ritorno ad un conflitto su ampia scala, annunciando che il suo il Ufficio avrebbe valutato la possibilità di aprire un'indagine in relazione ai gravi e sistematici abusi dei diritti umani commessi a danno di migliaia di migranti presenti sul territorio libico, compresi donne e bambini. Tuttavia, da allora, ancora nulla è stato fatto: la Libia versa ancora in un situazione di grave crisi e instabilità, come ha confermato il primo rapporto dell' FFM, presentato al Consiglio per diritti umani dell'ONU il 5 ottobre 2021[40]. Il 22 giugno 2020 il Consiglio per diritti umani dell'ONU, con la Risoluzione n. 43/39[41] ha infatti istituito una commissione d'inchiesta indipendente, denominata *Indipendent Fact-Finding Mission* (di seguito FFM) per fare luce su quanto sia successo in Libia negli ultimi anni, dopo il susseguirsi di rapporti tragici sullo stato dei diritti umani. Dal documento della FFM emerge la commissione in Libia di

[39] Resolution n. 2240 (2015), adopted by the Security Council at its 7531st meeting, on 9 October 2015, S/RES/2240 (2015), disponibile all'indirizzo https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_res_2240.pdf

[40] Cfr. https://news.un.org/en/story/2021/10/1102052.

[41] Cfr. Resolution adopted by the Human Rights Council on 22 June 2020, *Technical assistance and capacity-building to improve human rights in Libya,* A/HRC/RES/43/39, disponibile all'indirizzo https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/163/62/PDF/G2016362.pdf?OpenElement.

probabili crimini di guerra e si ipotizza che le violenze perpetrate nelle carceri e contro i migranti possano costituire crimini contro l'umanità. La CPI ha acquisito quest'ultimo rapporto della FFM. Si tratta, in realtà, dell'ennesima acquisizione di un rapporto di questo tenore da parte del Procuratore presso la CPI, che è rimasto ancora una volta inerte di fronte al caso Libia. Eppure, le violazioni dei diritti umani che si consumano nei confronti dei migranti oggetto di traffico in Libia sembrano presentare gli estremi dei crimini elencati dall'art. 5 dello Statuto di Roma. Se questo aspetto potrebbe apparire rassicurante in termini di contrasto ai crimini sistematici commessi nel Paese, la questione reale è estremamente complessa da un punto di vista della competenza del giudice internazionale a giudicare siffatte violazioni. Diversi sono, infatti, i requisiti di procedibilità richiesti dallo Statuto di Roma affinché la Corte possa esercitare la propria giurisdizione sulle violazioni in esame.

Innanzitutto, se da un lato la CPI ha competenza a giudicare solo i crimini commessi nei Paesi che hanno aderito allo Statuto di Roma, e la Libia non è fra essi, dall'altro lo stesso Statuto prevede, agli art. 12 e 13, la possibilità di incardinare la competenza della CPI anche per i crimini commessi in Paesi non aderenti attraverso lo strumento del *referral*, ovvero il deferimento di competenza da parte del Consiglio di Sicurezza dell'ONU. Ad oggi l'unico *referral* nei confronti della Libia è quello contento nella Risoluzione n. 1970 del 2011[42], votata all'unanimità dal Consiglio di Sicurezza dell' ONU, nella quale era stato chiesto alla CPI di occuparsi dei crimini (da chiunque) commessi in Libia a partire dal 15 febbraio 2011 (par. 4). Tuttavia, dal 2011 ad oggi, non è stata presentata o votata dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU nessun'altra risoluzione[43]. Sembrerebbe, dunque, che non possa sussistere la giurisdizione della CPI, non essendoci un nuovo *referral* e non avendo la Libia sottoscritto lo Statuto di Roma. Tuttavia, la CPI, nella sua

[42]vResolution n. 1970 (2011), adopted by the Security Council at its 6491st meeting, on 26 February 2011, disponibile all'indirizzo https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/245/58/PDF/N1124558.pdf?OpenElement.

[43] Il 3 ottobre 2019 il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha adottato la Risoluzione 2491, con la quale ha fermamente condannato il traffico di migranti e la tratta di esseri umani nel, attraverso e dal territorio libico e al largo delle coste libiche, che mettono in pericolo la vita di centinaia di migliaia di persone (cfr. punto 6 Preambolo e par. 1).

giurisprudenza, ha avuto modo di precisare il potere di esercitare la propria giurisdizione anche su tutte le condotte sufficientemente collegate alla situazione di crisi che le è stata riferita[44]. Al riguardo, nel mandato d'arresto spiccato nei confronti di Al- Werfalli[45] ha infatti stabilito, ad esempio, che gli incidenti occorsi a Bengasi tra giugno 2016 e luglio 2017 "*are associated with the ongoing armed conflict underlying the referral by the Security Council*" e "*sufficiently linked with the situation*" (par. 23). Alla luce della prassi adottata dalla CPI si potrebbe ritenere che le condotte in esame siano sufficientemente collegata al *referral* del Consiglio di Sicurezza del 2011 e che, di conseguenza, la CPI possa esercitare la propria giurisdizione.

Un altro requisito di procedibilità riguarda l'oggetto di indagine. Affinché possa accertarsi nel caso concreto la commissione di crimini contro l'umanità, la condotta può essere perseguita solo se commessa da un'organizzazione statale o para-statale, in attuazione di un piano, nel corso di un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile. In Libia, alcune organizzazioni statali e para-statali (terroristiche o militari) userebbero i migranti come fonte di arricchimento e/o finanziamento per altri tipi di attività connesse al conflitto; inoltre alcuni gruppi irregolari sarebbero nati proprio per contendersi la "rotta del deserto". Non solo, quindi, si potrebbe individuare una responsabilità a carico delle autorità libiche ma, alla luce delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell' ONU del 2015 e del 2016 e dell'iniziativa del Procuratore, potrebbe ipotizzarsi anche una responsabilità dell'Unione europea e dell'Italia sul piano internazionale per "aiuto o assistenza"

[44] Cfr. Pre Trial Chamber I, International Criminal Court, decision 26.10.2011, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor* v. *Callixte Mbarushima,* par. 27, disponibile all'indirizzo https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2011_17842.PDF.

[45] Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli, di nazionalità libica e comandante della brigata Al-Saiqa è stato messo in stato di accusa dalla CPI per aver commesso direttamente e per aver ordinato la commissione di diversi omicidi sussumibili nel crimine di guerra ,nel contesto di sette incidenti, che hanno coinvolto 33 persone, avvenuti tra il 3 giugno 2016 e il 17 luglio 2017 a Bengasi o nelle aree circostanti, in Libia, e di un ottavo incidente avvenuto il 24 gennaio 2018, quando il sig. Al-Werfalli avrebbe ucciso 10 persone davanti allamoschea al-Radwan a Bengasi, in Libia. Cfr. Pre-Trial Chamber I, International Criminal Court, decision 15.08.2017, *Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor* v. *Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli,* disponibile all'indirizzo https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_05031.PDF.

nella commissione di atti di tortura in Libia[46]. Tali profili di responsabilità sono stati di recente sollevati anche dai giuristi Omer Shatz e Juan Branco che, il 3 giugno 2019, hanno presentato alla Procura della CPI una Comunicazione in base all'articolo 15 dello Statuto di Roma[47], sollecitando un'indagine sulle responsabilità penali dei vertici dell'Unione europea e dei suoi Stati membri per crimini contro l'umanità commessi ai danni di persone migranti nel Mediterraneo e in Libia, a partire dal 2013 fino ad oggi. Secondo la Comunicazione, i *leader* europei, dapprima riducendo le operazioni di ricerca e salvataggio in mare e, in seguito, architettando un sistema finalizzato ad intercettare e trasferire forzatamente i cittadini stranieri in Libia, dovrebbero rispondere sia delle morti per annegamento non più impedite, sia dei reati subiti da chi è stato respinto e riconsegnato ai suoi aguzzini. Le accuse contenute nella Comunicazione riguardano individui che, in quanto cittadini di Stati europei parte della CPI, sono soggetti all'autorità di quest'ultima in virtù della norma di cui all'art. 12, par. 2 (b) dello Statuto. Inoltre, l'art. 27 (*Irrelevance of Official Capacity*) stabilisce che eventuali immunità di diritto interno o internazionale non ostano all'azione della Corte. *Nulla quaestio* pertanto in merito al potere della CPI di esercitare la propria giurisdizione per i reati di cui si discute, anche nei confronti di individui che agiscono in qualità di organi della UE o dei suoi Stati membri. Un ostacolo all'esercizio della competenza della CPI potrebbe, invece, essere costituito

[46] Merita al riguardo accennare al fatto che le medesime condotte di cui si discute potrebbero anche ingenerare, oltre a responsabilità penali individuali, una responsabilità per illecito internazionale in capo allo Stato e/o all'Unione europea. Per approfondimenti v. C. DI STASIO, *Esternalizzazione delle frontiere: violazione dei diritti umani dei migranti e responsabilità dello Stato,* in questa Rivista, 15 febbraio 2021, 2021, fasc. 1, p. 124 ss.

[47] Cfr. *Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Pursuant to the Article 15 of the Rome Statute - EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya (*2014-2019), 3 giugno 2019, https://www.statewatch.org/news/2019/jun/eu-icc-case-EU-Migration-Policies.pdf. Per i primi commenti cfr. A. PASQUERO, *La Comunicazione alla Corte Penale internazionale sulle responsabilità dei Leader europei per crimini contro l'umanità commessi nel Mediterraneo e in Libia. Una lettura critica*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, fasc. n. 1, 2020, pp. 50 ss.; P. PILLAI, *The EU and Migrant Detention in Libya: Complicity Under the Microscope Finally*? in *Opinio Juris,* 5 luglio 2019, http://opiniojuris.org/2019/07/05/the-eu-and-migrant-detention-in-libya-complicity-under-the-microscope-finally/; K. CARLSON, *Migration in the Mediterranean: why it's time to put European leaders on trial*, in *The Conversation,* 26 luglio 2019, https://theconversation.com/migration-in-the-mediterranean-why-its-time-to-put-european-leaders-on-trial-120851.

dal requisito della "*gravity*", *ex* art. 12 dello Statuto, che consiste nel potere della Corte di perseguire solo gli individui maggiormente responsabili della commissione dei più gravi crimini internazionali. L'ufficio del Procuratore presso la CPI dovrebbe infatti concentrare le indagini sui *leader* libici dei gruppi armati o delle organizzazioni criminali, oppure selezionare individui cui addebitare diversi episodi. In relazione, invece, ai *leader* europei, verrebbero in rilievo, anzitutto, i rappresentanti di autorità legislative e di governo che hanno concorso a formare la volontà di organi collegiali o individuali dell'UE nel momento in cui essa abbia deliberato l'adozione di singoli atti di indirizzo politico, provvedimenti normativi, o misure attuative degli stessi, quali i dei capi di Stato e di governo e gli alti rappresentanti dell'Unione, quali tra cui il presidente della Commissione ed i singoli commissari. Una simile responsabilità potrebbe essere imputata anche ai ministri ed agli alti funzionari di singoli Stati membri, in relazione alle condotte che abbiano dato un autonomo contributo causale al sistema, come ad esempio, nel caso dell'Italia, la conclusione del noto *Memorandum* di cooperazione con la Libia, del febbraio 2017[48].

Sempre in relazione all'oggetto di indagine della CPI sui fatti *de qua*, va infine, rammentato che la competenza della CPI può dispiegarsi unicamente sui crimini contro l'umanità tassativamente elencati nell'art. 7 dello Statuto, fra cui compare la riduzione in schiavitù, ma non la tratta. Alla luce delle riflessioni sopra svolte sul legame fra tratta e schiavitù non può negarsi che i casi di *trafficking* potrebbero senz'altro essere sottoposti al giudizio della CPI, laddove si dimostri che nel caso concreto i trafficanti finiscono per esercitare sui trafficati un controllo equivalente al possesso che è la cifra alla base del rapporto schiavista e che si concretizza nell'esercizio dei poteri connessi al diritto di proprietà cioè: la compravendita, l'uso, la gestione, il profitto fino all'annientamento fisico e morale della persona ottenuti attraverso, ma non solo, l'uso di violenza fisica, coercizione e/o inganno. La giurisdizione della Corte, dunque, si potrà estendere concretamente su fatti

[48] Per approfondimenti sul quale si rinvia a C. DI STASIO, *Esternalizzazione delle frontiere,* cit., p. 124 ss.

dirittifondamentali.it

implicanti la tratta di esseri umani, dopo aver compiuto l'analisi del caso concreto alla luce degli indicatori della schiavitù contenuti nelle *Bellagio Guidelines*.

Infine, un ultimo ostacolo all'esercizio della competenza della CPI, è rappresentato dal principio della *"complementary"*, uno dei pilastri dello Statuto di Roma (art. 19 St.), in forza del quale la CPI è stata istituita non tanto per sostituirsi ai sistemi giudiziari interni, ma per rimediare a possibili situazioni di impunità laddove tali sistemi non abbiano l'intenzione o non siano incapaci (*unwilling or unable*) di perseguire i gravi crimini internazionali su cui avrebbero giurisdizione. Nel caso della Libia, la crisi delle istituzioni fa propendere per l'incapacità. In relazione agli Stati Europei e all'UE, dal momento che non risulta che esista in Italia o in altri Stati membri alcuna attività volta ad accertare le responsabilità denunciate nella Comunicazione, dovrebbe dirsi sussistente in capo alla Corte la competenza a conoscere dei crimini *de quibus*, senza la necessità di ulteriori verifiche in merito a volontà o capacità di perseguirli da parte degli Stati europei.

8. Conclusioni

Come si è visto, gli ostacoli di natura "procedurale" all'attivazione della competenza della CPI sul caso Libia sono diversi e non tutti facilmente superabili. Ad ogni modo, anche se venisse solo avviata una "valutazione preliminare", tale atto costituirebbe, da un punto di vista politico, un punto di non ritorno molto significativo. L'apertura di un'indagine a carico dei trafficanti di esseri umani e dei miliziani che rivestono il doppio ruolo di criminali e di militari della guardia costiera libica, metterebbe in discussione il ruolo dell'Europa e degli Stati europei che, come l'Italia, siglano accordi con il Governo libico, per finanziare e addestrare le autorità della guardia costiera libica[49], ed esporrebbe la CPI ad un potenziale

[49] Tribunale di primo grado dell'Unione europea, ordinanza del 28 febbraio 2017, causa T 192/16, *NF c. Consiglio europeo* (http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188483&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1864651). In pari data il Tribunale ha adottato altre due ordinanze di analogo contenuto nei casi T-193/16 e T-257/16. Cfr. punto 70 della decisione del Tribunale. Per approfondimenti si rinvia a C. DI STASIO, *Esternalizzazione delle frontiere,* cit., p. 116 ss.

vulnus di legittimazione politica[50], giacché gli Stati membri dell'UE sono attualmente tra i suoi più fervidi sostenitori.

I recenti avvenimenti, tuttavia, mostrano che gli organismi e le giurisdizioni sovranazionali come la CPI manifestano un'indiscutibile impotenza e incapacità a svolgere il proprio ruolo in maniera indipendente, libera e perseguendo interessi generali, in quanto le loro scelte sono condizionate dagli interessi economici e politici perseguiti dagli Stati. All'inerzia attuale della CPI fa, infatti, eco l'ordinanza del Tribunale di Primo grado dell'UE che nel 2017 ha preferito dichiararsi incompetente[51] a giudicare sulla legittimità dell'Accordo UE-Turchia, in forza del quale l'Europa ha finanziato la Turchia per bloccare i flussi i migratori, sostenendo che nel caso di specie si fosse trattato di un accordo stilato dai singoli Stati europei e non dalle istituzioni europee. Una decisone piuttosto discutibile, se si considera che tutte le trattative in merito all'accordo sono state condotte in seno al Consiglio europeo. La Corte Costituzionale italiana, allo stesso modo, accampando questioni di incompetenza, con un ordinanza del 2018[52] ha deciso di non decidere sul ricorso presentato da alcuni parlamentari per conflitto di attribuzioni tra poteri dello stato, in cui il Governo italiano era stato accusato di aver concluso l'accordo con la Libia by-passando le competenze del Parlamento.

Gli organi giurisdizionali nazionali e interazionali, con il *placet* o la complicità degli organismi internazionali, pare che preferiscano accampare motivazioni "pretestuose" pur di non decidere perché decidere sul merito di quegli accordi o sulle atrocità commesse in Libia rappresenterebbe una bomba politica che è meglio non far scoppiare. Per gli stessi motivi, appare più verosimile che la stessa ONU e la Procuratrice stiano meramente "tenendo a bada" l'opinione pubblica, promettendo inchieste e processi che, probabilmente non ci saranno mai.

[50] Cfr. Comunicazione, par. 503-506.

[51] Per approfondimenti si rinvia a C. DI STASIO, *Esternalizzazione delle frontiere,* cit., p. 124 ss.

[52] Cfr. Corte costituzionale italiana, ordinanza del 4 luglio 2018, n. 164 disponibile all'indirizzo https://www.giurcost.org/decisioni/2018/0164o-18.html. Sulla quale v. A. GOLIA, *La fortezza che resiste. Potere estero, conflitto di attribuzione e prescrittività costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, n. 3, p. 80 ss.; C. DI STASIO, *Esternalizzazione delle frontiere,* cit., p. 126.

Tuttavia, seppure nella incapacità dell'ONU o delle altre istituzioni internazionali, bisogna difendere l'idea che esistano quei luoghi e che sia necessario battersi per riformarli perché quelle istituzioni internazionali, sono necessarie oggi più che mai per difendere i diritti umani. Il problema dell'effettività nella tutela dei diritti sembra imbattersi di continuo in un ostacolo insormontabile rappresentato dal fatto che gli enti che maggiormente dovrebbero assicurarne il rispetto sono gli Stati sovrani e, cioè, proprio quelli che invece, più o meno quotidianamente, li calpestano o tollerano consapevolmente atti persecutori, o non mettono in atto idonee misure di protezione. L'impunità che ne deriva rappresenta un grave *vulnus* per le vittime e i loro familiari. Ma è proprio il sentiero dell'effettività che bisogna perseguire per tener fede all'idea dei diritti umani e contribuire così a garantirne, laddove necessario, un'adeguata protezione giuridica, nonostante la giustizia penale internazionale, a differenza degli ordinamenti statali che possono contare sul monopolio della forza e sulla presenza di apparati istituzionali solidi, sconta il limite della carenza di strumenti per garantire la *law enforcement.* Nonostante questi limiti, infatti, la giustizia penale internazionale costituisce ancora una risposta anche se non sufficiente ma comunque necessaria contro la commissione dei crimini contro l'umanità, che va interpretata non in chiave vendicativa, ma nella sua accezione simbolica, del permanente valore e vigore di una legge indispensabile per la vita e la convivenza umana. Pertanto, gli autori dei crimini contro l'umanità dovrebbero essere chiamati a risponderne dinnanzi alle istituzioni di giustizia che rappresentano la comunità umana nel suo insieme ed, in particolare, dinnanzi alla CPI, la quale dovrebbe essere finalmente investita anche del giudizio dei crimini aberranti perpetrati in Libia, in particolar modo contro migranti e rifugiati.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 24 febbraio 2022

Una «parità solo parziale»? Brevi note sul mancato riconoscimento del servizio prestato dai docenti presso le scuole paritarie (Corte cost., sent. n. 180/2021)

di
Raffaele Marzo*

Sommario: 1. Premessa. – 2. La questione rimessa alla Corte. – 3. Le principali ragioni della dichiarazione di non fondatezza. – 3.1. (segue) Sui sistemi di selezione e reclutamento del personale docente. – 3.2. La non equiparazione del rapporto di lavoro. – 3.3. (segue) Una limitata valutazione del servizio prestato nelle scuole paritarie. – 4. Considerazioni conclusive: «giustapposizione», «parità imperfetta» (delle scuole) e «parità solo parziale» (del personale docente).

1. Premessa.

Con la sent. n. 180 del 2021 la Corte costituzionale ha definito il giudizio di legittimità costituzionale – dichiarando non fondata la questione – con riferimento all'art. 3 Cost. in relazione all'art. 485 del D. Lgs. n. 297/1994[1], promosso dalla Corte d'Appello di Roma, sez. Lav., con ord. del 9 novembre 2020[2], nel procedimento intentato da un docente. Egli, chiamato in causa il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, ha domandato l'accertamento del diritto all'attribuzione del punteggio aggiuntivo per il servizio pre-ruolo prestato a favore di un istituto scolastico paritario. Nello specifico, il ricorrente ha censurato la disposizione contenuta nel D.Lgs. n. 287/1994 nella parte in cui essa, secondo il

*Dottorando in Social Sciences and Humanities – Università Niccolò Cusano.

[1] Derubricato «*Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado*» in *Gazz. Uff.*, Serie Ordinaria, n. 115 del 19/05/1994, Suppl. Ord. n. 79.

[2] Corte d'Appello di Roma, sez. Lav., nel proc. n. 2990/2017 R.G., iscritta al n. 191/2020 Reg. Ordinanze, pubbl. in *Gazz. Uff.*, Serie Speciale – Corte costituzionale, n. 2 del 13/01/2021.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

diritto vivente[3], esclude il riconoscimento, ai fini della ricostruzione della carriera, del servizio d'insegnamento non di ruolo prestato presso le scuole paritarie[4].

Per antonomasia le decisioni d'inammissibilità non suscitano particolare coinvolgimento in relazione al merito del giudizio costituzionale, limitando l'interesse solo nell'ambito del giudizio *a quo*. E invece, dinanzi e dentro la quaestio *iuris* affrontata, la decisione della Consulta – distolta dal rischio di essere rilegata al solo approfondimento di matrice giuslavorista – offre plurimi snodi laddove si prediliga una disamina orientata maggiormente in prospettiva costituzionale. Infatti, se, di fondo, la sentenza n. 180/2021 assume importanza ai fini del trattamento giuridico del personale docente non può essere taciuta la sua diretta relazione con il principio legislativo della parificazione (dei servizi prestati nelle scuole paritarie e quelle statali[5]) e, per tale via, investendo l'ambivalente rapporto tra scuola pubblica e scuola non statale. Quest'ultimo, com'è noto, ha sollecitato, sin dagli albori, energico e partecipe dibattito[6]; in seguito, la prima dottrina, solerte al promulgato dettato costituzionale, ha proseguito ponderando i molteplici ed intricati profili – noti in quel frangente temporale – coinvolti dalla complessità del tema[7]. Più di recente, dopo l'approvazione della L. n. 62/2000[8], l'analisi si è

[3] Cfr., Cass. Civ., sez. Lav., ord. n. 2522610/2020; Cass. Civ., sent. n. 33137/2019; Cass. Civ., sent. n. 33134/2019; Cass. Civ., sent. n. 32386/2019; Cass. Civ., sent. n. 1749/2015; Cass. Civ., sent. n. 1035/2014, Cass. Civ., sent. n. 16623/2012; nelle pronunce appena annotate emerge icasticamente che ai fini dell'inquadramento e del trattamento economico dei docenti non è valutabile il servizio pre-ruolo prestato presso le scuole paritarie in ragione della non omogeneità dello *status* giuridico del personale nonché dell'ulteriore impedimento rappresentato dalla mancanza di una norma di legge che consenta espressamente tale riconoscimento.

[4] Cfr., Consiglio di Stato, sez. VI, sent. nn. 6796/2020; 6797/2020; 6798/2020; 6799; 4770/2020; 2717; 906/2011; si v., ancora, benché meno recenti: Consiglio di Stato, sez. IV, sent. n. 6/2008 e Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 2517/2002 (quest'ultima sull'esclusione della possibilità di valutare il servizio pre-ruolo svolto in scuole paritarie ai fini della mobilità).

[5] Nondimeno, il tema della parità ha poi innervato la questione relativa al trattamento giuridico da riservare al personale docente e ausiliario inquadrato presso le scuole non statali. Sul c.d. «*principio di parificazione*»: cfr., M. GIGANTE, *Lo status di scuola paritaria: dalla parità delle scuole alla parità dei docenti?*, in *Foro amm.*, 2002, 1890 ss.; ID., *Il Principio di parità di trattamento e la tutela dell'affidamento nella recente giurisprudenza in tema di graduatorie del personale docente*, in *Foro amm.*, 2006, 1905 ss.

[6] A tal riguardo si v. S. CASSESE, *La scuola*, in AA. VV., *Scritti in onere di Costantino Mortati*, III, Milano, 1977, 274 ss. il quale annota l'essenza del dibattito condensatosi proprio sul rapporto scuola statale-scuola non statale (cattolica, sopratutto).

[7] V. CRISAFULLI, *Libertà di scuola e libertà di insegnamento*, in *Giur. scolastica*, 1958, 489 ss.; C. ESPOSITO, *Contenuto e limiti della libertà di istituire scuole*, in *Giur. cost.*, n. 3/1958, 486 ss.; V.

dislocata, con ciclica frequenza e intensità[9], sull'apporto delle scuole paritarie nel sistema nazionale d'istruzione e dei connessi profili giuridici[10]. *Rebus sic stantibus*,

---

ZANGARA, *I diritti di libertà della scuola*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1959, 389 ss.; S. FOIS, *La disciplina della libertà della scuola privata*, in *Rass. parl.*, n. 1/1959, 153 ss.; G. LOMBARDI, *La libertà della scuola nell'ambito della Costituzione italiana*, *Riv. giur. della scuola*, n. 6/1965, 617; U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento* (libertà di), in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 721-751; S. DE SIMONE, *Pluralismo scolastico e scuola non statale*, in *Riv. giur. della scuola*, n. 4/1971, 566 ss.; P. CARETTI, *Libertà "della scuola" e libertà "nella scuola"*, in *Quale giustizia*, 1973; S. DE SIMONE, *Sistema del diritto scolastico italiano: i principi costituzionali*, Milano, 1978, 295 ss.

[8] La L. n. 62 del 2000, recante «*Norme sulla parità scolastica e disposizione sul diritto allo studio e all'istruzione*» è da intendersi il fondamento legislativo in materia di parità scolastica; del resto, l'articolo posto in apertura annota che «*il sistema nazionale di istruzione è costituito dalle scuole statali e dalle scuole paritarie private e degli enti locali*» così attenuando, almeno sulla carta, la contrapposizione anzidetta tra pubblico e privato. L'impianto della citata legge è costituito dall'art. 1 il quale è ripartito, a sua volta, in ben 17 commi: 1-8 riguardano il tema della parità; 9-12 gli aspetti finanziari ed infine i commi 13-17 la parte economica. Inoltre, la L. n. 27 del 2006, rubricata «*Norme in materia di scuole non statali*», ha ricondotto queste ultime alle due tipologie: «paritarie» e «non paritarie».

[9] Secondo una certa interpretazione l'art. 33, co. 3, Cost. deve considerarsi preclusivo di qualunque forma di finanziamento pubblico: P. CALAMANDREI, *Discorso al III Congresso dell'Associazione a difesa della scuola nazionale (ADSN)*, Roma, 11.02.1950 pubbl. in *Scuola Democratica*, suppl. al n. 2, 20.03.1950, 1-5; V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 85 ss.; P. RIDOLA (cur.), *I diritti costituzionali*, Torino, 2002, spec. 675; F. CALZARETTI, *Senza oneri per lo Stato: la posizione dei Costituenti sulle sovvenzioni alle scuole non statali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; G. FONTANA, *Art. 33*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 690; F. RIMOLI, *Le libertà culturali*, in R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, 679; A. SANDULLI, *Contro il mercato dell'istruzione scolastica*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1/ 2009; A. IANNUZZI, *Articolo 33*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (cur.), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, 2018, 220-225. Altre voci dottrinali, invece, propendono per una interpretazione favorevole – o, comunque, meno rigida – rispetto al riconoscimento di emolumenti da parte dello Stato alle scuole che operano in regime di parità: V. ZANGARA, *I diritti di libertà nella scuola*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959; G. LOMBARDI, *La libertà nella scuola nel quadro della Costituzione italiana*, in *Riv. giur. della scuola*, 1964, 342 ss.; M. BERTOLISSI, *Scuola privata e finanziamento pubblico: un problema da riconsiderare*, in *Dir. e soc.*, 1985, 537; A. ACCARDO, *La scuola. Diritto, problematiche, prospettive*, Padova, 1991, 74; G. PITRUZZELLA, *Provvidenze alla scuola e provvidenze agli alunni: una distinzione per nuovi sviluppi del pluralismo scolastico*, in *Giur. cost.*, 1995, 580; F. DONATI, *Pubblico e privato nel sistema di istruzione scolastica*, in *Le Regioni*, 1999, 555; C. MARZUOLLI, *Istruzione e "Stato sussidiario"*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 117 ess.

[10] A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003, 261-334; E. MINNEI, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo stato*, Torino, 2004, II, 304; A. PAJNO, *Le scuole non-statali. Il quadro giuridico: dalla Costituzione alla legge 62/2000*, in AA.VV., *A dieci anni dalla legge sulla parità*, Brescia, 2010, 15-43; D'ALBERTO, *Scuola e Costituzione*, in G. D'ALBERTO, I. G. DE AMICIS (cur.), *Scuola e Costituzione. Contributi per una riflessione giuridica e sociale*, Teramo 2010, 8 ss.; A. CATELANI, *Il diritto di istituire e gestire scuole non statali*, in A. CATELANI, M. FALANGA, *La scuola pubblica in Italia*, Brescia, 2011, 58-84; S. CORNELLA, *Scuola pubblica e scuola privata tra regole di diritto interno e principi comunitari*, in F. CORTESE (cur.), *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, Napoli, 2014, 151-171; R.

la pronuncia in commento può essere annoverata, benché in termini meno roboanti[11] rispetto ad altri noti precedenti[12], tra quelle decisioni destinate a rianimare il dibattito e/o quantomeno a favorire radicali opzioni interpretative[13] mai davvero sopite.

2. La questione rimessa alla Corte.

Come innanzi anticipato, la vicenda posta all'esame della Consulta trae origine in seno ad un giudizio civile, attribuito per competenza di materia al giudice del lavoro, introitato per ottenere una pronuncia sul riconoscimento del diritto di un docente all'attribuzione, ai fini della mobilità territoriale, del punteggio aggiuntivo per il servizio pre-ruolo prestato presso un istituto scolastico paritario (ciò previa declaratoria di nullità e/o disapplicazione di alcune disposizioni del CCNI). Terminato il primo grado con la soccombenza, la parte ricorrente ha proposto gravame chiedendo la intergale riforma della sentenza resa dal giudice di prime cure.

Giunta al vaglio della Corte d'appello di Roma, sez. Lav., quest'ultima ha sollevato, con riferimento all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 485 del D. Lgs. n. 297/1994 il quale, nel disciplinare la carriera del personale docente, prevede il riconoscimento, ai fini giuridici ed economici, del servizio anteriore alla nomina in ruolo prestato presso le scuole statali e pareggiate. Di conseguenza, a tenore dell'art. 23, L. n. 83/1957, è stata dichiarata la «rilevanza» e la «non manifesta

MARZO, *Scuola pubblica e paritaria al tempo dell'emergenza educativa. Riflessioni costituzionali in prospettiva europea*, in *Docete*, n. 7/2014, Strumenti, II-XVI.

[11] Il riferimento non può che essere il seguente: Corte cost., sent. n. 42/2003 (relativamente alle considerazioni espresse in occasione della richiesta di referendum abrogativo proposto per la L. n. 62/2000 finalizzata ad estromettere dal sistema nazionale di istruzione le scuole gestite dai privati). Sul punto si v., C. PAGOTTO, *Tra omogeneità e completezza del quesito ovvero l'insostenibile ruolo dei promotori del referendum abrogativo. Osservazione a C. Cost. 6 febbraio 2003, n. 42*, in *Giur. cost.*, n. 2/2003, 1126-1138. Di parere opposto, invece, v. F. FRENI, *Scuole paritarie privato-confessionali e sistema nazionale di istruzione. Osservazione a C. Cost. 6 febbraio 2003, n. 42*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 3/2003, 735-747.

[12] A titolo esemplificativo, in successione cronologica, si segnala: Corte cost., sent. n. 36/1958; Corte cost., sent. n. 180/1988; Corte cost., sent. n. 50/2008; Corte cost., sent. n. 200/2009.

[13] A. PACE, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, in *Dir e soc.*, n. 1/2013, spec. 45-49 offre uno spaccato di tale animosità.

dirittifondamentali.it

infondatezza» della questione di legittimità costituzionale e disposta l'immediata trasmissione di tutti gli atti di causa alla Corte costituzionale. Altresì, il Giudice di secondo grado ha provveduto alla sospensione del giudizio con la contestuale notifica dell'ordinanza alle parti coinvolte e al Presidente del Consiglio dei Ministri nonché alla comunicazione ai Presidenti dei due rami del Parlamento.

In medias res il Presidente del Collegio d'Appello, relatore ed estensore del provvedimento in parola, ha posto in dubbio, adducendo puntuali argomentazioni (estese in ben dodici pagine), la legittimità costituzionale dell'art. 485 del D. Lgs. n. 297/1994 nella parte in cui esso, in base all'interpretazione giurisprudenziale assunta come diritto vivente[14], propenderebbe per l'esclusione del riconoscimento del servizio d'insegnamento non di ruolo prestato presso le scuole paritarie, istituite ai sensi della L. n. 62/2000. A dire del *giudice a quo* tale assunto sarebbe potenzialmente in contrasto con l'art. 3 Cost. «per l'irragionevole disparità di trattamento derivante dal rilievo attribuito, sia al servizio non di ruolo prestato presso scuole pubbliche statali, sia a quello svolto sino all'anno scolastico 2005/2006 presso le scuole pareggiate, sia a quello prestato presso le stesse scuole paritarie, ai soli fini dell'integrazione delle graduatorie permanenti»[15]. A motivo giustificativo della rimessione è stato anche evidenziato che, qualora la disposizione censurata fosse stata dichiarata illegittima, il gravame meritava l'accoglimento e, di conseguenza, all'appellante residuava il riconoscimento, a tutti gli effetti giuridici

[14] Corte d'App. Roma, ord. n. 191/2020, punto 8, ove è indicato, in diritto, l'interpretazione recente: Cass. Civ., sez. Lav., sent. n. 32386/2019; per la quale «Ai fini dell'inquadramento e del trattamento economico dei docenti non è riconoscibile il servizio pre-ruolo prestato presso le scuole paritarie in ragione della non omogeneità dello "*status*" giuridico del personale, che giustifica il differente trattamento […]» sicchè, pur avendo correttamente premesso che «[…] il legislatore ha inteso riconoscere all'insegnamento svolto nelle scuole paritarie private lo stesso valore di quello che viene impartito nelle scuole pubbliche» (in motivazione, cfr., punto 14), ha rimarcato la non sussistenza dell'«equiparazione del rapporto di lavoro che intercorre con la scuola paritaria, con quello istaurato in regime di pubblico impiego privatizzato, attesa la persistente non omogeneità dello status giuridico del personale docente […]» (cfr., in motivazione, punto 15). Viene pure citata Cass. Civ., sez. Lav., sent. n. 33137/2019 che, in termini speculari, conclude nella medesima direzione, vale a dire per l'esclusione di ogni riconoscimento.

[15] Cfr., Corte d'Appello di Roma, sez. Lav., ord. n. 191/2020, punto 5.

ed economici, del servizio non di ruolo prestato presso la scuola secondaria paritaria.

Da quanto innanzi – ovvero dal complessivo contenuto dell'ord. n. 191/2020 – è possibile isolare, "in diritto", almeno tre profili tra loro connessi:

a) *prima facie* rileva la casistica stabilita dall'art. 485 del D.Lgs. n. 297/1994 che fa riferimento al «servizio non di ruolo» prestato presso scuole d'istruzione secondaria e artistica «statali e pareggiate», oltre che presso scuole elementari «statali o [...] parificate». Tale norma assume importanza ove posta in feconda correlazione con la L. n. 62/2000 che ha introdotto, accanto alle scuole statali, l'unitaria categoria delle «scuole paritarie» ed ha consentito alle scuole legalmente riconosciute (e a quelle pareggiate) di chiedere il riconoscimento di parità ai sensi della nuova legge. Talché, riprendendo l'assunto del remittente, il riconoscimento del servizio non di ruolo dovrebbe ammettersi anche per i servizi prestati presso i predetti istituti paritari, altrimenti si paleserebbe una *interpretatio abrogans* del riferimento alle scuole pareggiate ancora presente all'interno dell'art. 485 del D. Lgs. n. 297/1994 e il riconoscimento del servizio di docenza non di ruolo resterebbe limitato a quello prestato esclusivamente presso scuole statali (essendo le scuole pareggiate ormai venute meno)[16]. Del resto, optando favorevolmente per questa esegesi, qualsiasi esclusione contrasterebbe finanche con la *ratio* originaria dell'art. 485 del menzionato D.Lgs.: esso è stato introdotto al fine di valorizzare la funzione del docente non di ruolo svolta presso scuole le quali, per caratteristiche e requisiti, sono *equivalenti* alle scuole pubbliche statali. Dunque, ove fosse escluso il rilievo del servizio svolto presso le scuole paritarie, la disposizione censurata risulterebbe irragionevole, poiché il servizio prestato presso scuole pareggiate sarebbe riconosciuto solo fino all'anno scolastico 2005-2006, ma sarebbe non ammesso per il periodo successivo, a causa del venir meno di questa tipologia di scuole. Ciò trascurerebbe il fatto che tali istituti scolastici

[16] *Ibidem*.

hanno, in realtà, mantenuto i loro originari profili organizzativi, ordinamentali e didattici, dovendo per di più ottenere il riconoscimento della parità che, rispetto al pareggiamento, rappresenta un'evoluzione in chiave di ammodernamento e affinamento[17].

b) Il secondo profilo sollecita la questione relativa ai requisiti per accedere al rapporto di lavoro nelle «scuole pareggiate» e nelle attuali «scuole paritarie». In entrambi i casi, infatti, sempre nell'intendimento conoscitivo della Corte d'Appello, continuano ad essere richiesti alternativamente il pubblico concorso o l'abilitazione all'insegnamento[18]. Ciò appare in linea con l'art. 33, co. 4, Cost., il quale richiede nelle scuole non statali un trattamento scolastico equipollente a quello delle scuole statali e, pertanto, presuppone un sistema di reclutamento del corpo docente omogeneo tra le due tipologie di istituti, per assicurare lo stesso livello di preparazione e professionalità[19].

c) Il terzo ed ultimo profilo[20] è sintetizzato dal richiamo all'art. 2, co. 2, secondo periodo, del D.L. n. 255/2001, convertito, con modificazioni, nella L. n. 333/2001[21]: «[...] *i servizi di insegnamento prestati dal 1° settembre 2000 nelle scuole paritarie di cui alla legge 10 marzo 2000, n. 62, sono valutati nella stessa misura prevista per il servizio prestato nelle scuole statali* [...]». Tale disposizione, ad avviso del remittente non può essere limitata ai soli fini dell'integrazione delle graduatorie permanenti altrimenti riemergerebbe inusitata la disparità

[17] *Ibidem*.

[18] D'altro canto per le scuole in precedenza definite «pareggiate» era previsto che «[..] *le cattedre siano occupate da personale nominato* […] *in seguito ad apposito pubblico concorso, o che sia risultato vincitore, o abbia conseguito la votazione di almeno sette decimi in identico concorso generale o speciale presso scuole statali o pareggiate o in esami di abilitazione all'insegnamento corrispondente, ovvero per chiamata, dal ruolo di scuole di pari grado, statali o pareggiate, ai sensi della lettera b) dell'articolo unico del regio decreto 21 marzo 1935, n. 1118;* […] *che al personale della scuola sia assicurato un trattamento economico iniziale pari a quello delle scuole statali corrispondenti*» e per le scuole (oggi intese) «paritarie», l'art. 1, L. n. 62/2000, co. 4, lett. g) ed h) prevede «[…] *personale docente fornito del titolo di abilitazione*; […] *contratti individuali di lavoro per personale dirigente e insegnante che rispettino i contratti collettivi nazionali di settore*".

[19] Cfr., ancora, Corte d'Appello di Roma, sez. Lav., ord. n. 191/2020, punto 5.

[20] *Ivi*, punto 7, punto 8, punto 9 e punto 10.

[21] Si v., testo del D.L. n. 255/2001, in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 153 del 4/07/2001, coordinato con la L. di conv. n. 333/2001 in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 193 del 21/08/2001.

attribuita al servizio svolto presso scuole paritarie ai fini dell'assunzione ma non a quelli della ricostruzione della carriera di un docente già assunto in ruolo. A questo punto, lo snodo è rappresentato dallo *status* giuridico del personale docente non di ruolo delle scuole statali e quello delle scuole paritarie: la non omogeneità di trattamento deve considerarsi alla stregua delle diverse modalità di assunzione (che solo nel primo caso prevedrebbero il pubblico concorso) e della diversa natura dell'impiego pubblico rispetto a quello privato? O di entrambi? Per rispondere a tale quesito la Corte rimettente sostiene che anche per la scuola pubblica statale la regola del concorso non è esclusiva, coesistendo con il sistema delle graduatorie permanenti né, d'altra parte, per l'accesso nelle scuole pareggiate era previsto il pubblico concorso. Inoltre, la natura pubblica o privata del datore di lavoro del docente sarebbe irrilevante: già nel sistema originario dell'art. 485 del D. Lgs. n. 297/1994 era infatti riconosciuto il servizio prestato presso le scuole pareggiate, che potevano essere costituite anche da enti ecclesiastici, che non sono enti pubblici. Sotto questo aspetto la violazione dell'art. 3 Cost. sarebbe rinvenibile, allora, vagliando la fase anteriore della costituzione del rapporto di lavoro: la docenza non di ruolo presso scuole paritarie sarebbe rilevante per l'art. 2 D.L. n. 255/2001 e, quindi, potenzialmente per l'assunzione in ruolo, ed invece non rilevante per l'art. 485 D. Lgs. n. 297/1994 ai limitati fini della ricostruzione di carriera[22].

Le traiettorie sopra esposte, sintetizzate a motivo di brevità, fanno emergere – ed è così che prende forma e si sostanzia il quesito finale del remittente – una irragionevole disparità di trattamento tra coloro che hanno svolto servizio non di ruolo presso scuole paritarie e tre diverse categorie di soggetti: in primo luogo, coloro che hanno svolto servizio non di ruolo presso scuole pubbliche statali; successivamente, coloro che hanno svolto servizio non di ruolo presso scuole pareggiate fino all'anno scolastico 2005-2006; infine, quanti vedono riconosciuto il

[22] Cfr., Corte d'Appello di Roma, sez. Lav., ord. n. 191/2020, punto 7.

proprio servizio non di ruolo presso scuole paritarie solo ai fini dell'integrazione delle graduatorie permanenti[23].

Inevitabilmente, il *punctum dolens* emerge mirabilmente in ottica costituzionale: è consentita la differenziazione giuridica dell'attività svolta dal personale docente in servizio nella scuola paritaria rispetto all'impiego presso le scuole pubbliche statali senza che ciò infierisca sulla parità (e, con ciò stesso, deprimendo una parte dei soggetti coinvolti nel sistema nazionale d'istruzione[24])? Oppure la persistente non omogeneità dello *status* giuridico del personale docente rileva unicamente sulla specialità del rapporto di lavoro senza altro scalfire[25]?.

3. Le principali ragioni della dichiarazione di non fondatezza.

A fronte della potenziale contraddizione poc'anzi accennata in termini dubitativi, la forma della decisione di inammissibilità, prescelta dalla Corte costituzionale, sembra vanificare in radice l'intendimento del giudice dell'appello; invero, dall'attento esame del "considerato in diritto" emerge, infatti, una pronuncia che censura *in toto* l'operato della Corte territorialmente competente relativamente alla supposta disparità nel mancato riconoscimento, ai fini della ricostruzione della carriera, del servizio non di ruolo prestato presso le scuole paritarie. Anzi, soppesando le plurime argomentazioni giuridiche, proferite dalla Consulta cesellando e soppesando ogni termine adoperato, la parità sembra persino retrocedere non reggendo – in tutta la sua valenza (verrebbe da dire) – alla regolamentazione della fattispecie del rapporto di lavoro dei docenti[26]. Ancorché

[23] *Ivi*, punto 5.

[24] Giacché la stessa Corte cost., sent. n. 33/2005 ha affermato che «[…] la legge n. 62/2000, nel prevedere l'istruzione delle scuole paritarie, quali componenti del sistema nazionale di istruzione, ha altresì dettato un principio, valido per tutte le scuole inserite in detto sistema di istruzione, volto a rendere effettivo il diritto allo studio anche per gli alunni iscritti alle scuole paritarie, da essa disciplinate».

[25] Ciò significa, evidentemente, confermare la tesi secondo la quale i requisiti organizzativi previsti dalla L. n. 62/2000 riguarderebbero esclusivamente la qualificazione di parità della scuola ai fini di pubblico servizio e non anche il personale ivi impiegato per far fronte a tale incombenza: M. RENNA, *Le scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione*, in C. MARZUOLI, *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003, 147; 156; *passim*.

[26] Trovando conferma la non assimilabilità del lavoro pubblico e privato pur a seguito di alcune attenuazioni: Corte cost., sent. n. 120/2012 e n. 146/2008.

legislativamente giustificato e/o giustificabile qualsivoglia diniego *alla parità di trattamento* riferita agli istituti giuridici che regolano alla carriera degli insegnanti non può che farsi rilevare – come di seguito sarà accuratamente presentato – l'adombrato intendimento secondo il quale il limite alla equiparazione (ovvia derivazione della introdotta parificazione) non comporterebbe alcuna violazione delle disposizioni costituzionali in virtù della discrezionalità legislativa indirizzata a differenziare il servizio pregresso prestato dai docenti-lavoratori[27].

3.1. (segue) Sui diversi sistemi di selezione e reclutamento del personale docente.

La Consulta si affretta a sostenere l'impossibilità di assimilare gli istituti scolastici pareggiati con le scuole paritarie in ragione di significative, e già note, differenze[28]. Esse riguardano, primariamente, i rispettivi sistemi di selezione e reclutamento del personale docente, tali da impedirne la completa equiparazione: sebbene gli istituti scolastici pareggiati[29] devono garantire che il numero e il tipo delle cattedre sia uguale a quelli delle corrispondenti scuole statali e che le stesse cattedre siano «occupate da personale nominato, secondo norme stabilite con regolamento, in seguito ad apposito pubblico concorso, o che sia risultato vincitore, o abbia conseguito la votazione di almeno sette decimi in identico concorso generale o speciale presso scuole statali o pareggiate o in esami di abilitazione

[27] Viene citata, a favore di tale interpretazione, Corte cost., ord. n. 89/2001 relativa al giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 del D.L. n. 370/1970 (relativo la «*Riconoscimento del servizio prestato prima della nomina in ruolo dal personale insegnante e non insegnante delle scuole di istruzione elementare, secondaria e artistica*», convertito in L. n. 576/1970), quali riprodotti nell'art. 485 del D.Lgs. n. 297/1994 (recante «*Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado*»), sollevato, nell'anno 1999, dal TAR Campania e dal TAR Toscana nei giudizi intentati da alcuni docenti contro l'allora Ministero della Pubblica Istruzione, nel primo caso, e nei riguardi del Provveditorato, nel secondo.

[28] Cfr., Corte cost., sent. n. 180/2021, *Cons. dir*., punto 5.3, 5.3.1 e 5.3.2.

[29] Ormai definitivamente superati dall'ordinamento scolastico (art. 1-bis D.L., n. 250/2005 recante «*Misure urgenti in materia di scuola, università, beni culturali ed in favore di soggetti affetti da gravi patologie, nonché in tema di rinegoziazione di mutui, di professioni e di sanità*», conv. con mod. nella L. n. 27/2006.

all'insegnamento corrispondente»[30], per l'accesso all'insegnamento negli istituti paritari, invece, non è stabilita alcuna selezione di carattere concorsuale ed è previsto il solo requisito dell'abilitazione[31].

Peraltro, ulteriori previsioni di carattere derogatorio nella disciplina del reclutamento dei docenti delle scuole paritarie sono rinvenibili al co. 4-*bis* e al co. 5 dello stesso del citato art. 1, L. n. 62/2000: il primo prevede che, per i docenti in servizio presso le scuole secondarie alla data di entrata in vigore della L. n. 62/2000, il requisito del titolo di abilitazione deve essere conseguito al termine dell'anno accademico in corso alla data di conclusione della prima procedura concorsuale per titoli ed esami; il secondo frammento normativo introduce un regime di favore per le scuole paritarie, consentendo loro di avvalersi di prestazioni volontarie di personale docente, purché fornito di relativi titoli scientifici e professionali, ovvero di ricorrere anche a contratti d'opera, in misura non superiore a un quarto delle prestazioni complessive[32].

3.2. (segue) La non equiparazione del rapporto di lavoro.

Secondo i Giudici costituzionali «una completa equiparazione del rapporto di lavoro prestato presso le scuole paritarie a quello reso in quelle statali non risponde neppure ai principi che si ricavano dall'art. 33, quarto comma, Cost., di cui la legge n. 62 del 2000 intendeva essere attuazione»[33]. Bastano le parole dell'inciso appena trascritto a spiegare la tendenza altalenante dell'approccio, dominante nella dottrina e nella stessa giurisprudenza costituzionale, che vede la parità come fattore potenzialmente (e paradossalmente) inconciliabile per l'unitarietà del sistema scolastico.

E' fuori discussione che – come pure riferisce la sent. n. 180/2021– mediante l'introduzione della L. n. 62/2000 è stato «riformato in senso pluralista e

[30] Art. 356, co. 2, lettera b), D.Lgs. n. 297/1994.
[31] Art. 1, co. 4, lettera g), L. n. 62/2000.
[32] Corte cost., sent. n. 42/2003 ove è affermata una c.d. «natura agevolativa» e, quindi, un certo *favor* normativo.
[33] Cfr., Corte cost., sent. n. 180/2021, *Cons. dir.*, punto 5.4 intendimento avvalorato nei correlati punti successivi (5.4.1 e 5.4.2 e 5.4.3).

policentrico l'ordinamento delle istituzioni scolastiche, il legislatore ha voluto garantire agli alunni delle scuole paritarie i medesimi standard qualitativi di quelle statali, sia in relazione all'offerta didattica, sia al valore dei titoli di studio che possono essere conseguiti»[34]. Resiste pur sempre, però, l'attitudine ad operare una distinzione *de facto* e *de iure* dei co-protagonisti[35] della scuola – i docenti – giungendo a sostenere che l'intervento legislativo del 2000 «non ha peraltro comportato una completa equiparazione del rapporto di lavoro che intercorre fra il docente e la scuola paritaria a quello instaurato con i docenti della scuola statale in regime di pubblico impiego privatizzato»[36]. Ciò significa, allora, prendendo in prestito il lessico giuslavorista, modulare la prestazione lavorativa[37] sia in ragione della fonte[38] della quale scaturisce il rapporto di lavoro sia in relazione alla specifica qualità datoriale. L'espediente che sorregge simile interpretazione è rinvenibile nella connessione della prestazione lavorativa degli impiegati con l'interesse generale poiché «nonostante la comune appartenenza al sistema nazionale di istruzione, nell'assunzione dei docenti della scuola paritaria manca la previsione di un'attività procedimentale che regoli la selezione e il reclutamento degli insegnanti […] la mancanza di meccanismi di selezione assimilabili alle procedure concorsuali non consente di tenere conto dei principi generali che, ai sensi dell'art. 97 Cost., devono informare l'attività dell'amministrazione

[34] *Ivi*, punto 5.4.1.

[35] Prescindendo dalle dispute sulla libertà di insegnamento (interpretando l'art. 33 Cost.: U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istituzione, scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, 381), può assumersi dirimente il rilievo costituzionale dell'insegnante: G. LANEVE, *La scuola per la Costituzione e la Costituzione per la scuola: qualche riflessione sulla formazione degli insegnanti*, in *federalismi.it*, n. 13/2014, spec. 7 e ss.

[36] Corte cost., sent. n. 180/2021, *Cons. dir*., punto 5.4.1.

[37] Ovvero la c.d. «mansione», intesa quale «criterio di determinazione qualitativa della prestazione»: E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2006, 96.

[38] In generale, il rapporto di lavoro è definito dall'art. 2094 c.c. e si sostanzia da due obbligazioni reciproche (prestazione-retribuzione) ed è privatisticamente regolato da un contratto (art. 1321 c.c.); invece, per i dipendenti pubblici, anteriormente alle susseguitesi riforme sul pubblico impiego, il rapporto non si costituiva con un contratto, ma nasceva da un atto unilaterale dell'amministrazione (c.d. provvedimento di nomina): E. GHERA, *Op. cit*., 259. Relativamente alle prime fasi di privatizzazione del comparto scola (personale scolastico) si rinvia a: A. ACRI, L. BARBERIO CORSETTI, M. MASI, P. M. ZERMAN, *Il nuovo ordinamento giuridico della scuola*, (P.M. Zerman, cur.), Santarcangelo di Romagna, 2001, spec. 201-206; 213-218.

pubblica»[39]. Dunque, non può che restare intatta «la differenza tra le scuole paritarie, svincolate dall'esercizio di meccanismi di selezione assimilabili alle procedure concorsuali, e quelle statali, dove invece valgono i principi generali per l'accesso ai ruoli dell'amministrazione»[40] e ciò prescindere dalla L. n. 62 del 2000: «la diversa valutazione del servizio incide su quello che costituisce il presupposto della parità di trattamento garantita dalla legge n. 62 del 2000, rappresentato dalla comprovata omogeneità qualitativa dell'offerta formativa e didattica (legge n. 62 del 2000, art. 1, comma 5, primo periodo)»[41].

3.3 (segue) Una *limitata* valutazione del servizio prestato nelle scuole paritarie.

Nell'*iter* motivazionale viene anche esclusa l'irragionevolezza della disposizione censurata nel raffronto con l'art. 2, co. 2, D.L. n. 255/2001[42] il quale consente – in linea di massima – la valutazione dei servizi d'insegnamento prestati nelle scuole paritarie nella stessa misura prevista per il servizio prestato nelle scuole statali. Tuttavia, per i Giudici costituzionali ciò non è sufficiente poiché tale beneficio deve intendersi limitato ai soli fini dell'«integrazione a regime delle graduatorie permanenti del personale docente»[43], così come indica la relativa rubrica. In termini più asciutti: è sì prevista una sorta di equiparazione dell'attività di insegnamento prestata anteriormente all'immissione nei ruoli dell'amministrazione statale ma pur sempre restrinta «a determinati fini». In questa circostanza le cause ostative sarebbero rinvenibili nel «carattere eccezionale»[44] della norma tale da doversi

[39] Cfr., Corte cost., sent. n. 180/2021, *Cons. dir*., punto 5.4.1 ove pure si afferma perentoriamente che « […] il lavoro pubblico e il lavoro privato non possono ritenersi totalmente assimilati e le differenze, pur attenuate, permangono anche in séguito all'estensione della contrattazione collettiva a una vasta area del lavoro prestato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. I principi costituzionali di legalità ed imparzialità, che si esprimono anche nella necessità del pubblico concorso, in conformità all'art. 97 Cost., contribuiscono a conformare la condotta della pubblica amministrazione e l'esercizio delle funzioni che le sono riconosciute quale datore di lavoro pubblico in regime contrattualizzato.».

[40] Cfr., Corte cost., sent. n. 180/2021, *Cons. dir*., punto 5.4.1.

[41] *Ivi*, punto 5.4.3.

[42] Ovvero «*Disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2001/2002*», conv., con mod., dalla L. n. 333/2001.

[43] Corte cost., sent. n. 180/2021, *Cons. dir*., spec. punto 5.5 e, di seguito, anche nel punto 5.5.1.

[44] *Ibidem*.

ritenere di «stretta interpretazione»[45] insuscettibile di essere applicata «estensivamente o analogicamente»[46]. Siffatto ragionamento sembrerebbe ulteriormente suffragato, sempre stando alla lettera della sent. 180/2021, tenendo conto proprio della disposizione dell'art. 485 D. Lgs. n. 297/1994 la quale «con il riconoscimento, ai fini giuridici ed economici, del servizio prestato dai docenti delle scuole statali e pareggiate prima dell'immissione in ruolo, risulta attributiva di un trattamento di particolare favore a tali docenti»[47]. Peraltro, la disposizione poc'anzi annotata, riproducendo pedissequamente il contenuto normativo dell'art. 2 D. Lgs. n. 370/1970[48] conferma il (già) noto «carattere di eccezionalità»[49]. In linea di coerenza con questa impostazione, è quindi affermato che «l'interpretazione restrittiva delle disposizioni impugnate non comporta la violazione dei parametri costituzionali invocati, non risultando manifestamente irragionevole, né contraria al buon andamento dell'amministrazione, la scelta discrezionale del legislatore di valutare diversamente il servizio pregresso dei docenti della scuola secondaria, in funzione delle specifiche peculiarità dell'attività di insegnamento prestata»[50].

4. Considerazioni conclusive: «giustapposizione», «integrazione», «parità imperfetta» (delle scuole) e «parità solo parziale» (del personale docente).

[45] *Ibidem*.

[46] *Ibidem*; qui la pronuncia in esame richiama numerosi arresti giurisprudenziali (della Cass. Civ., sez. Lav., e del Consiglio di Stato) tutti protesi a negarne l'applicazione in via analogica dell'art. 2, co. 2, D.L. n. 255/2001 ai fini della ricostruzione della carriera, della mobilità scolastica e dell'accesso alla procedure concorsuali riservate.

[47] Corte cost., sent. n. 180/2021, *Cons. dir*., punto 5.5.2.

[48] Rubricato «*Riconoscimento del servizio prestato prima della nomina in ruolo dal personale insegnante e non insegnante delle scuole di istruzione elementare, secondaria e artistica*», conv., con mod., dalla L. n. 576/1970.

[49] Corte cost., ord. n. 15/2001; tuttavia, giova precisare che in tale occasione la Consulta ha optato per il non riconoscimento di due fattispecie – queste sì, tutto a voler concedere – differenti: il servizio svolto dagli insegnanti elementari nel doposcuola (a favore dell'attività degli allora patronati scolastici), da una parte e il ruolo di docente presso una scuola popolare istituita (con D.L.C.P.S. n. 1599/1947 e poi soppressa con la previsione dell'art. 47, L. n. n. 270/1982) al fine di combattere l'analfabetismo proponendo corsi serali per il completamento dell'istruzione elementare.

[50] Ancora in Corte cost., sent. n. 180/2021, *Cons. dir*., punto 5.5.2.

Al di là di ogni tecnicismo settoriale, sullo sfondo della questione, come si accennava in premessa, giace la scuola che rappresenta, considerata nella/e sua/e funzione/i, la concretizzazione massima dell'aspirazione costituzionale all'istruzione[51]. L'iniziale[52] modello ordinamentale è stato caratterizzato dalla rigida *distinzione* tra scuola statale e privata. Successivamente, il concorso delle scuole pareggiate e di quelle legalmente riconosciute ha favorito un assetto meno rigido ma pur sempre scevro da validi riconoscimenti; tanto è vero che tale *altra* tipologia (di scuola) risultava legittimata al rilascio di titoli di studio in ragione di una "concessione" dello Stato in suo favore: si *giustapponeva*[53], quindi, all'interno del complessivo sistema pubblico di istruzione senza farne (pienamente) parte[54]. Con la L. n. 62/2000 a tali istituti è stata data la facoltà di scegliere se integrarsi totalmente nel sistema nazionale – richiedendo, appunto, la *parità* – oppure rimanerne estranei (art. 1, co. 7). Dunque, l'anzidetto intervento legislativo ha rappresentato il momento *clou* della voluta *integrazione*. Tuttavia, il requisito della parità è stato limitato, per stessa ammissione del legislatore, alla partecipazione al servizio di istruzione nazionale con uguale dignità ed equivalente effetto formativo relativamente al rilascio di idonei titoli di studio ma non anche esteso a tutti quei servizi connessi e "strumentali" al conseguimento del (medesimo) fine[55]:

---

[51] Il punto richiederebbe esteso approfondimento; si segnala, pertanto, solo qualche recente riferimento e senza entrare nel merito delle varie ipostazioni: R. CALVANO, *Il diritto-dovere all'istruzione*, in F. MARONE (cur), *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale? Atti del seminario del 19 ottobre 2018*, Napoli, 2019; A.M. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna 2019; G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole. Riflessione (in ordine sparso) sulla scuola tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorio AIC*, fasc. n. 3/2020, 410-428; a ns. giudizio, nel cit. contributo (spec. a pag. 414), assume particolare interesse dottrinale, a prescindere dal merito della *vexata quaestio* ("DAD" o "in presenza"?), il "rilievo" fisico conformato alla scuola e alla sua peculiare funzione educativa; F. ANGELINI, *La democrazia nella scuola*, in A. M. POGGI, F. ANGELINI, L. CONTE, *La scuola nella democrazia, La democrazia nella scuola*, Napoli, 2020, 63-128; P. BIANCHI, *Nello specchio della scuola. Quale sviluppo per l'Italia*, Bologna, 2020.

[52] S. PELLIZZARI, *L'organizzazione dell'amministrazione scolastica e della scuola statale*, in F. CORTESE (cur.), *Op. cit.*, Napoli, 2014, 41 e ss.

[53] TAR Lazio, sez. III, sent. 7202/2005.

[54] S. CORNELLA, *Scuola pubblica e scuola privata tra regole di diritto interno e principi comunitari*, in F. CORTESE (cur.), *Op. cit.*, Napoli, 2014, 156.

[55] Fornitura di beni, finanziamenti per l'edilizia: TAR Puglia, sez. II, sent. n. 810/2009; ancor più netto è l'asserzione del TAR Campania, sez. I, sent. n. 11703: «nei confronti delle private

l'istruzione. Si coglie, avvalorando tale intendimento, una *parità imperfetta*. Infine, *dulcis in fundo*, con riferimento al personale docente, la sent. 180/2021 della Corte cost. sembra aver "coniato" altra, ennesima tipologia: la c.d. *parità parziale*[56] che è motivata dall'esistenza di elementi differenziali che qualificano il rispettivo rapporto di lavoro dei docenti.

In tutti i menzionati sintagma lessicali (*giustapposizione*, *integrazione*, *parità imperfetta*, *parità parziale*) si palesano, evidentemente, nodi irrisolti. Si è uguali in tutto oppure, ammettendo di esserlo solo in parte, non lo si è completamente. Certamente non può che convenirsi con la Consulta allorquando afferma, sul finire della pronuncia in commento, che spetta al legislatore il compito di modulare le forme e la misura, nel rispetto dei principi di cui all'art. 33 Cost.. Per tale motivo, la decisione in commento, "conforme" ai precedenti in materia, quasi auspica siffatto intervento chiarificatore. Del resto, il contenuto concreto del principio di parità non può essere reciso (anche) dalle connesse questioni giuridiche che riguardano il personale docente, il quale, a fronte di ricorrenti interpretazioni restrittive, paga, più di tutti, uno scotto troppo alto.

dirittifondamentali.it

l'obbligo dello Stato è quello di non ostacolarne l'istruzione ed il funzionamento […] sui privati il compito di reperire dei fondi necessari al funzionamento».

[56] Corte cost., sent. n. 180/2021, *Cons. dir.*, punto 5.5.2 (ultimo cpv).

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 2 marzo 2022

Aspetti de iure condito e prospettive de iure condendo in materia di fine vita. La Consulta si pronuncia per l'inammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.

di
Simonetta Trozzi*

Sommario: 1. Premessa. Il dibattito sul fondamento giuridico delle scelte di fine vita tra secolarizzazione e mutamento del contesto culturale e giuridico. 2. Prospettive de iure condendo. Il referendum parzialmente abrogativo dell'art. 579 c.p. tra legittimità e inammissibilità: il richiamo alla contesa sulla disponibilità e indisponibilità della vita. Il limite implicito delle leggi costituzionalmente necessarie. 3. L'intreccio de iure condito e de iure condendo in materia di suicidio medicalmente assistito: la giurisprudenza normativa della Consulta sul caso Cappato e i richiami alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Le richieste di immediata esigibilità. 4. Conclusioni. Quale collocazione nell'ordinamento italiano per il "diritto ad una morte dignitosa"? La necessità di una «cintura di protezione» legislativa nella disciplina delle scelte di fine vita

1. Premessa. Il dibattito sul fondamento giuridico delle scelte di fine vita in rapporto al mutamento del contesto culturale e giuridico.

Accostare il tema delle scelte di fine vita ai fondamenti costituzionalistici delle relative richieste di tutela e attuazione, rinvenibili nei principi di cui agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost. – come ribadito dai Giudici della Corte Costituzionale nella sentenza n. 242/2019 relativa al c.d. caso Cappato – ha indotto la dottrina e la giurisprudenza, a guardare all'ordinamento giuridico nel suo complesso e all'anacronismo dei modelli che ne ispirano alcune tutele in un'ottica patrimonialistica (in particolare, il riferimento è alla disciplina civilistica di cui

Contributo sottoposto a referaggio

all'art. 5 c.c.[1]) o in funzione dello Stato (in specie, si fa menzione della disciplina penalistica di cui agli artt. 580 c.p. – quest'ultimo prima dell'intervento di dichiarazione di parziale incostituzionalità – e 579 c.p., nonché all'art. 593 c.p.).

In tempi meno recenti, l'individuazione di possibili soluzioni sul tema del fine vita, inteso come "richiesta di morire per mano d'altri"[2], avrebbe comportato la necessaria esigenza di trovare un equilibrio tra le argomentazioni del *liberalismo* con quelle del *paternalismo legislativo*, sottendendo tale operazione il raggiungimento di un punto di incontro, una *zona di consenso*, tra le convinzioni dei sostenitori dell'etica della sacralità della vita e di coloro che vedono nel dettato costituzionalistico una propensione per la qualità della vita[3]. Tuttavia, il fenomeno riconosciuto come caratterizzante l'era postmoderna[4], che prende il nome di secolarizzazione[5], ha chiamato in causa la riflessione giuridica, la quale si trova ad

*Dottoressa in giurisprudenza - Cultrice di Diritto Pubblico presso l'Università degli studi Parthenope di Napoli.

[1] L'art. 5 del codice civile 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, è stato oggetto di tale considerazione: «se l'individuo non può validamente disporre della propria integrità fisica, a maggior ragione egli non potrà validamente disporre della propria vita». Così P. BILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità e fine vita*, in *federalismi.it*, 5/2019, 9 ss. alla quale si rinvia anche per il «cambiamento sociale» relativo alle scelte di fine vita (p. 5 ss). Per quest'ultimo aspetto si veda anche P. BILANCIA, *Dignità umana e fine vita in Europa*, in *Diritto costituzionale in trasformazione – Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, v. IV, *Consulta Online*, 7 gennaio 2020, 97 ss.

[2] C. TRIPODINA, *Non possedere più le chiavi della propria prigione. Aiuto al suicidio e Costituzione tra libertà, diritti e doveri*, testo della relazione al convegno *Istigazione e aiuto al suicidio e valori costituzionali: un orizzonte da delineare del 15 marzo 2019*, svolto presso il Senato della Repubblica. Cfr. della medesima Autrice *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 *BioLaw Journal*, 3/2018.

[3] Per tale soluzione si veda C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 250.

[4] È G. Volpe che individua la fine della modernità e l'avvento del postmoderno «caratterizzato dal trionfo dell'artificialità o della virtualità» nella «possibilità, fornita dalla tecnica, di vanificare anche l'ultima realtà, l'ultima verità, quella dell'esistenza dell'uomo come "ente pensante in quanto dubitante"». Così G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, 247. Si veda anche C. TRIPODINA, *Eutanasia, diritto, Costituzione nell'età della tecnica*, in *Diritto pubblico*, 1/2001, 113. Per un approfondimento filosofico sul passaggio dalla modernità alla postmodernità si rinvia a G. VATTIMO, *La fine della modernità*, Milano, 2019, prima ed. 1985.

[5] La secolarizzazione, dal latino *saeculum*, termine che indica *ciò che non appartiene alla religione*, «produce l'affievolimento progressivo di una cultura, di una mentalità, di una prassi individuale e collettiva radicate nel piano morale di una religione. [...] A non diverse conclusioni si giunge qualora si intenda per secolarizzazione l'esaurimento progressivo dei

operare in un campo – quello del dibattito sulla disponibilità o indisponibilità della vita umana – prima d'ora di pertinenza dei dogmi della morale, in specie di quelli religiosi.

Pertanto, il serrato dibattito che è scaturito in differenti ambiti, coinvolgendo filosofi, giuristi, ed esponenti della politica, nonché la collettività nel suo complesso, ha favorito l'emanazione della legge n. 219 del 22 dicembre 2017 recante *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*[6], inducendo altresì la Corte costituzionale a pronunciarsi in merito al suicidio medicalmente assistito. Se con la legge da ultimo citata è stato possibile riconoscere e disciplinare la scelta eutanasica nei termini di "lasciarsi morire", rifiutando i trattamenti terapeutici proposti dai medici, finanche accompagnandosi con cure palliative o con la sedazione palliativa profonda continua alla morte, l'intervento dei Giudici della Consulta, ha riconosciuto una tutela "inimmaginabile" per il legislatore del '30[7]. Difatti è inevitabile prendere atto del fatto che la tecnologia ha reso il *morire* sempre più un processo, parte della vita (il c.d. *processo del fine vita*[8]) e

valori tradizionali». Così G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993, 16 ss. Per il tema si vedano anche G.M. FLICK, *Dovere di vivere, diritto di morire, oppure...?*, in *federalismi.it*, 2/2011, 18; M. CARTABIA, *"Nuovi diritti" e leggi imperfette*, in *Iustitia*, 2/2016, 153 ss. «Proprio gli sviluppi del costituzionalismo novecentesco hanno dato a quella libertà una più larga fondazione sociale, quale si può immediatamente cogliere nell'art. 3 della Costituzione italiana dove la dignità viene appunto declinata come "dignità sociale". Siamo oltre una secolarizzazione senza radici, oltre l'antropologia giuridica del soggetto astratto». Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2015, 266.

Nel presente contributo si è inteso impiegare il termine secolarizzazione in maniera anodina, senza alcuna sfumatura morale.

[6] Per un recente analisi della disciplina della legge sul biotestamento da un punto di vista del fine vita si veda A. URCIOLI, *Fine vita: antichi dilemmi e questioni irrisolte*, Napoli, 2021, 35-96.

[7] Cfr. punto 8 del *Considerato in diritto* dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018.

[8] Per il c.d. processo del fine vita si rinvia a F.G. PIZZETTI, *L'"aiuto medico alla morte volontaria" in Italia fra via referendaria e via parlamentare*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, *federalismi.it*, 2 febbraio 2022, 766 ss., in partic. 766-768 nonché F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 375. Per uno studio sull'evoluzione della tecnica medica in rapporto alla tutela dei diritti fondamentali del malato, si veda V. BALDINI, *Sviluppi della medicina e dialettica dei diritti costituzionali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Padova, 2005.

Si vedano anche C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 21 il quale richiama Musolino; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2018, 247-248,

che – a ragione – è stato affermato che "morire con dignità", "morire bene", "diritti dei morenti" sono solo alcune tra le tante formule che descrivono questa nuova realtà giuridica[9]. Tale evoluzione normativa e giurisprudenziale[10], alla quale si è aggiunta la proposta di testo base in materia di *morte volontaria medicalmente assistita*, nonché la richiesta referendaria di abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. in tema di *omicidio del consenziente*, dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale tramite il comunicato stampa del 15 febbraio 2022, induce alla considerazione secondo cui il procedere prossimo del legislatore dovrà «essere quello di consentire e non quello di impedire»[11]. Si ritiene infatti che tale iter, prevalentemente giurisprudenziale, ha comportato il superamento dei termini, spesso extragiuridici (tra i quali si annoverano gli argomenti della disponibilità/indisponibilità della vita e la liceità del suicidio[12] nonché la dottrina del doppio effetto e l'argomento della china scivolosa) con cui era stato "contaminato" il dibattito sulla normazione delle scelte di fine vita.

---

il quale afferma che «[b]isogna fare una distinzione tra il morire e la morte. [...] solo la morte può sottrarci ai danni del morire [...] [m]a, se la morte appartiene alla natura, il morire è sempre più governabile dall'uomo, appartiene alla sua vita, e dunque rientra nell'autonomia delle scelte di ciascuno». «È affermazione ricorrente che la questione eutanasia si pone oggi diversamente dal passato, per la trasformazione della morte da evento a processo» così S. CANESTRARI, *Delitti contro la vita. Il problema dell'eutanasia*, in S. Canestrari, A. Gamberini, G. Insolera, N. Mazzacuva, F. Sgubbi, L. Stortoni, F. Tagliarini, *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, 347. Per una più ampia trattazione dal punto di vista del biodiritto si rinvia all'interessante contributo di F.D. BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, in *Trattato di Biodiritto*, Torino, 2011, tomo II, pt. XIV, cap. 1, 2137-2180.

[9] Così S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 247.

[10] Per l'evoluzione giurisprudenziale del risvolto negativo della tutela del diritto alla salute, come scelta di rifiutare le cure si veda V. BALDINI, *L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, *Rivista AIC*, 3/2011. Sulla concretizzazione dei diritti sociali, in particolare del diritto alla salute, si veda V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, 2015, 123 ss.;

[11] Così U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018,
222. Sul punto si veda anche C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *Rivista AIC*, 1/2022, 51 ss.

[12] Per una analisi giuridico-filosofica di tali argomenti si veda G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria,* Roma, 2020.

2. Prospettive *de iure condendo*. Il referendum parzialmente abrogativo dell'art. 579 c.p. tra legittimità e inammissibilità: il richiamo alla contesa sulla disponibilità e indisponibilità della vita. Il limite implicito delle *leggi costituzionalmente necessarie*.

La vicenda finora trascinatasi in Parlamento ha certamente mostrato le notevoli difficoltà a mediare tra punti di vista difficilmente negoziabili, termini opposti che fanno riferimento a valori morali inconciliabili nel dibattito sulla tutela giuridica delle *libertà* di fine vita[13]. Orbene, se la proposta di legge rappresenta la ricerca di una composizione attorno alla tematica del suicidio medicalmente assistito[14], il dibattito giuridico sulla parziale depenalizzazione del reato di omicidio del consenziente ha riportato *in auge* la contesa in ordine alla inconciliabilità tra il punto di vista dei sostenitori della indisponibilità della vita e di coloro che invece ne propugnano la disponibilità[15]. Difatti, secondo le intenzioni dei promotori,

[13] Accanto a coloro che ritengono essere sufficiente, per le scelte di fine vita, l'impianto di tutele rinvenibile nella legge sul biotestamento e nella legge sulle cure palliative, vi è chi, avendo riguardo alle indicazioni direttamente discendenti dalla giurisprudenza costituzionale del 2018-2019, ritiene opportuna l'introduzione di una normativa a tutela del malato che faccia richiesta di suicidio assistito; vi è inoltre chi ritiene necessario un intervento congiunto da parte del legislatore per legittimare anche l'omicidio del consenziente per i malati che desiderano accostarsi al proprio *exitus* secondo tale modalità.

[14] Il testo unificato C.2-A della proposta di legge di iniziativa popolare è rubricato «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita», consta di 9 articoli e origina dall'accorpamento delle proposte di legge nn. 2, 1418, 1586, 1655, 1875, 1888, 2982 e 3101. La normativa derivante da tale accorpamento si basa sulle indicazioni di disciplina fornite dalla Corte costituzionale nella dettagliata sentenza n. 242/2019 relativa al caso Fabiano Antoniani, con la quale sono stati indicati i presupposti e le procedure che il malato può invocare affinchè la sua volontà suicidiaria possa essere rispettata, e dunque non venga punito chi gli presti aiuto. In particolare, nel punto 2.3 del *Considerato in diritto* della citata sentenza e nel punto 8 del *Considerato in diritto* della precedente ordinanza n. 2017/2018, i Giudici hanno individuato le quattro condizioni soggettive che devono sussistere in capo all'individuo legittimato alla richiesta di aiuto al suicidio.

[15] A tal proposito si rinvia a R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *amicus curiae – La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, in *Forum di Quaderni costituzionali rassegna*, 1/2022, 1-19, in partic. 1, il quale afferma che in questo dibattito «[m]i pare fin troppo evidente come […] si possa essere a favore di una disciplina che riconosca, entro certi limiti e con alcune garanzie, la libertà di scelta sul fine vita, ma essere al contempo convinti della inammissibilità della richiesta di referendum e viceversa». Si rinvia anche all'intervento di F. Biondi al convegno *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale* promosso dall'Università degli Studi di Milano

nonché della dottrina che per prima ha commentato l'iniziativa, sottesa alla richiesta referendaria inerente all'articolo 579 c.p., nota come c.d. «referendum sull'eutanasia»[16], vi è l'intenzione di esaltare «la portata sistematica della sua approvazione», in quanto «eliminando le parole che la proposta di referendum si propone di abrogare, l'art. 579 c.p., ruot[erebbe] agli antipodi, e ci si ritrov[erebbe] a sancire il principio di disponibilità del diritto alla vita»[17]. Come noto, la proposta referendaria è stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con decisione in camera di consiglio del 15 febbraio 2022.

Per completezza è opportuno specificare che il quesito referendario di cui si discorre chiedeva al corpo elettorale di pronunziarsi sulla depenalizzazione del reato in oggetto tramite l'elisione di talune parole al comma 1 e al comma 3, nonchè dell'intero comma 2. Il risultato di tale riscrittura, operata invero tramite *ritagli tra locuzioni lessicali tematicamente non eterogenee*[18], avrebbe condotto alla circostanza per cui l'unico presupposto di legalizzazione dell'omicidio del consenziente sarebbe rimasto il valido consenso – consapevole e libero – dell'interessato. Pertanto, il consenso non si sarebbe ritenuto validamente prestato, con conseguente applicazione delle disposizioni relative all'omicidio, qualora esso risultasse «estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno» e se «il fatto è commesso contro una persona minore degli anni diciotto o contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti».

---

il 15 dicembre 2021, la cui registrazione è reperibile al link https://www.radioradicale.it/scheda/656045/il-referendum-sullart-579-cp-aspettando-la-corte-costituzionale, la quale richiama G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra liberalismo e paternalismo penale*, in *Foro it.*, V, 2009, 227-237.

[16] Si è avuta notizia dell'iniziativa referendaria il 21 aprile 2021, quando è stata pubblicata la relativa richiesta in G.U., Serie generale n. 95.

[17] Così T. PADOVANI, *Note circa il referendum sull'art. 579 c.p. e la portata sistematica della sua approvazione*, in *Giurispudenza Penale*, 7-8/2021. A p. 2 è ribadito che «[l]'asse teleologico dell'art. 579 c.p. (e cioè la finalità politico criminale ch'esso è destinato a realizzare) risulterebbe così letteralmente rovesciata: da norma-baluardo dell'indisponibilità del diritto alla vita a norma-riconoscimento della sua disponibilità». L'obiettivo è quello di capovolgere il paradigma dell'indisponibilità della vita in quello opposto, così incidendo anche sull'ambito di operatività dell'art. 50 c.p., disposizione quest'ultima circoscritta ai solo diritti disponibili.

[18] Per un ampio studio sul tema dei limiti impliciti si rinvia a V. BALDINI, *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo*, Napoli, 1996.

Sebbene l'intento dichiarato del comitato promotore sia stato quello di rimodulare il reato di omicidio del consenziente per dare riconoscimento giuridico alle richieste di "aiuto a morire" anche di pazienti affetti da patologie gravi ma che non conducono di per sé alla morte per effetto della interruzione delle cure, nonché di pazienti che non possono darsi autonomamente la morte[19], è stato rilevato che l'effetto sistematico, che sarebbe disceso da una ipotetica vittoria del sì a seguito di una eventuale pronuncia di ammissibilità da parte della Corte costituzionale, sarebbe stato «*ultra-eutanasico*», conducendo a «*legalizzare l'omicidio del consenziente*»[20]. Si rinviene conferma di tale ultima osservazione dottrinale nella decisione dei Giudici per l'inammissibilità del referendum, i quali hanno «ritenuto inammissibile il quesito referendario perché, a seguito dell'abrogazione, ancorché parziale, della norma sull'omicidio del consenziente, cui il quesito mira, non sarebbe preservata la tutela minima costituzionalmente necessaria della vita umana, in generale, e con particolare riferimento alle persone deboli e vulnerabili» (comunicato stampa dell'Ufficio comunicazione e stampa della Corte costituzionale del 15 febbraio 2022).

Invero, di tale portata insita nel quesito, "debordante" anche rispetto ai propositi del comitato promotore, si è avuto riscontro già nella prima fase del procedimento referendario, diretta ad accertare sia la regolarità della richiesta che la legittimità, con esclusione dei profili concernenti la sua legittimità costituzionale.

---

[19] Si tratterebbe della c.d. *eutanasia pura*, termine impiegato da F. MANTOVANI, *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in *Archivio giuridico*, 1-2/1970, 39-40 assieme a quella di "delitto d'amore", con ciò contrapponendo l'eutanasia all'omicidio comune caratterizzato generalmente da uno "sfondo psicologico di egoismo o d'odio". Si noti come nella trattazione manualistica di G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*, Torino, 2020, 55, si legge che l'eutanasia è «l'uccisione realizzata *pietatis causa*».

[20] Le espressioni riportate sono di F.G. PIZZETTI, *L'"aiuto medico alla morte volontaria" in Italia fra via referendaria e via parlamentare*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, *federalismi.it*, 2 febbraio 2022, 775. Della stessa opinione è G. CRICENTI, in *Il referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, 6 ottobre 2021, il quale afferma «il referendum [è] correttamente indirizzato verso l'articolo 579 c.p., ma rischia di produrre effetti maggiori di quello semplicemente limitati alla depenalizzazione della eutanasia attiva». Si veda anche V. ONIDA, in *Il referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, 27 settembre 2021, il quale afferma che «l'operazione legislativa proposta per via referendaria è sostanzialmente diversa da quella di riempimento del "vuoto" creato dalla sentenza n. 242 del 2019 […], legittimando vere e proprie forme di omicidio del consenziente, che diverrebbero lecite, purchè diverse da quelle contemplate dal terzo comma dell'art. 579 c.p.».

Dell'identificazione dell'oggetto del referendum si è infatti avuta notizia con l'ordinanza depositata il 16 dicembre 2021[21], tramite la quale l'Ufficio centrale presso la Corte di cassazione, ha convalidato 543.213 firme raccolte da luglio a settembre 2021 da parte del comitato promotore "Eutanasia legale". Tramite il controllo di legittimità delle richieste referendarie la cui competenza è attribuita dalla legge n. 352 del 1970 all'Ufficio centrale presso la Cassazione, la denominazione del quesito[22] è stata individuata in «Abrogazione parziale dell'articolo 579 del Codice penale (omicidio del consenziente)».

L'Ufficio centrale ha infatti respinto le osservazioni del comitato promotore del 10 dicembre 2021 sull'integrazione – proposta al fine di rendere più chiaro ai cittadini l'oggetto del quesito referendario – della denominazione con la locuzione «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato». I presentatori della richiesta referendaria avevano sostenuto la necessità di tale integrazione con una (da loro) ravvisata apertura di un «varco all'autodeterminazione e alla disponibilità della vita», riscontrabile nella sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019. L'Ufficio centrale ha motivato il rifiuto di integrazione affermando che la stessa non sarebbe stata in linea con i limiti del quesito abrogativo perché, indicando un *bilanciamento tra diritti di pari dignità costituzionale* che *non trova fondamento nella giurisprudenza costituzionale sul c.d. caso Cappato* indicata dai promotori, avrebbe invaso il terreno delle scelte legislative. Pertanto, nell'ordinanza si afferma che l'integrazione alla denominazione del quesito proposta dai promotori per l'Ufficio centrale «non appare favorire il suddetto necessario chiarimento (che, per essere tale, esige di essere neutrale)».

[21] L'ordinanza è reperibile al link https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/ORD_DEF_15_12_21.pdf

[22] L'art. 32, ultimo comma, della l. n. 352 del 1970 prevede che l'Ufficio centrale stabilisce, «sentiti i promotori, la denominazione della richiesta di referendum da riprodurre nella parte interna delle schede di votazione, al fine dell'identificazione dell'oggetto del referendum». Come si legge nell'ordinanza sopra richiamata l'obiettivo della norma è quello «di rendere chiaro, appunto identificandolo, quale sia l'oggetto del quesito referendario, così da essere immediatamente e univocamente comprensibile ai cittadini», al fine di «esprimere un voto pienamente consapevole, non condizionato, né condizionabile».

Sebbene, come noto, il giudizio dell'Ufficio centrale per il referendum «si conclude definitivamente con l'ordinanza che decide sulla legittimità delle richieste referendarie, sicchè spetta alla Corte [costituzionale] di prendere soltanto atto della giuridica esistenza del provvedimento (positivo), escluso il potere di procedere al riesame di esso» (Corte cost., sent. n. 63 del 1990) e che esiste una autonomia delle prime due fasi del procedimento referendario – la prima prevista per la verifica della legittimità, l'altra dell'ammissibilità[23] –, è apparso che tramite l'ordinanza definitiva che ha stabilito sulla legittimità e sul rigetto in ordine alla proposta di denominazione, si sia argomentato in una "prospettiva di ammissibilità", introducendo un primo elemento in ordine al vaglio sul limite all'ammissibilità del referendum che esclude la possibilità di sottoporre a consultazione popolare quesiti aventi ad oggetto *leggi costituzionalmente necessarie*. In altre parole, l'Ufficio centrale nell'affermare che non è desumibile dalla sentenza della Corte cost. n. 242 del 2019 l'ingresso nel nostro ordinamento del «principio della disponibilità della propria vita in presenza di un consenso valido, libero e informato» e che dunque la locuzione ad integrazione della denominazione del quesito non era da intendersi *chiarimento necessario*, ha riportato l'attenzione sull'impianto di principi che ha condotto i Giudici della Consulta a dichiarare la parziale illegittimità costituzionale della disposizione penale che sanziona l'istigazione o l'aiuto al suicidio, prevedendo al contempo una disciplina che tutelasse i più deboli e vulnerabili.

In altri termini, il primo elemento in ordine alla illegittimità dell'integrazione della denominazione è sembrato attenere alla circostanza per cui, non potendo far discendere dall'art. 2 della Costituzione un diritto di morire e tanto meno un diritto

[23] Nella nota pronuncia Corte cost., sent. n. 16 del 1978 tramite la quale si superò l'interpretazione letterale dell'art. 75, co. 2 Cost. – in base al quale «[n]on è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali» – e vennero enucleati limiti impliciti all'ammissibilità (c.d. cause d'inammissibilità), rilevabili dalla Corte costituzionale tramite il giudizio di ammissibilità, è affermato che l'Ufficio centrale per il referendum si limita ad «accertare che la richiesta di referendum sia conforme alle norme di legge, rilevando con ordinanza le eventuali irregolarità e decidendo, con ordinanza definitiva, sulla legittimità della richiesta medesima». Inoltre, nella stessa pronuncia è previsto che «a questa Corte è conferita la sola "cognizione dell'ammissibilità del referendum", secondo i disposti degli artt. 2 della legge costituzionale n. del 1953, secondo comma, e 33 della legge ordinaria n. 352 del 1970».

al suicidio (Corte cost., sent. n. 242 del 2019, punto 2.2 del *Considerato in diritto*) in rapporto alla richiesta di aiuto a morire tramite suicidio medicalmente assistito, tantomeno può ritenersi costituzionalmente legittimo sovvertire la più grave disposizione penalistica in materia di omicidio del consenziente in assenza di una normativa che costituisca, anche per tale fattispecie, una «cintura protettiva» (Corte cost., ord. n. 207 del 2018, punto 4 del *Considerato in diritto*; Corte cost., sent. n. 242 del 2019, punto 6 del *Ritenuto in fatto*) a tutela dei soggetti più vulnerabili. Come appare evidente tale ultimo profilo concerne la costituzionalità della *normativa di risulta*[24], sulla quale la Corte pare aver operato una *verifica anticipata di legittimità* tramite la decisione di inammissibilità, sebbene in talune pronunce la stessa ha dichiarato non doversi mai praticare (Corte cost., sentt. nn. 26 del 1981 e 27 del 2017).

Orbene il parallelismo, che si è ritenuto consentito operare, poggia sull'assunto per cui la distinzione tra leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, escluse dal referendum, e leggi costituzionalmente necessarie, soggette a referendum, nell'evoluzione della giurisprudenza sono state sottoposte allo stesso trattamento di inammissibilità del relativo quesito referendario[25]. Invero, si è discusso sulla natura dell'art. 579 c.p.; se essa rientri tra le *leggi a contenuto costituzionalmente vincolato* – cioè quelle «leggi ordinarie, la cui eliminazione ad opera del referendum priverebbe totalmente di efficacia un principio o un organo costituzionale»[26], o tra le *leggi costituzionalmente necessarie* che, in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona «non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui

[24] Osserva che «ragionare di disciplina adeguata alle prescrizioni costituzionali significa andare oltre l'ammissibilità e osservare la normativa di risulta e, con essa, la legittimità delle conseguenze ordinamentali dell'intervento referendario» U. ADAMO, *Intorno al giudizio sull'ammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*, in *Rivista AIC*, 1/2022, 232-251, in partic. 234.

[25] Corte cost., sentt. n. 64 del 1990 e n. 36 del 1997 in cui la Corte ha escluso l'ammissibilità di quesiti referendari aventi ad oggetto leggi attuative di direttive comunitarie.

[26] Corte cost., sent. n. 25 del 1981, *Considerato in diritto*.

attuazione costituiscono strumento»[27]. La soluzione che a tale dibattito sarà data, nel caso di specie, dai Giudici della Consulta tramite le motivazioni della sentenza sull'inammissibilità sarà tale da assorbire anche gli altri limiti e requisiti impliciti quali l'omogeneità del quesito a tutela del diritto di voto del cittadino e la manipolatività del testo da abrogare[28].

In questa sede, infine, non è inutile ricordare che anche la collocazione dedicata nella Carta fondamentale – immediatamente dopo gli articoli dedicati alla funzione legislativa – chiarisce che l'istituto referendario di cui all'art. 75 della Costituzione si pone, sul piano politico, come uno strumento di democrazia diretta[29], la cui funzione è di *monito al legislatore*[30]. La caratterizzazione dello strumento referendario quale «contropotere»[31] in grado di dare origine ad un confronto diretto tra popolo e organi politici, oltre che mero "stimolo" per il Parlamento a correggere eventuali disarmonie ed abusi della legislazione, emerge nella vicenda

[27] Corte cost., sent. n. 45 del 2005, punto 5 del *Considerato in diritto*.

[28] «Questi ulteriori limiti impliciti, diretti ad assicurare la genuina espressione di volontà popolare, sono correlati essenzialmente alla determinazione dell'intento dei promotori che, così, si configura come la ratio obiettiva dell'atto di legiferazione in negativo». Così V. BALDINI, *La variabile ammissibilità (stavolta, negata…) del referendum abrogativo "a valenza propositiva"*, *in dirittifondamentali.it*, 1/2017, 3.

Per analisi a confronto degli ulteriori limiti impliciti si vedano A. PUGIOTTO e P. VERONESI in *Il referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, rispettivamente 29 settembre 2021 e 1 ottobre 2021. Si rinvia inoltre all'ampia raccolta di contributi G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *amicus curiae – La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2022.

[29] In senso opposto si veda M. LUCIANI, *Art. 75. Il* referendum *abrogativo. La formazione delle leggi.* Tomo I, 2, in G. Branca, A. Pizzorusso, *Commentario della Costituzione,* Bologna-Roma, 2005, 5 ss., il quale inserisce il *referendum* tra gli istituti del regime rappresentativo essendo gli strumenti di democrazia diretta caratterizzati dalla immediatezza e dalla compresenza fisica del popolo.

[30] Così A. PAPA, *Fonti del diritto nazionale*, in P. Bilancia, E. De Marco (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica. Le istituzioni e la società*, Milano, 2021, 159 ss. Per la ricostruzione della considerazione che lo strumento referendario ebbe in Assemblea costituente si veda V. BALDINI, *La variabile ammissibilità (stavolta, negata…) del referendum abrogativo "a valenza propositiva"*, cit., 2-3.

[31] S. FOIS, *Il* referendum *come "contropotere" e garanzia nel sistema costituzionale italiano*, in AA. VV., Referendum, *ordine pubblico, Costituzione*, Milano, 1982, 130-156, in partic. 135, il quale afferma che «nel nostro sistema costituzionale, il referendum abrogativo non può essere relegato in una mera funzione di "stimolo" e di "sintomo", ed invece deve poter rappresentare, giuridicamente e politicamente, anche e specialmente una "contro-forza", un "contro-potere", che ha istituzionalmente, e deve poter avere in concreto, la effettiva capacità di esprimersi anche in posizione antagonista al potere del Parlamento: quindi che ha (istituzionalmente) e deve poter avere (in concreto) la reale possibilità di "alternare il gioco parlamentare"».

abrogativa del reato di omicidio del consenziente e si riflette sull'intera tematica delle scelte di fine vita. Ma il fatto che tale strumento sia congegnato per incidere in via meramente ablativa su una legge non più condivisa dai cittadini lo rende inidoneo ad una riformulazione della disciplina del reato di omicidio del consenziente, che contemperi adeguatamente l'autodeterminazione del malato in ordine all'essere "aiutato a morire" e la tutela dei soggetti più deboli e vulnerabili.

3. L'intreccio *de iure condito* e *de iure condendo* in materia di suicidio medicalmente assistito: la *giurisprudenza normativa* della Consulta sul caso Cappato e i richiami alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Di certo le direttrici normative lungo le quali si è riacceso il dibattito sulle scelte di fine vita sono molteplici. Tra queste annoveriamo la nota giurisprudenza costituzionale del 2018-2019 relativa al caso Cappato (Corte cost., ord. n. 207/2018; Corte cost., sent. n. 241/2019) tramite la quale è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., per contrasto con gli artt. 2, 13 e 32, co. 2 della Costituzione, ravvisando la Corte un'incompatibilità fra il divieto assoluto di aiuto al suicidio, sancito dalla disposizione penalistica oggetto di censura, e la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, che caratterizzano il percorso "medicalizzato" di assistenza al morire. La Corte ha difatti ritenuto irragionevole la circostanza per cui per congedarsi dalla vita possa essere intrapresa solo la modalità di cui all'art. 2 della legge sul biotestamento, consistente nell'interruzione dei trattamenti sanitari con conseguente sottoposizione a sedazione palliativa profonda, modalità quest'ultima che costringe i pazienti «a subire un processo più lento e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care» (Corte cost., sent. n. 242 del 2019, par. 2.2 del *Considerato in diritto*).

A tal proposito è stato osservato come l'intreccio tra la vicenda normativa *in fieri* e quella giudiziaria appena richiamata, entrambe vertenti sull'aiuto al suicidio o c.d.

morte volontaria medicalmente assistita, abbia avuto ripercussioni sull'intero sistema definito dalla Costituzione, generando una vera e propria «distorsione rispetto ai rispettivi ruoli delle istituzioni di vertice della Repubblica»[32]. Si tratta del turbamento dell'equilibrio istituzionale, che attribuisce il potere legislativo al Parlamento e prevede una totale estraneità della Corte costituzionale rispetto allo schema della separazione dei poteri. Secondo tale opinione, l'inerzia del Parlamento nel varare una disciplina che ponesse rimedio alla ravvisata parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p, prospettata dalla Consulta nell'ordinanza interlocutoria di rinvio dell'udienza n. 207 del 2018, ha indotto i Giudici a pronunciarsi «con lo strumento di cui la Corte dispone - la sentenza -, ma con uno dei contenuti che potrebbe scegliere il Parlamento - con la legge»[33].

Invero, si ritiene che ciò che rende peculiare tale pronuncia risiede nel fatto che le modifiche introdotte all'art. 580 c.p. sono state apportate attraverso una tecnica manipolativa nuova, esercitata dalla Corte non sul singolo enunciato normativo ma su un *corpus* variegato di disposizioni (riconducibili alla l. n. 219/2017) dalle quali la stessa attinge per enucleare una *prima disciplina* del suicidio medicalmente assistito al fine dichiarato di evitare il crearsi di un *vulnus* di tutela non sanabile in via interpretativa che una operazione di ablazione, seppur parziale, del dettato penalistico di cui all'art. 580 c.p. avrebbe comportato. Senz'altro la disciplina apprestata dalla Corte costituzionale, che manca dei *dettagli* che solo il Parlamento può predisporre tramite il margine di manovra che gli appartiene, si pone come

[32] V. ZAGREBELSKY, *La fine della vita e la Costituzione*, in *La Stampa*, 17 dicembre 2021, 28.

[33] V. ZAGREBELSKY, *La fine della vita e la Costituzione*, cit., 28. In riferimento a quest'ultimo aspetto medesima dottrina mette in luce un paradosso che discende dalla distorsione dei ruoli sopra richiamata: «Ipotizziamo, come c'è ragione di credere, che nella impostazione di fondo e comunque per diversi aspetti specifici, la sentenza sia criticabile sulla base di considerazioni di costituzionalità, almeno per la irragionevolezza di talune previsioni. Se fossimo difronte ad una legge sarebbe possibile ottenere il controllo della Corte costituzionale. Ma così? La Corte è competente a giudicare le leggi e gli atti aventi forza di legge (i decreti-legge, i decreti legislativi), ma non le proprie sentenze, nemmeno con qualche acrobazia tecnica».

una tra quelle compatibili con la Costituzione, non rientrando comunque tra i poteri della Corte ordinare attività legislativa[34].

Difatti nella lettera "aperta" delle condizioni soggettive e procedurali indicate dai Giudici nel dispositivo, sono sussumibili una varietà di situazioni della cui fisionomia giuridica spetta al legislatore occuparsi, potendo quest'ultimo agire complessivamente sul sistema normativo italiano del fine vita.

Inoltre, della circostanza per cui i Giudici abbiano inteso rimettere al Parlamento l'elaborazione di una compiuta disciplina si rinviene conferma non solo nei *ripetuti inviti* al legislatore[35] ad introdurre una fattispecie apposita sul suicidio medicalmente assistito, ma anche nei richiami alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo operati da parte della Consulta nell'ordinanza n. 207/2018. Difatti, si è potuto osservare che l'utilizzo dei parametri convenzionali[36], così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha assunto un significato nuovo, ritenuto «strano»[37] da taluna parte della dottrina. Tale "stranezza" è spiegabile in ragione della novità della tecnica decisoria della Consulta, che seguirà l'ordinanza, nonostante la *timidezza* del richiamo abbia fatto

[34] Così come ha dichiarato Mario Esposito in occasione dell'audizione informale in videoconferenza del 25 giugno 2019 presso le Commissioni riunite Giustizia e Affari sociali della Camera.

[35] Cfr. Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 9 del *Considerato in diritto*, a chiusura del dispositivo. Per gli inviti della Corte al legislatore a disciplinare la fattispecie del suicidio medicalmente cui sono seguite pronunce di inammissibilità della questione sollevata si veda Corte cost., sent. n. 242/2019, punto 2.5 del *Considerato in diritto*. Per la tecnica decisoria adottata nel caso Cappato si veda il punto 4 del *Considerato in diritto* della sentenza da ultimo richiamata.

[36] Per un approfondimento su questo aspetto prima della sentenza della Consulta n. 242/2019, si veda E. MALFATTI, *Sui richiami, nell'ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Forum costituzionale*, 25 giugno 2019, la quale si è occupata dell'utilizzo del parametro convenzionale anche in altre pronunce della Corte costituzionale. Si noti come si è registrata una propensione sempre più marcata dei nostri Giudici costituzionali a confrontarsi per la soluzione di questioni relative ai diritti fondamentali della persona, non solo con gli arresti della giurisprudenza convenzionale, vincolante per il legislatore ex art. 117 Cost., ma anche con il valore persuasivo di posizioni e argomenti espressi dalle Corti Supreme di altri Stati nazionali, sia per i profili di metodo che di merito. Cfr. M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 marzo 2017, 17-18.

[37] E. MALFATTI, *Sui richiami, nell'ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 2.

dirittifondamentali.it

parlare di «occasione perduta di guardare con più coraggio alle interpretazioni evolutive della CEDU, ex art. 8 della medesima Convenzione»[38].

Se il giudice rimettente (Corte d'Assise di Milano, ordinanza del 14 febbraio 2018) rilevava una antinomia dell'art. 580 c.p. per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento agli artt. 2 e 8 CEDU dai quali discende secondo lo stesso «l'esplicito riconoscimento [...] del diritto di ciascun individuo "di decidere con quali mezzi e a che punto la propria vita finirà"» (punto 1.2 del *Ritenuto in fatto* della sent. Corte cost. n. 241/2019), i Giudici della Consulta dimostrano, invece, di voler fare un uso restrittivo dei parametri CEDU, come interpretati dai Giudici di Strasburgo. È stato notato che nell'ordinanza, che viene richiamata integralmente dalla successiva sentenza, la Corte «recupera argomenti che possono addirittura portare – almeno a prima vista – in tutt'altra direzione»[39]. In effetti, la Corte facendo riferimento al solo *leading case* Pretty c. Regno Unito del 2002 (non riferendosi, anche nella successiva sentenza, ad altre pronunce della Corte di Strasburgo in materia[40]) e affermando che dall'art. 2 CEDU non è ricavabile un

[38] E. MALFATTI, *Sui richiami, nell'ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 6.

[39] E. MALFATTI, *Sui richiami, nell'ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 3.

[40] Con il *leading case* Pretty c. Regno Unito del 2002, i Giudici di Strasburgo hanno inteso individuare la *legittimazione convenzionale* della disciplina normativa dei Paesi aderenti al sistema della Convenzione, sia che prevedano una disciplina per l'accesso alla pratica eutanasica, sia di quelli che la negano, nel combinato disposto degli artt. 8, che tutela il diritto alla vita privata e familiare e dell' art. 2 CEDU relativo al diritto alla vita, per il tramite del c.d. margine di apprezzamento, così dimostrando anche questa Corte di abbandonare argomenti di ordine extragiuridico e di ordine bioetico, come quello della china scivolosa (c.d. *slippery slope*) in un primissimo caso impiegato. È stato con la sentenza di condanna del 2013 relativa al "finto" caso Gross c. Svizzera che la Corte propose una nuova interpretazione dell'art. 2 relativo al diritto alla vita, accogliendo l'opinione del Tribunale federale svizzero, e affermando che dalla disposizione in questione – a differenza dell'opinione contraria prospettata dai Giudici nel caso Pretty – discenderebbe l'obbligo di stabilire procedure idonee (nel caso di specie la prescrizione medica previa diagnosi accurata) ad assicurare che la decisione di togliersi la vita corrisponda ad una libera scelta dell'individuo interessato. Come noto, il caso in oggetto "non fu mai deciso" per un abuso di diritto da parte del ricorrente. Sul caso Pretty si veda R. BIFULCO, *Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?*, in *Quad. Cost*., 1/2003, 166 il quale afferma che sebbene la Corte EDU respinse integralmente il ricorso in ordine a tutte le incompatibilità invocate dalla ricorrente tra la normativa inglese e le disposizioni parametro, «tuttavia, non discono[bbe] in via di principio il diritto affermato dalla ricorrente. In tal modo, aggiornando implicitamente il catalogo europeo dei diritti, la Corte apr[ì] per la prima volta, anche se non in maniera decisa, la porta all'affermazione di un diritto alla autodeterminazione

rifiuto di vivere e dunque un diritto a morire, parrebbe dire al legislatore, chiamato a disciplinare sulla base dei presupposti indicati dalla stessa quel nucleo di liceità scorporabile dall'art. 580 c.p., che questa operazione potrà essere condotta anche in via molto "conservativa".

In effetti, in Parlamento si è finora lavorato sui dettagli principalmente in senso "restrittivo" e la sentenza della Corte viene usata per ricercare «una soluzione che si sarebbe voluta evitare»[41] sebbene il richiamo alla giurisprudenza convenzionale, parte integrante della *tutela multilivello* dei diritti fondamentali[42] in cui si inserisce il nostro ordinamento – in quanto parte della conformità a Costituzione della stessa disciplina nazionale (per il tramite dell'art. 117 Cost.) –, sembrerebbe in realtà non avere alcun ulteriore intento se non quello di ribadire la centralità del ruolo del Parlamento nell'apprestare la disciplina il cui bilanciamento dei diritti costituzionali coinvolti è stato operato dai Giudici.

Tale mancata consapevolezza sul valore dei richiami alla giurisprudenza convenzionale operata nella giurisprudenza costituzionale sul caso Cappato chiarisce anche quanto atipico sia stato l'accordo sulla proposta di testo unificato, in relazione alla quale ci si chiede se esso appaia essere mera espressione di un intento gattopardiano delle forze politiche che si oppongono alla legge, che in rapporto all'iter referendario di abrogazione parziale del reato di omicidio del consenziente, di cui all'art. 579 c.p., additato come il "male peggiore", indicano il "male minore" nella proposta di legge, sulla quale ultima però non vi è per nulla convinzione in quanto – si è detto – «sostenere questa legge corrisponde non a operare il male […] ma purtroppo a lasciare ai cittadini la possibilità di compierlo»[43].

---

come fondamento di un diritto al suicidio assistito». Si rinvia anche a G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 62-63.

[41] V. ZAGREBELSKY, *La fine della vita e la Costituzione*, cit., 28

[42] P. BILANCIA, *Dignità e fine vita in Europa*, cit., 5 ss.; P. BILANCIA, F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, 2004, Milano. V. BALDINI, *La Costituzione del cambiamento e l'identità europea*, in *Jus*, 3/2003.

[43] Così C. CASALONE, *La discussione parlamentare sul "suicidio assistito"*, in *La Civiltà cattolica*, I, 2022, 157, il quale sostiene che per risolvere la questione della normazione dell'aiuto a morire tra le scelte di fine vita «il principio tradizionale cui si potrebbe ricorrere è quello delle "leggi imperfette", impiegato dal Magistero [in particolare dalla teologia morale] anche a

Infine, la cogenza discendente da tale peculiare pronuncia, che potremmo dunque allocare nel novero della *giurisprudenza normativa*, in quanto vigente e immediatamente applicativa nell'ordinamento dal giorno successivo alla pubblicazione in G.U., non attiene solo all'opportunità – *de iure condito* – che il Parlamento appresti una disciplina del c.d. suicidio assistito[44], ma riguarda anche la veste che essa attribuisce – *de iure condendo* – alle richieste, da parte dei malati che versano in condizioni cliniche analoghe a quelle di Fabiano Antoniani[45], di immediata esigibilità della disciplina predisposta dalla Consulta. Difatti, sebbene appaia chiaro che la pronuncia in oggetto costituisca diritto giurisprudenziale, è

proposito dell'aborto procurato. Il criterio non sarebbe qui spendibile in modo automatico, perché siamo di fronte più a rischi che a certezze».

[44] Afferma che «[n]on sussiste […] alcun dovere costituzionale del Parlamento di legiferare sotto dettatura della Corte costituzionale, oltretutto in materie come quella del fine vita, dove peraltro la Corte di Strasburgo riconosce la sussistenza di un ampio regime di apprezzamento in capo agli Stati membri, tenuto conto dell'art. 2 CEDU» G. RAZZANO, *Le incognite del referendum c.d. «sull'eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico*, in *Consulta online*, III, 2021, 9 dicembre 2021. A tal proposito si rinvia, in senso opposto anche a quanto dichiarato da M. Ainis nell'audizione informale del 29 ottobre 2020 presso le Commissioni riunite Giustizia e Affari sociali della Camera.

[45] Il caso più noto è quello di Mario – nome di fantasia – di anni trentatrè e da undici anni tetraplegico a causa di un incidente stradale. Egli è il primo paziente che in Italia ha ottenuto il riconoscimento di poter morire secondo le modalità di suicidio medicalmente assistito indicate dalla Consulta nella sent. 241 del 2019. Nel marzo 2021 egli aveva chiesto al giudice civile di Ancona di ordinare alla Asur – l'Azienda sanitaria regionale – di verificare, avendo riguardo alle condizioni soggettive e alle cautele procedurali indicate nella citata pronuncia, le sue condizioni di salute per poter accedere alla prescrizione e somministrazione del farmaco letale. In un primo momento il Tribunale di Ancona ha emesso una decisione di diniego. diniego sulla base dell'argomentazione per cui «non sussistono […] motivi per ritenere che, individuando le ipotesi in cui l'aiuto al suicidio può oggi ritenersi lecito, la Corte abbia fondato anche il diritto del paziente, ove ricorrano tali ipotesi, ad ottenere la collaborazione dei sanitari nell'attuare la sua decisione di porre fine alla propria esistenza; né può ritenersi che il riconoscimento dell'invocato diritto sia diretta conseguenza dell'individuazione della nuova ipotesi di non punibilità, tenuto conto della natura polifunzionale delle scriminanti non sempre strumentali all'esercizio di un diritto». Contro tale decisione i legali del malato hanno presentato reclamo; lo scorso giugno il medesimo Tribunale ha imposto all'Asur di emettere parere sulla sussistenza delle quattro condizioni soggettive, previa predisposizione di visite mediche. Sulla base dell'esito positivo del parere del Comitato Etico Regione Marche, e della relazione del febbraio 2022 del Gruppo tecnico multidisciplinare istituito dall'Asur Marche per l'individuazione del farmaco letale («il Tiopentone sodico appare idoneo a garantire una morte rapida (minuti) e indolore ad un dosaggio non inferiore a 3-5 grammi per una persona adulta del peso di 70 kg») e le relative modalità di somministrazione («la modalità di somministrazione è quella dell'autosomministrazione mediante infusione endovenosa») Mario potrà congedarsi dalle sue sofferenze quando lo riterrà più opportuno.

altrettanto evidente che essa pone «uno *ius* cogente e paralegislativo [...] [essendo] *lex* e *ius* insieme [...] [ed] estendend[o] i diritti dei consociati»[46]. Senz'altro la genericità ma anche l'assenza nel dispositivo della previsione dei termini temporali della procedura sono di notevole ostacolo alla tutela di quelle medesime situazioni giuridiche per le quali, in attesa di una legge, la Corte si è pronunciata.

È indubbio, inoltre che individuare la collocazione che nel nostro ordinamento ha assunto la scelta di morire tramite *morte volontaria medicalmente assistita* presuppone una più ampia riflessione, che in tale sede non è possibile condurre, sul mutamento del rapporto tra il processo democratico di formazione della legge, in materia di situazioni giuridiche soggettive quali quelle attinenti alla propria sfera d'integrità psico-fisica, e l'enucleazione della tutela di queste ultime per via giurisprudenziale, in funzione sostitutiva[47].

In tale riflessione, che per quanto riguarda il tema in oggetto si sostanzia nel chiedersi se le indicazioni della Consulta costituiscano un *limite minimo o massimo* per il Parlamento e che cosa si debba intendere con le locuzioni "sofferenze fisiche o psicologiche" e "trattamenti di sostegno vitale", si sarebbe potuta inserire nuovamente la Corte che, chiamata a pronunciarsi nel giudizio di ammissibilità della richiesta referendaria ex art. 75 Cost., secondo taluna dottrina avrebbe potuto, in via del tutto inedita, rimettere a se stessa la questione[48].

[46] Così M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male. Note a margine delle "procedure legittimanti l'aiuto a morire" imposte da Corte cost. n. 242/2019*, in *Sistema Penale*, 10 febbraio 2020, 2 e 3. L'Autore continua affermando che «[a]nche se nel testo della motivazione non compare mai l'espressione esercizio di un diritto e adempimento di un dovere, le categorie basiche del pensiero giuridico non si possono cancellare. Vedremo che tipo di diritto sia, dato che il suo esercizio, ma in qualche modo anche la sua esistenza "giuridica", vengono proceduralizzati [...] [per] rendere "costituzionalmente" compatibile la disciplina della "non punibilità" nei casi regolati».

[47] Per la ricostruzione di tale rapporto nell'ambito dei noti casi Welby e Englaro si veda V. BALDINI, L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale, cit., 10 ss.

[48] In tal senso B. Vimercati, intervento al convegno *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale* promosso dall'Università degli Studi di Milano il 15 dicembre 2021, la cui registrazione è reperibile al link indicato in nota 15.

4. Conclusioni. Quale collocazione nell'ordinamento italiano per il "diritto ad una morte dignitosa"? La necessità di una «cintura di protezione» legislativa nella disciplina delle scelte di fine vita.

Interrogarsi su quale sia lo spazio che l'ordinamento giuridico italiano dedica al diritto ad una morte «corrispondente alla propria visione della dignità del morire» (Corte cost., ord. n. 204 del 2018, punto 9 del *Considerato in diritto*), in una duplice dimensione, *de iure condito* e *de iure condendo,* comporta una preliminare riflessione sulle diverse sfaccettature[49] che connotano tale richiesta di tutela. Quando nel lessico corrente del dibattito sul fine vita il termine in uso era ancora "eutanasia", l'ordinamento giuridico sembrava poter accordare riconoscimento solo ad uno spazio indiretto per tale forma di autodeterminazione, discendente dal risvolto negativo del diritto alla salute di cui all'art. 32, co. 2 della Costituzione inteso quale divieto di accanimento terapeutico e scelta di rifiutare i trattamenti sanitari. Ci si riferisce al "lasciarsi morire" nelle forme stabilite nella legge sul biotestamento del 2017 che nonostante l'ampio riconoscimento normativo ottenuto, aveva portato con sè l'acceso dibattito sulla disparità di trattamento in cui ricadevano i malati che ritenevano non degna tale forma di *exitus* – in relazione alla loro personale concezione di dignità, ma molto spesso anche in rapporto al dolore che volevano evitare di procurare ai propri familiari. La dichiarazione di parziale incostituzionalità del reato di istigazione o aiuto al suicidio ha condotto al riconoscimento di tale discriminazione (Corte cost., ord. n. 203 del 2018, punti 8 e 9 del *Considerato in diritto*; sent. n. 242 del 2019, punto 2.3 del *Considerato in diritto*) tramite l'individuazione di una "fattispecie oggettiva" caratterizzata da presupposti soggettivi e presidiata da condizioni procedurali per garantire la

[49] Cfr. per tutti S. AMATO, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, Torino, 2015, XIII "Il diritto deve continuare a tracciare, caso per caso, la linea di demarcazione tra tutela della vita e tutela della libertà e ricostruirla continuamente, per quante volte le circostanze possano cancellarla, perché ogni attesa di assistenza è diversa da un'altra, perché ogni sofferenza non è equiparabile a un'altra, perché l'eutanasia va declinata al plurale". Cfr. anche A. KAHN, *L'ultime liberté*, Paris, 2008, 29 ss., ne parla al plurale: «*les euthanasies*», così come segnalato in A. D'ALOIA, voce *Eutanasia (Dir. cost.)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 2012, 300-349.

possibilità al malato capace di prendere decisioni libere e consapevoli, dipendente da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile dalla quale gli derivino sofferenze fisiche o psicologiche che reputa intollerabili, di congedarsi dalla vita tramite il suicidio medicalmente assistito, in tal modo non creando vuoti di tutela e possibili abusi per i soggetti più deboli. Pertanto, il riconoscimento del diritto del malato di accedere a tale scelta di fine vita, quale "aiuto a morire per mano propria", è stato operato mantenendo intatta la «cintura protettiva» della tutela penale a presidio della vita (Corte cost., ord. n. 207 del 2018, punto 4 del *Considerato in diritto*; Corte cost., sent. n. 242 del 2019, punto 6 del *Ritenuto in fatto*). La giurisprudenza costituzionale del 2018-2019 ha indubbiamente indicato la strada per agire sulle maglie legislative delle scelte di fine vita, ancora intrise di quel paternalismo *hard* appartenente ai compilatori del Codice Rocco. Nel solco di tali indicazioni il 15 febbraio 2021 si è inserita la decisione d'inammissibilità della proposta referendaria di abrogazione parziale della disposizione penalistica che punisce l'omicidio del consenziente, fattispecie ravvisata quale impedimento maggiore al riconoscimento, a talune condizioni, della legittimità dell'"aiuto a morire per mano d'altri". A tal proposito è stato affermato che tramite tale ultima decisione «[a]lla volontà libera della persona che decide di morire, la Corte ha sostituito l'autorità dello Stato», arrestandosi su una posizione opposta a «quella propria di una società liberale, rispettosa della dignità delle persone, di cui l'autodeterminazione è una componente»[50]. Invero, se la lucidità di tale autorevole considerazione è apprezzabile operando un confronto con la giurisprudenza costituzionale sulle scelte di fine vita di sistemi costituzionali analoghi al nostro quale quello tedesco, in cui con la decisione BVerfG, sent. 26 febbraio 2020, è stato enucleato un vero e proprio diritto di morire» (*Recht auf selbstbestimmtes Sterben*) e di un «diritto al suicidio» (*Recht auf Selbsttotung*), la peculiarità della disciplina penalistica di rango primario contribuisce a chiarire il motivo per cui nel nostro ordinamento è necessario l'intervento del Parlamento per apprestare una

[50] Così V. ZAGREBELSKY, *Autorità di Stato e libera volontà*, in *La Stampa*, 16 febbraio 2022, 27.

disciplina, il più possibile rispettosa dell'autodeterminazione, nella richiesta di "aiuto a morire", sia "per mano propria" – per la quale già rinveniamo una *prima disciplina* – che "per mano d'altri".

È stato difatti affermato che in materia l'insieme della regolamentazione giuridica penalistica – artt. 579, 580 e art. 593 c.p. –, appare espressione di un c.d. «diritto misto»[51]; con ciò volendo intendere che l'ordinamento giuridico italiano racchiude elementi appartenti sia al tradizionale paradigma indisponibilista della vita (o c.d. *pro-life*) che ne ha contraddistinto l'origine, sia al contrapposto paradigma disponibilista (o c.d. *pro-choice*), subentrato con l'avvento della Costituzione e costruito in larga parte in via pretoria, come da ultimo verificatosi con la dichiarazione di parziale illegittimità della disposizione del codice penale che sanziona l'istigazione o l'aiuto al suicidio. In altre parole, occorre muovere, come ha fatto la Consulta nel 2019, da un'osservazione: quella della *sensibile discrasia* tra l'impianto del codice penale e il paternalismo *soft* caratterizzante la Carta costituzionale; *discrasia* che si riverbera anche sul tema della vita e sulle tematiche inerenti alla persona umana[52].

Sebbene sia stato rilevato che il tema del fine vita si presti ad essere un *quesito* prettamente referendario, che «si pone nel solco di grandi referendum del passato, che implicavano scelte di civiltà etica e giuridica (divorzio, aborto) »[53], è pur vero che nello specifico caso abrogativo, dichiarato inammissibile, la via legislativa appare essere l'unica idonea per "districarsi" nell'impianto giuridico di totale indisponibilismo che permea la lettera della disposizione in materia di omicidio del consenziente, totalmente "chiusa" a tutele giustificate da "ragioni" di fine vita. Difatti, come già poteva desumersi dalle argomentazioni dell'ordinanza definitiva dell'Ufficio centrale per il referendum, l'eventuale esito positivo della consultazione, che sarebbe potuto seguire ad una dichiarazione di ammissibilità,

[51] Così G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita.*, cit.

[52] Per tale ricostruzione si veda, tra gli altri, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 63 ss.

[53] Così G. SILVESTRI, *Il diritto di decidere sulla propria vita,* in *La Stampa*, 14 febbraio 2022, 10. Si rinvia anche all'intervento del medesimo al convegno *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale* promosso dall'Università degli Studi di Milano il 15 dicembre 2021, la cui registrazione è reperibile al link indicato in nota 15.

non avrebbe permesso di operare quel delicato bilanciamento di tutele necessario, ad esempio, a salvaguardare la vita di chi si trova solamente in un momentaneo periodo di vulnerabilità[54]. Sarebbero residuate criticità, ad esempio, sulla validità del consenso[55] prestato al proprio omicidio o a quello di persone affette da disabilità[56]; o ancora sulla legittimità dell'aiuto a morire prestato in forma commerciale[57].

È pertanto sentito l'auspicio che sul piano politico la decisione d'inammissibilità non venga interpretata come una pronuncia d'illegittimità *pro futuro* di ogni possibile normativa sul fine vita, impedendo che nel disegno di legge in materia di *morte volontaria medicalmente assistita* venga coinvolta anche la modifica dell'art. 579 c.p.[58] È indubbio che l'apatia delle Camere in ordine all'approvazione della legge sul suicidio medicalmente assistito, la cui proposta di legge necessita di interventi sia di merito che sistematici meno "restrittivi", rispetto a quelli apportati al testo base, potrebbe compromettere anche l'immediata esigibilità della *prima tutela* delle richieste di "aiuto a morire per mano propria", predisposta dalla Consulta in attesa di una legge.

[54] In tal senso è l'opinione di G.M. Flick. Cfr. *Flick: suicidio assistito, legge condivisa per stoppare deriva referendaria*, in *Avvenire*, 14 gennaio 2022.

[55] L'omicidio del consenziente, nella sua attuale formulazione, presuppone un consenso non solo serio, esplicito e non equivoco, ma perdurante anche sino al momento in cui il colpevole commette il fatto (Cass. pen., 6 maggio 2008, n. 32851). Nel caso in cui la condizione psichica del soggetto passivo non permetta una piena e consapevole formazione del suo consenso, in mancanza di elementi di prova univoci della effettiva e consapevole volontà della persona di morire, deve essere data prevalenza al diritto alla vita indipendentemente dalle sue condizioni (Cass. pen.,14 febbraio 2008, n. 13410).

[56] Tale ultimo *vulnus* di tutela potrebbe accostare il nostro ordinamento a discipline, quali quella dei Paesi bassi in cui è ritenuta condizione sufficiente per l'"aiuto a morire" anche la mera disabilità (c.d. protocolli di Groningen).

[57] A tal proposito si veda il commento di M.B. MAGRO, *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di prestazione positiva nella decisione del Tribunale costituzionale tedesco sul § 217 STGB*, in *Diritto penale XXI secolo*, 1/2020 sulla sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 2020 sopra richiamata tramite la quale è stata dichiarata illegittima, per contrasto con i principi della Legge Fondamentale, la norma del codice penale tedesco, introdotta nel 2015, che punisce la agevolazione commerciale del suicidio perché limitativa del "diritto ad una morte autodeterminata" che discende, secondo la Corte, dal fondamentale diritto ad autodeterminarsi.

[58] Così P. VERONESI, in *Il referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, cit. e *V. ZAGREBELSKY, Autorità di Stato e libera volontà*, cit., 27.

Appare chiaro che in questo momento storico gli aspetti *de iure condito* e le prospettive *de iure condendo* relative al fine vita sono inevitabilmente destinati a convergere e intrecciarsi. L'opzione di una disciplina legislativa unitaria del fine vita volontario – nella declinazione di "aiuto a morire" "per mano propria" e "per mano altrui" –, che lasci inalterata la «cintura protettiva» delle sanzioni penali di cui agli artt. 579 e 580 c.p. appare necessitata. Stiamo forse procedendo verso questa direzione? Dalla vicenda referendaria è emerso con maggiore evidenza che il fine vita è un tema di tutela dei diritti, presupponendo la scelta di *lasciarsi morire* o la richiesta di *aiuto a morire* il rilievo del principio di autodeterminazione individuale.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 2 marzo 2022

La rielezione di Sergio Mattarella a Presidente della Repubblica: alcune brevi considerazioni

di
Luca Maria Tonelli*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il grande tema: la rieleggibilità del Presidente della Repubblica. – 3. Quali scenari dopo la rielezione di Mattarella?

1. Premessa

La rielezione di Sergio Mattarella a Presidente della Repubblica[1], la seconda di un Capo dello Stato in nove anni[2], impone una seria riflessione sul tema e anche sul

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Perugia.

[1] In questo breve contributo non sarà analizzato il contesto storico e politico in cui è avvenuta la rielezione del Presidente della Repubblica uscente, essendo questo aspetto già stato ampiamente affrontato da A. CIANCIO, C. FUSARO, E. FURNO, M.C. GRISOLIA, V. LIPPOLIS, I.A. NICOTRA, I. PELLIZZONE e S. PRISCO nell'ambito del forum *Elezioni del Presidente della Repubblica: riflessioni costituzionali 'a caldo'* apparso su *Federalismi.it*.

[2] La prima e "storica" rielezione di un Presidente della Repubblica, se si esclude il caso di Enrico De Nicola, dimessosi da Capo provvisorio dello Stato il 25 giugno 1947 e rieletto il giorno dopo, assolutamente non comparabile a tali eventi (in questo senso anche S. CECCANTI, *Rieletto, ma non troppo: le grandi differenze tra l'undicesimo e il dodicesimo Presidente*, in *Forum di Quad. cost.*, 22 aprile 2013, M. OLIVETTI, *Il tormentato avvio della XVII legislatura: le elezioni politiche, la rielezione del Presidente Napolitano e la formazione del governo Letta*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 9 maggio 2014, p. 51, *sub* nt. 208, e, da ultimo, L. LONGHI, *Cincinnato e la discesa dal Colle. Osservazioni in tema di rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, in *Dir. pubbl. eur. - Rassegna online*, n. 1/2022, p. 99, *sub* nt. 6) è avvenuta – come noto – il 20 aprile 2013, con l'elezione di Giorgio Napolitano al sesto scrutinio, dopo giorni di stallo nelle trattative per trovare un nome condiviso per la sua successione al Quirinale. Sul punto si v., *ex multis*, G. SCACCIA, *La storica rielezione di Napolitano e gli equilibri sulla forma di governo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, p. 1.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

ruolo che il Presidente della Repubblica ha gradualmente assunto nel nostro sistema costituzionale[3].

La riconferma di Mattarella al Colle, oltre a mostrare (anzi a certificare) l'inadeguatezza della attuale classe politica che si è trovata impreparata nel momento di «adempiere al supremo compito costituzionale dell'elezione del Capo dello Stato»[4], offre infatti l'occasione per tornare su una annosa questione al riguardo: se sia ammissibile o meno la rielezione di un Presidente della Repubblica e se esista o no una consuetudine costituzionale circa la non rieleggibilità del Capo dello Stato.

2. Il grande tema: la rieleggibilità del Presidente della Repubblica

Per rispondere alla domanda se sia ammissibile la rielezione del Capo dello Stato occorre prendere le mosse dal testo della Costituzione[5], che, al primo comma

[3] Sul Presidente della Repubblica si v., fra i tanti, C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 224 ss., L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 165 ss., S. GALEOTTI – B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, Torino, 1996, p. 417 ss., C. FUSARO, *Il presidente della Repubblica*, Bologna, 2003, A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica italiana nelle recenti esperienze costituzionali. Aspetti problematici*, Napoli, 2013, G. SCACCIA, *Il Presidente della Repubblica fra evoluzione e trasformazione*, Modena, 2015 e G. PASSARELLI, *Il Presidente della Repubblica in Italia*, Torino, 2022.

[4] Per riprendere le parole del presidente Napolitano pronunciate nel suo secondo discorso di insediamento tenuto il 22 aprile 2013.

[5] La nostra Costituzione, a differenza di altre (come – ad es. – quelle della Repubblica federale tedesca, dell'Austria, della Francia, degli Stati Uniti d'America o della Grecia), non pone espressamente alcun limite alla rieleggibilità del Capo dello Stato.

In realtà nel testo licenziato dalla II Sottocommissione era prevista la non rieleggibilità del Presidente della Repubblica uscente, ma nel testo finale approvato dall'Adunanza plenaria nel gennaio 1947 tale disposizione non venne riprodotta, forse per lasciare "schiusa" la finestra per tempi eccezionali, come ha sostenuto Napolitano nel discorso cit.

Favorevoli alla rieleggibilità del Presidente della Repubblica sono in generale, in dottrina, G.U. RESCIGNO, *Art. 85*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, artt. 83-87*, Bologna-Roma, 1978, p. 64, M. VOLPI, *Considerazioni sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, in *Quad. cost.*, n. 1/1985, p. 125 e F. PETRANGELI, *Art. 85*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, p. 1664 ss. e M. OLIVETTI, *Il tormentato avvio della XVII legislatura: le elezioni politiche, la rielezione del Presidente Napolitano e la formazione del governo Letta*, cit., p. 50 ss.

dell'art. 85 Cost. si limita a prevedere: «Il Presidente della Repubblica è eletto per sette anni»[6].

Considerata l'essenzialità della disposizione costituzionale, che nulla prevede in merito alla rielezione per un secondo mandato del Presidente della Repubblica uscente, la dottrina si è interrogata sulla legittimità di tale rielezione.

Per la risposta favorevole milita proprio il silenzio della Costituzione[7]. Tant'è che – si è sostenuto[8] – se la Carta costituzionale avesse voluto escludere tale possibilità l'avrebbe sancito espressamente, così come ha fatto per i giudici costituzionali (art. 135, comma 3, Cost.) e per i membri elettivi del Consiglio superiore della magistratura (art. 104, comma 6, Cost.).

Ad ulteriore conferma della rieleggibilità del Presidente della Repubblica depone la previsione del cd. semestre bianco[9] (art. 88, comma 2, Cost.), che mira – secondo l'interpretazione più diffusa – ad evitare che il Presidente uscente possa negli ultimi sei mesi del suo mandato sciogliere le Camere nella speranza che le nuove siano favorevoli ad una sua rielezione.

Una parte della dottrina ha sostenuto – per di più – che se la non rieleggibilità del Presidente della Repubblica fosse stata espressamente prevista in Costituzione, ciò avrebbe comportato il serio rischio di «irrigidire inopportunamente la vita politica,

[6] La scelta del mandato settennale per il Presidente della Repubblica fu dovuta dall'esigenza di bilanciare, da un lato, il principio di temporaneità delle cariche e, dall'altro, con l'esigenza di assicurare una certa continuità delle istituzioni. Emblematiche sono le parole pronunciate in Assemblea costituente dall'on. Tosato: «[i]l fatto che il Presidente sia eletto per sette anni, mentre le Camere sono elette rispettivamente per cinque e sei anni, serve a soddisfare l'esigenza di una certa permanenza, di una certa continuità nell'esercizio delle pubbliche funzioni, mentre contribuisce a rafforzare l'indipendenza rispetto alle Camere che lo eleggono. Che le Camere si rinnovino e il Presidente resti significa svincolare il Presidente dalle Camere, dalle quali deriva, e rinvigorirne la figura» (Atti A.C., 22 ottobre 1947, p. 1435, consultabili in V. FALZONE – F. PALERMO – F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 1976, pp. 242-243). Si noti, infine, che la durata del mandato presidenziale è fra le più lunghe conosciute dal nostro ordinamento costituzionale, superata soltanto da quella dei giudici della Corte costituzionale, fissata in nove anni.

[7] Di questo avviso M. VOLPI, *Considerazioni sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, cit., p. 108 e, più di recente, M. OLIVETTI, *op. ult. cit.*, p. 50.

[8] Così, ancora, M. VOLPI, *op. ult. cit.*, p. 109.

[9] In questo senso G.U. RESCIGNO, *Art. 85*, cit., p. 66. Da ultimo, cfr. A. CIANCIO, *La rielezione di Mattarella, il* de profundis *per la politica e quel "soffitto di cristallo" che non si infrange*, in *Federalismi.it*, paper del forum *Elezioni del Presidente della Repubblica: riflessioni costituzionali 'a caldo'*, 31 gennaio 2022, p. 1.

impedendo la rielezione magari di quell'unico soggetto che, sulla base dell'esperienza passata, aveva guadagnato la fiducia di tutte le principali forze politiche»[10].

Più articolata è, invece, la posizione dei sostenitori della non rieleggibilità del Capo dello Stato[11].

Alcuni hanno ricavato il divieto di rieleggibilità dalla disposizione di cui al secondo comma dell'art. 85 Cost., la quale, facendo espressamente riferimento ad «nuovo Presidente della Repubblica», sembra alludere – evidentemente – ad una diversità ontologica tra il Presidente uscente e quello entrante[12].

Per altri la non rieleggibilità discenderebbe dalla durata del mandato presidenziale fissata in sette anni[13]. Si è sostenuto, infatti, che il settennato rappresenta di per sé un arco temporale alquanto lungo, «sufficiente a garantire una continuità nell'azione dello Stato»[14] e, soprattutto, idoneo ad assicurare all'unico organo costituzionale monocratico[15] di essere svincolato dalle maggioranze politiche contingenti (in special modo dalla stessa maggioranza parlamentare che lo ha eletto), in modo tale di consentirgli di svolgere le sue funzioni in piena

[10] Così G.U. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. 64.

[11] Contrari alla possibilità di una rielezione del Presidente della Repubblica, in Assemblea costituente, erano Lami Starnuti, Rossi e Fuschini: cfr. Atti della II Sottocommissione, I sez., 19 dicembre 1946. Si v., anche, G. BASCHIERI – L. BIANCHI D'ESPINOSA – C. GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, 1949, p. 321, per i quali la rielezione del Presidente «non avverrà perché sarà cura del Parlamento evitare che la Presidenza troppo a lungo tenuta non si tramuti in una carica vitalizia con tutti gli inconvenienti e i pericoli che vi sono connessi. Lo stesso Presidente avrà la sensibilità di non accettare una rielezione continuata […]».

Contrari alla rieleggibilità del Presidente della Repubblica sono, in dottrina, L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., p. 165 ss., A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, p. 219 ss., spec. p. 225, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2005, pp. 457-458 e, di recente, M. DOGLIANI – I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, 2015, p. 399, A. LUCARELLI, *Presidente della Repubblica: Napolitano, il settennato bis è incostituzionale?*, in *Il Fatto Quotidiano*, 21 aprile 2013, L. LONGHI, *Cincinnato e la discesa dal Colle. Osservazioni in tema di rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, cit.

[12] In questo senso G. PINTOR, *Rieleggibilità del Presidente della Repubblica e periodo della sua permanenza in carica*, in *Rass. giur. sar.*, 1963, p. 552.

[13] Così S. CECCANTI, *Rieletto, ma non troppo: le grandi differenze tra l'undicesimo e il dodicesimo Presidente*, cit.

[14] Si v. il messaggio alle Camere del presidente Segni del 16 settembre 1963.

[15] Sottolinea la natura monocratica dell'organo-Presidente della Repubblica, G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2021, p. 429.

dirittifondamentali.it

indipendenza e autonomia rispetto alle maggioranze parlamentari che di volta in volta si succedono[16]. Un doppio settennato apparirebbe un periodo troppo lungo di permanenza nella carica che produrrebbe il serio rischio di dar vita ad una continuità personale nella istituzione-Presidente della Repubblica non compatibile con la «forma repubblicana» del nostro ordinamento costituzionale[17]. La non rieleggibilità della massima magistratura repubblicana – in questa ottica – servirebbe, anche, «ad eliminare qualunque, sia pure ingiusto, sospetto che qualche atto del Capo dello Stato sia compiuto al fine di favorirne la rielezione»[18].

Secondo altri, ancora, il divieto di rielezione del Presidente della Repubblica può essere desunto dal requisito anagrafico richiesto per l'elettorato passivo dall'art. 84, comma 1, Cost. L'aver fissato in 50 anni l'età minima per essere eletto Capo dello Stato dimostrerebbe come si sia voluto attribuire alla carica il coronamento ultimo di una lunga carriera politico-istituzionale tanto «da non ammettere più successivi sviluppi oltre, naturalmente, quelli contemplati dall'art. 59 Cost. in ordine all'acquisto della qualità di Senatore a vita»[19].

Non si può non richiamare, infine, una tesi sulla non rieleggibilità del Presidente della Repubblica, avanzata di recente, che prende le mosse dalla circostanza che il Capo dello Stato ricopre anche un'altra carica: l'essere Presidente del Consiglio superiore della magistratura[20]. Si è evidenziato che in caso di rielezione del Presidente della Repubblica, in particolare ove restasse in carica per ben quattordici anni, si avrebbe in seno all'organo di autogoverno della magistratura ordinaria una profonda sproporzione tra la durata in carica del Presidente e quella degli altri

[16] D'altronde, il Presidente della Repubblica, così come la Corte costituzionale, sono stati configurati dal Costituente come organi di garanzia e non come «organi di iniziativa politica»: sul punto cfr. G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 63. Tale assunto, come notano A. BALDASSARRE – C. MEZZANOTTE, *Presidente della Repubblica e maggioranza di governo*, in G. SILVESTRI (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1985, p. 504, trova conferma – per quanto concerne il Capo dello Stato – nel meccanismo di elezione del Presidente che mira ad evitare l'instaurarsi di un qualche rapporto politico tra Presidente e Parlamento.

[17] L. PALADIN, *op. ult. cit.*, p. 183 e L. LONGHI, *Cincinnato e la discesa dal Colle. Osservazioni in tema di rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, cit., p. 106.

[18] Così, ancora, Segni nel messaggio alle Camere cit.

[19] L. LONGHI, *op. ult. cit.*, p. 103. *Contra* A. CIANCIO, *op. loc. ult. cit.*

[20] Cfr., ancora, L. LONGHI, *op. loc. ult. cit.*

componenti[21]. Profonda sproporzione che appare ancor più accentuata se si considerano anche certe prerogative del Capo dello Stato come Presidente del Consiglio superiore della magistratura e riguardanti, ad es., lo svolgimento delle attività consiliari, prerogative che sono tutt'altro che marginali e tutt'altro che prive di conseguenze di ordine pratico[22].

Fra le opinioni qui esposte quella che – a parere di chi scrive – sembrerebbe meglio adattarsi allo spirito della Carta costituzionale è quella della non rieleggibilità del Presidente della Repubblica[23].

Tale opinione è avvalorata dalla circostanza che sembrerebbe esistere una consuetudine costituzionale[24] concernente proprio la non rieleggibilità del Capo dello Stato[25].

L'esistenza di questa consuetudine costituzionale sarebbe suffragata dal fatto che per sessant'anni nessun Presidente della Repubblica sia stato rieletto. A ciò si aggiungano le esternazioni[26] con cui i vari Presidenti della Repubblica hanno più volte affermato, nel corso dei loro mandati, la loro non disponibilità ad essere rieletti per un secondo mandato, sostenendo anzi che «il rinnovo di un mandato

[21] Gli altri ventisei membri del CSM, infatti, restano in carica per un periodo di tempo molto più breve: quattro anni i componenti elettivi e fino al collocamento a riposo gli altri due membri di diritto.

[22] Come, ad es., il potere di assenso alla formazione dell'ordine del giorno *ex* art. 45 del Reg. int. CSM.

[23] Riteneva che «l'alternativa della non-rielezione è quella che meglio si conforma al modello costituzionale», L. PALADIN, *op. loc. ult. cit.*

[24] Sulle consuetudini costituzionali si v., fra i tanti, A. FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale*, Torino, 1913-1921, C. ESPOSITO, *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 456 ss., G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970, C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. Premesse generali*, Napoli, 1992, M. CAVINO, *Convenzioni e consuetudini costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, Torino, 2010, p. 51 ss., P. CARENEVALE, *A Corte… così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, p. 3 ss. e G.U. RESCIGNO, *Consuetudine costituzionale*, in *Diritto online*, www.treccani.it, 2015.

[25] Considera esistente una siffatta consuetudine costituzionale anche G. SCACCIA, *op. loc. ult. cit.* Di opinione contraria è, invece, M. OLIVETTI, *op. ult. cit.*, p. 52. Preferisce parlare di una «convenzione [costituzionale] sulla non rielezione del Presidente», S. CECCANTI, *op. ult. cit.* e G.U. RESCIGNO, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in *Oss. sulle fonti*, n. 2/2018, p. 6.

[26] Tutti e tre gli ultimi Presidenti della Repubblica hanno espresso la loro indisponibilità ad un secondo mandato. Da ultimo, anche Sergio Mattarella nel 2021, in occasione dei centotrent'anni dalla nascita di Segni, ha ribadito la sua indisponibilità, richiamando proprio i messaggi alle Camere di Segni e Leone.

lungo, quale è quello settennale, mal si confà alle caratteristiche proprie della forma repubblicana»[27], e i messaggi alle Camere dei presidenti Segni e Leone[28], in cui si erano dichiarati contrari alla possibile ipotesi di rielezione del Capo dello Stato, messaggi che altro non erano che un invito al Parlamento a rendere esplicito ciò che era implicito nella Costituzione e a cristallizzare una volta per tutte la non rieleggibilità nel testo della Carta, al fine di evitare che col tempo si potesse formare una consuetudine opposta a favore della rieleggibilità[29].

Tutti indizi che dimostrano come i vari Presidenti della Repubblica presupponevano evidentemente la sussistenza di una regola generale non scritta sulla non rieleggibilità di tale organo costituzionale.

Alcuni autori ritengono, tuttavia, che non sia possibile ragionare di una consuetudine costituzionale al riguardo, in quanto difetterebbe dell'elemento della *opinio iuris ac necessitatis*. Ne sarebbero indici, da un lato, il fatto che l'idea di una rielezione sia stata "accarezzata" da alcuni Presidenti e, dall'altro, che nelle elezioni per il loro successore al Quirinale molti Presidenti uscenti abbiano ottenuto voti[30].

Le cose, invero, potrebbero essere interpretate diversamente.

In primo luogo, la circostanza per cui il Presidente uscente prenda voti nelle prime votazioni può essere letta come segno di cortesia istituzionale di apprezzamento dell'operato svolto nell'esercizio del suo mandato e di rispetto nei confronti della più alta carica dello Stato.

In secondo luogo, quand'anche vi sia stata o meno l'intenzione del Capo dello Stato uscente a vedersi riconfermato nel ruolo, la circostanza per cui il Parlamento in seduta comune integrato dai delegati regionali abbia eletto un altro Presidente confermerebbe l'esistenza di una precisa volontà di non rieleggere l'uscente e –

[27] Così il presidente Ciampi nel comunicato del 3 maggio 2006. Ciampi, per di più, aveva parlato espressamente di una «consuetudine significativa» circa la non rieleggibilità del Capo dello Stato. Ritiene M. OLIVETTI, *op. loc. ult. cit.*, che il presidente Ciampi abbia utilizzato il termine "consuetudine" in senso a-tecnico, escludendo che egli avesse voluto evocare una consuetudine costituzionale in senso giuridico.

[28] Cfr. il messaggio del presidente Segni del 17 settembre 1963, cit., e il messaggio del presidente Leone del 15 ottobre 1975.

[29] Attribuisce, invece, a tali messaggi la prova che la Costituzione ammetta una rielezione M. OLIVETTI, *op. ult. cit.*, p. 51.

[30] Così M. OLIVETTI, *op. ult. cit.*, pp. 50-51.

dunque – una *opinio iuris seu necessitatis* in tal senso, che va ad avvalorare la convinzione che sia presente una consuetudine costituzionale circa la non rieleggibilità.

L'idea che esista una simile consuetudine costituzionale non è, inoltre, affatto sminuita dalla rielezione nel 2013 di Giorgio Napolitano, ma – anzi – ne esce rafforzata.

Il presidente Napolitano, infatti, nel suo secondo discorso di insediamento ha tenuto a precisare che la sua rielezione rappresentava – testualmente – una eccezione[31], presupponendo chiaramente la presenza nell'ordinamento costituzionale di una regola circa la non rieleggibilità del Capo dello Stato.

Se si interpreta, poi, sistematicamente il Titolo II della Seconda Parte della Costituzione con lo spirito della Costituzione e – più in generale – con altre disposizioni ordinamentali, la tesi della non rieleggibilità del Presidente della Repubblica acquisisce ulteriore sostegno e conferma.

Basti pensare alla natura imparziale[32], *super partes* e neutrale[33] connaturata al ruolo che ha il Capo dello Stato, nonché l'indipendenza[34], che fa da *pendant* all'irresponsabilità per qualsiasi atto compiuto nell'esercizio delle sue funzioni – tranne che per alto tradimento o attentato alla Costituzione[35] –, tutti elementi che

[31] Cfr. il discorso di insediamento del presidente Napolitano del 22 aprile 2013, cit. Considera la rielezione di Napolitano un caso "atipico" e non "eccezionale", M.C. GRISOLIA, *L'elezione di Mattarella: problematiche e prospettive*, in *Federalismi.it*, paper del forum *Elezioni del Presidente della Repubblica: riflessioni costituzionali 'a caldo'*, 31 gennaio 2022, p. 5.

[32] Rileva che «la rieleggibilità non si accorda con i compiti di garanzia che la Costituzione assegna al rappresentante dell'unità nazionale, che rimane imparziale fin tanto che risulta estraneo alla ordinaria dinamica politica dei partiti», G. AZZARITI, *Perché la rielezione del Presidente va vietata*, in *il Manifesto*, 31 gennaio, 2022.

[33] Così G. SCACCIA, *La storica rielezione di Napolitano e gli equilibri sulla forma di governo*, cit., p. 1. Sul "potere neutro" si v. B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, ed. a cura di J.-P. Pages, Parigi, 1836. Sul punto cfr., anche, O. CHESSA, *Il presidente della Repubblica parlamentare*, Napoli, 2010, p. 145 ss. e F. MODUGNO, *Ordinamento, Diritto, Stato*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2019, p. 107.

[34] V. L. LONGHI, *Cincinnato e la discesa dal Colle*, cit., p. 108.

[35] *Ex* art. 90, primo comma, Cost.

dovrebbero far propendere per un mandato non rinnovabile al fine di proteggere la carica da eventuali successive verifiche elettorali[36].

Altrimenti si avrebbe un soggetto non solo giuridicamente, ma anche politicamente irresponsabile (qualità in linea con la funzione di garanzia e con il compito di rappresentare dell'unità nazionale[37]) che viene ad assumere, invece, un ruolo politico attivo senza essere responsabile.

Ulteriore conferma della non rieleggibilità del Presidente della Repubblica potrebbe essere data dalla presenza nel nostro ordinamento giuridico dell'art. 278 c.p., che punisce «chiunque [ne] offend[a] l'onore e il prestigio […]», il quale precludendo in tal modo ogni possibile critica nei confronti del Presidente uscente, sembra escludere ogni valutazione sul suo operato in prospettiva di una sua eventuale rielezione.

Paradossalmente, anche il cd. semestre bianco potrebbe essere indice di un certo sfavore per la rieleggibilità del Capo dello Stato. La disposizione di cui all'art. 88, comma 2, Cost., sancendo che il Presidente non può sciogliere le Camere negli ultimi sei mesi di mandato, ossia nel momento a lui più congeniale per potersi creare un corpo elettorale favorevole alla sua rielezione, difatti, potrebbe essere interpretata a maggior ragione nel senso di ritenere non praticabile l'ipotesi della rieleggibilità del Presidente uscente[38].

Dopo aver ripercorso le varie teorie sulla possibilità o meno di rieleggere il Presidente della Repubblica e cercato di dimostrare l'esistenza di una consuetudine costituzionale che non consente la sua rielezione, occorre ora domandarsi cosa è accaduto a tale norma non scritta con la rielezione di Sergio Mattarella a Presidente della Repubblica.

Se, come visto, la rielezione di Napolitano poteva costituire una *eccezione* alla regola generale della non rieleggibilità, con la rielezione di Mattarella al Colle più alto – lo

[36] Così, anche, A. LUCARELLI, *Presidente della Repubblica: Napolitano, il settennato bis è incostituzionale?*, cit.

[37] L. LONGHI, *op. ult. cit.*, p. 106.

[38] Cfr., ancora, L. LONGHI, *Cincinnato e la discesa dal Colle*, cit., p. 105.

si ricorda, la seconda in nove anni – la situazione è divenuta un po' più complessa[39].

A parere di chi scrive, sembrerebbe che, con questa rielezione, si sia venuta a formare una nuova consuetudine costituzionale[40] *derogatrice* rispetto a quella che non ammette la rieleggibilità, dal possibile seguente tenore: "*qualora, in situazioni di grave crisi politica, economica, sociale o in caso di emergenze sanitarie, non si riesca a trovare un nome il più possibile condiviso come successore del Presidente della Repubblica attuale dalle forze politiche, per evitare lo stallo istituzionale venutosi a creare, è ammessa la rielezione del Presidente uscente*". Una nuova consuetudine costituzionale che, come traspare dalla formulazione, *non* ammette sempre e comunque la rieleggibilità, ma la subordina al ricorrere di determinate condizioni politiche, economiche, sociali e sanitarie che non consentono – per loro natura – un periodo troppo lungo di *impasse*.

Ma una simile consuetudine costituzionale è compatibile con i princìpi supremi della Costituzione?

Da una analisi approfondita, a tale interrogativo dovrebbe rispondersi in senso negativo.

Questa nuova consuetudine, anche se giustificata in ragione di situazioni eccezionali o emergenziali, sembra essere in aperto contrasto con il principio di temporaneità degli incarichi pubblici[41], strettamente connesso al principio democratico[42] – principio supremo dell'ordinamento costituzionale – e con la «forma repubblicana» *ex* art. 139 Cost., che impongono l'alternanza nella titolarità degli organi apicali della nostra Repubblica, alternanza che, a maggior ragione,

[39] Auspicava l'impegno degli attori istituzionali convolti nella rielezione di Napolitano a «non istituzionalizzare oltremodo la straordinarietà, vulnerando certi invisibili, eppure fondamentali, equilibri sottesi alla nostra trama istituzionale», L. LONGHI, *op. ult. cit.*, p. 109.
Preoccupato per la seconda rielezione consecutiva di un Presidente della Repubblica è S. PRISCO, *Appunti su una rielezione*, in *Federalismi.it*, paper del forum *Elezioni del Presidente della Repubblica: riflessioni costituzionali 'a caldo'*, 31 gennaio 2022, p. 6.

[40] Di questo avviso è, anche, A. RUGGERI, *La rielezione di Mattarella al Quirinale, ovverosia il crepuscolo della politica e della Repubblica*, in *ConsultaOnline*, editoriale del 31 gennaio 2022, p. 1.

[41] Così sia L. LONGHI, *op. ult. cit.*, pp. 109-110, sia G. AZZARITI, *Perché la rielezione del Presidente va vietata*, cit.

[42] Sul principio democratico, si v. l'interessante saggio di A. MORELLI, *Le trasformazioni del principio democratico*, in *ConsultaOnline*, 15 aprile 2015, p. 194 ss.

dovrebbe valere per chi ricopre una carica di garanzia, il quale non dovrebbe essere rieleggibile, così da evitare un possibile esercizio delle funzioni mirato alla rielezione.

Altrimenti ci si troverebbe di fronte a «delle continuità personali proprie dei regimi ereditari e innaturali in un regime repubblicano»[43], cioè davanti ad un "monarca repubblicano"[44], «giacché un doppio settennato risulterebbe un periodo di permanenza nella carica probabilmente eccessivo, dando luogo ad una continuità personale non del tutto in linea»[45] con il nostro sistema costituzionale.

3. Quali possibili scenari dopo la rielezione di Mattarella?

La rielezione di Sergio Mattarella deve far riflettere attentamente sull'attuale quadro istituzionale delineato dalla Costituzione, soprattutto se si considera che da molti anni a questa parte la fisarmonica dei poteri presidenziali – per riprendere una nota espressione di Giuliano Amato[46] – ha raggiunto la sua massima estensione.

Invero, se oggi può dirsi formata una consuetudine costituzionale derogatrice alla regola generale concernente la non rieleggibilità del Presidente, non è da escludere che in futuro possa formarsi una nuova consuetudine costituzionale che ammetta *tout court* la rieleggibilità del Capo dello Stato.

Ma cosa accadrebbe se venisse eletto Presidente della Repubblica un cinquantenne ed egli fosse ripetutamente eletto per più settennati consecutivi, considerato anche

[43] L. LONGHI, *Cincinnato e la discesa dal Colle*, cit., p. 101.

[44] Per riprendere il titolo della monografia di R. CASELLA, *Il monarca repubblicano. La figura del capo dello Stato nell'evoluzione costituzionale francese dalla grande révolution alla Quinta repubblica*, Napoli, 2009.

Non è un caso se G. SCACCIA ha intitolato la monografia che analizza le vicende istituzionali della presidenza di Giorgio Napolitano, *Il re della Repubblica. Cronaca costituzionale della presidenza di Giorgio Napolitano*, Modena, 2015.

[45] L. LONGHI, *op. ult. cit.*, p. 106.

[46] Attribuisce a Giuliano Amato la metafora della fisarmonica per spiegare la elasticità dei poteri esercitati dal Presidente della Repubblica, G. PASQUINO, *La fisarmonica del Presidente*, in *La rivista dei libri*, n. 3/1992, p. 8 ss.

l'ampliamento di fatto dei suoi poteri?[47]. Un'ipotesi del genere consiglierebbe di intervenire sul ruolo del Presidente della Repubblica, modificando la Costituzione.

In tal caso, si aprirebbero due scenari diversi a seconda che si volesse mantenere la forma di governo parlamentare (soluzione *soft*), oppure prevedere l'elezione diretta del Capo dello Stato, configurando una forma di governo semipresidenziale (soluzione *hard*)[48], che, inevitabilmente richiederebbe una riforma dell'intero assetto istituzionale[49].

La prima ipotesi consentirebbe di intervenire con modifiche mirate della Costituzione, in quanto potrebbe essere sufficiente modificare l'art. 85 Cost. prevedendo la non rieleggibilità del Presidente della Repubblica e abrogare il cd. semestre bianco contemplato dall'art. 88, secondo comma, Cost.[50].

---

[47] Si pone questa domanda anche G. AZZARITI, *op. ult. cit.*

[48] È da notare come durante queste elezioni presidenziali si sia più volte parlato di un "semipresidenzialismo di fatto" nel caso in cui l'attuale Presidente del Consiglio, Mario Draghi, fosse stato eletto Presidente della Repubblica, potendo egli dare e controllare l'indirizzo politico direttamente dal Quirinale. Di "semipresidenzialismo di fatto" si è detto, tuttavia, anche riguardo alle presidenze di Napolitano e di Mattarella, dopo la nomina di esecutivi di iniziativa presidenziale (governo Monti, governo Letta e governo Draghi), a dimostrazione di come si tratti di un'affermazione del tutto a-tecnica, riguardando fenomeni in realtà molto diversi. Sui governi tecnici si v., *ex multis*, N. LUPO, *I "governi tecnici". Gli esecutivi Ciampi, Dini e Monti nel difficile equilibrio tra tecnica e politica*, in *Rass. parl.*, n. 1/2015, p. 57 s. e M. VOLPI, *Governi tecnici e tecnici al governo*, Torino, 2017.
Tuttalpiù si può parlare di un rafforzamento del ruolo del Presidente della Repubblica a seguito della rielezione di Mattarella. Prova ne è il messaggio di reinsediamento del Presidente, che è ricco di indicazioni programmatiche, per non dire di indirizzo politico. È interessante osservare che, a seguito di tale discorso, sia stata avanzata la proposta, da parte delle due Capogruppo del Partito Democratico alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica, di voler aprire un dibattito per dar seguito alle parole del Capo dello Stato. Si tratta di una circostanza che appare assai simile a quanto avviene in Francia, paese modello del semipresidenzialismo, laddove, all'art. 18, comma 2, Cost. è previsto che il Presidente della Repubblica «[p]uò intervenire di fronte al Parlamento riunito in seduta comune […]. Il suo intervento può dar luogo, in sua assenza, ad un dibattito cui non segue alcun voto». È un indizio che forse ci si sta dirigendo verso quel modello istituzionale?

[49] Come tiene a precisare il neoeletto presidente della Corte costituzionale Giuliano Amato intervistato da G. BIANCONI, *La lezione di Amato sull'elezione diretta: «Solo se si cambia l'intero sistema»*, in *Corriere della Sera*, 30 gennaio 2022.

[50] Come fa il d.d.l. cost. n. 2468, comunicato alla Presidenza del Senato il 2 dicembre 2021: l'art. 1, modificando l'art. 85, primo comma, Cost., dispone la non rieleggibilità del Presidente della Repubblica e l'art. 2 abroga la previsione del cd. semestre bianco dall'art. 88, comma 2, Cost.
Favorevoli a tale soluzione sono L. LONGHI, *Cincinnato e la discesa dal Colle*, cit., pp. 98-99 e S. PRISCO, *op. loc. ult. cit.*
Ritiene che "rieleggibilità" e "semestre bianco" siano tra loro indipendenti, G. MENEGATTO, *Ancora sul semestre bianco e sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica, a 130 anni dalla di*

Invece, laddove si volesse introdurre in Italia il semipresidenzialismo[51], sarebbe necessario ripensare il ruolo e le funzioni non solo del Presidente della Repubblica (per il quale è inevitabile individuare quali poteri possa esercitare senza bisogno della controfirma ministeriale[52]), ma anche di tutti gli organi di indirizzo politico, con la necessaria consapevolezza che l'esito di tali modifiche può essere anche significativamente diverso, come dimostrano le esperienze costituzionali francese e austriaca[53].

Trattasi di una questione assai rilevante e delicata che dovrebbe essere affrontata "a mente fresca" e non come reazione rispetto alla situazione contingente che si è venuta a creare.

Forse, prima di cambiare forma di governo, sarebbe auspicabile che i partiti politici riacquisiscano credibilità e affidabilità da parte degli elettori e che diano finalmente davvero prova di essere interpreti delle reali esigenze della comunità[54].

dirittifondamentali.it

Antonio Segni, in *ConsultaOnline*, n. 1/2021, p. 281. *Contra* G. SCACCIA, *Intervento al Forum "La coda del Capo. Presidente della Repubblica questioni di fine mandato"*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2021, p. 4, secondo cui rielezione e semestre bianco «*simul stabunt*» e quindi «*simul cadent*».

[51] Sul semipresidenzialismo non si può non rinviare a M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Parigi, 1970 e, nella letteratura costituzional-comparatistica italiana, a L. PEGORARO – A. RINELLA, *Semipresidenzialismi*, Padova, 1997.

[52] Così C. FUSARO, *L'elezione del tredicesimo presidente (24-29 gennaio 2022). Ottimo risultato, meccanismo da rivedere, sistema in crisi irreversibile*, in *Federalismi.it*, paper del forum *Elezioni del Presidente della Repubblica: riflessioni costituzionali 'a caldo'*, 31 gennaio 2022, p. 10.

[53] Su tali esperienze costituzionali v. M. VOLPI, *Le forme di governo*, in G. MORBIDELLI – L. PEGORARO – A. RINELLA – M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016, p. 451 s.

[54] Sulla crisi dei partiti politici si v., da ultimo, D. PORENA, *Crisi della rappresentanza politica e crisi dei partiti: brevi note a margine dalla prolusione di Santi Romano del 1909*, *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, n. 2/2021, p. 537 ss.

Sulla crisi dei partiti nella vicenda dell'elezione del Capo dello Stato del 2022, oltre ai già richiamati commenti nel forum *Elezioni del Presidente della Repubblica: riflessioni costituzionali 'a caldo'*, pubblicato su *Federalismi.it*, v. anche G. AZZARITI, *Perché la rielezione del Presidente va vietata*, cit.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 7 marzo 2022

(Ri)leggere lombardi, un esercizio "doveroso"

di
Antonio Gusmai*

SOMMARIO: 1. In limine. – 2. La dimensione costituzionale dei doveri a partire dalle riflessioni di Giorgio Lombardi. – 3. Il metodo d'analisi di Giorgio Lombardi. – 4. Dovere di solidarietà e centralità del principio personalista. – 5. La "riscoperta" dei doveri costituzionali in un mutato contesto sociopolitico. – 6. L'influenza del contributo di Giorgio Lombardi sulla scienza costituzionalistica.

1. *In limine*

Gli studi di Lombardi, come del resto tutti i lavori che lasciano il segno nella comunità scientifica, hanno il pregio di resistere al trascorrere del tempo. Appaiono cioè mantenere, come tradizionalmente si suol dire, una sorprendente attualità, nonostante i mutamenti vissuti dalla realtà sociale. È questo il caso dei contributi scientifici elaborati dallo studioso torinese, afferenti alla grande e complessa tematica dei «doveri». Tematica, di cui Egli fu certamente indiscusso Maestro.

Basti pensare a quanto le problematiche di ordine politico, economico e sociale legate all'inopinata esplosione della pandemia da Covid-19 abbiano riportato in auge l'importanza della categoria dei «doveri»[1]. Tornare oggi a studiare questi

* Ricercatore TDb di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

[1] Sulla dialettica «diritti-doveri» riesplosa a seguito dell'emergenza sanitaria, si veda lo studio di V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra ripristino della legalità costituzionale perduta e realizzazione di un nuovo ordine costituzionale. Aspetti problematici della tutela della salute pubblica in tempo di pandemia*, in *dirittifondmentali.it*, fasc. 3/2021, 290 ss.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

ultimi rappresenta, evidentemente, un impegno ineludibile della «scienza costituzionalistica» a presidio della «persona umana»[2].

Un tempo era proprio la tematica dei «doveri» ad essere considerata, come ricorda non senza una punta di amarezza lo stesso Lombardi, «sfuggente […] distante e forse anche aristocratica»[3]. Nella contemporaneità appare esattamente il contrario, dacché è ogni pretesa di libertà dell'individuo – specie se abbiente – a trasformarsi in istanza pretoria affinché il giudice gli riconosca «diritti» talvolta financo oltre il dettato della legge[4].

È per almeno questi motivi che appare "doveroso" – e tutt'altro che «sfuggente» e «aristocratico» – rispolverare i preziosi insegnamenti del compianto studioso torinese. Dacché ancora oggi, lo si comprenderà meglio nelle pagine che seguono, le Sue riflessioni possono contribuire ad evitare la perniciosa china di una evoluzione ordinamentale eccessivamente sbilanciata su tutte quelle molteplici e disorganiche istanze di libertà invocate dall'«individuo», non già dalla «persona umana» costituzionalmente tutelata[5]. È la stessa nozione di «persona», quindi, a fungere da elemento di raccordo e di sintesi dei «doveri», correlandoli tutti in nome della «solidarietà»[6].

---

[2] Tematiche non a caso trattate, da ultimo, in occasione del XXXV CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, dal titolo "*Scienza costituzionalistica e Scienze umane*", svoltosi il 3-4 dicembre 2021 presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Università degli Studi di Napoli "Federico II".

[3] Si veda G. LOMBARDI, *I doveri costituzionali: alcune osservazioni*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Atti del convegno di Acqui Terme – Alessandria, 9-10 giugno 2006, Giappichelli, Torino, 2007, il quale testualmente ammoniva: «Quando avevo scritto nel 1964 la mia monografia dal titolo "Contributo allo studio dei doveri costituzionali", la cui edizione definitiva risale al 1967, il mio studio era rimasto isolato e non era entrato nel dibattito sui temi costituzionalistici di moda, il che prova quanto sia vero ciò che ho detto all'inizio sulle difficoltà di rendere popolare un tema che appariva e continua ad apparire per un verso sfuggente e per altri versi algido e distante e forse un po' aristocratico» (p. 570).

[4] Su tale delicatissima problematica si è intrattenuto, di recente, un interessante studio di F. POLITI, *Studi sull'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2019, al quale non può che rinviarsi per i dovuti approfondimenti. In argomento si veda, se si vuole, anche A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari, 2015.

[5] Sulla pericolosità di un sistema depurato dalle categorie assiologiche, cfr. A. LOIODICE, *La democrazia senza valori*, in ID., *Attuare la Costituzione. Sollecitazioni extraordinamentali*, Cacucci, Bari, 2000, 40 ss.

[6] In tal senso, G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, 466.

Di tutto questo v'è traccia anche nel Messaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al Parlamento, nel giorno del giuramento. Un discorso che, nel sottolineare l'importanza dei principi contenuti nella Carta repubblicana nella determinazione delle scelte politiche del prossimo futuro, non a caso invita alla realizzazione di «un'autentica democrazia» attraverso il «*doveroso* rispetto delle regole di formazione delle decisioni, discussione, partecipazione» tese a rimettere al centro il Parlamento (sul piano istituzionale) e la dignità della persona umana (sul piano sociale)[7].

Senza poter in questa sede adeguatamente focalizzare l'attenzione sui profili comparatistici della pregevole produzione scientifica del Lombardi, basti segnalare che, quanto tratteggiato dalla presidenza della Repubblica sembra peraltro riecheggiare gli studi giuridici dello studioso torinese sul «costituzionalismo latino»[8]. Un costituzionalismo che, come evidenzia il Maestro, pretende che i poteri costituiti abbiano come bussola la persona umana e la sua dignità, i diritti, i doveri, le autonomie e la partecipazione consapevole della collettività alla vita pubblica[9].

2. La dimensione costituzionale dei doveri a partire dalle riflessioni di Giorgio Lombardi

[7] Sulla portata e, dunque, sulla profonda rilevanza costituzionale del Messaggio di Sergio Mattarella, si vedano, da ultimo, le perspicue considerazioni di A. LOIODICE, *Il valore propulsivo della dignità*, in *L'Edicola del Sud*, 18 febbraio 2022.

[8] Cfr. G. LOMBARDI, *Il costituzionalismo latino americano: a proposito di una originalità disconosciuta*, in G. GUIDI, E. ROZO ACUÑA (a cura di), *Costituzioni straniere contemporanee*, I, *I Paesi Andini*, Giuffrè, Milano, 1990, 7 ss.

[9] La tematica del costituzionalismo latino, anche grazie agli sforzi di Lombardi, ha avuto una larga eco nella giuspubblicistica del nostro Paese. Ed infatti, già negli anni Ottanta del secolo scorso, i proff.ri Pierangelo Catalano, Giorgio Lombardi, Aldo Loiodice e Gaetano Azzariti (già presidente della Corte costituzionale) partecipano ad un prestigioso incontro scientifico dedicato, per l'appunto, a tale argomento. Mentre il Lombardi concentrò le sue attenzioni sui doveri e sulle autonomie, Catalano sviluppò il complesso concetto di «potere negativo», mentre Loiodice dedicò le sue attenzioni ai diritti e alle libertà. Del resto, come è noto, nel costituzionalismo latino sono presenti radici cristiane e social-comuniste. E, tutto ciò, non poteva che essere già presente nel nostro compromesso costituente repubblicano, generato dai «comunisti umanitari» (come li chiamava Aldo Moro) e i «cattolici solidaristi» (secondo l'espressione di Concetto Marchesi). Su tutto questo, si veda, *funditus*, A. LOIODICE, *Giorgio Lombardi: Profili inediti dell'itinerario scientifico, umano e spirituale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2021, spec. 217 ss.

Come accennato in premessa, rare volte la scienza costituzionalistica si è interrogata sulla morfologia dei «doveri costituzionali»[10]. Materia complessa, quest'ultima, intrisa com'è di considerazioni di ordine morale, sociologico ed etico, non facilmente depurabili dalla metodologia d'analisi[11]. Perciò, di riflesso, destinate ad influire sui risultati della esegesi delle disposizioni costituzionali medesime. E così, «mentre da sempre consistenti sono stati gli studi dedicati alla tematica delle libertà e dei diritti costituzionali», ragionare sui "doveri" voleva significare attraversare «un sostanziale deserto della riflessione scientifica»[12].

Diverse le cause di una tanto spiccata preferenza accordata alla categoria sempre aperta delle libertà costituzionalmente garantite, nonché alla tutela di una sfera individuale che si vorrebbe intangibile da parte degli altri consociati e dell'apparato pubblico. In primo luogo, una ragione di ordine storico, si potrebbe anche dire genetico. A voler riassumere in poche parole una vicenda che meriterebbe ben più ampia trattazione, il costituzionalismo moderno sembra invero gemmare a partire da una serie di ricostruzioni teoriche aventi un duplice obiettivo[13]. Da un lato, quello di organizzare i diversi poteri che, in tal modo,

[10]A parte lo studio di G. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, che costituisce l'oggetto privilegiato delle riflessioni che in questa sede si intendono svolgere, sulla complessa tematica dei "doveri", indagati a partire dalla loro articolazione costituzionale, cfr. il lavoro monografico di C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Giuffré, Milano, 1968. Sul contributo offerto da Giorgio Lombardi alla problematica dei doveri costituzionali è ora dedicato il lavoro di V. TONDI DELLA MURA, *La frontiera aperta da Giorgio Lombardi nella sistematica dei doveri costituzionali: dall'idealismo mazziniano al personalismo costituzionale, in Federalismi.it*, n. 4/2021, 303 ss.

[11]Come si accennava poco sopra, lo stesso Lombardi, in un lavoro successivo, ebbe a rimarcare la necessità di un'analisi che, in tema di "doveri", sapesse rimuovere gli stessi da una sorta di «empireo morale», nel quale questi ultimi sembravano essere stati inesorabilmente confinati. Sul punto si veda, ancora, G. LOMBARDI, *I doveri costituzionali: alcune osservazioni*, cit., 569 ss. L'incerta natura giuridica dei doveri, a causa del loro collocarsi al confine con altre scienze – sociali e morali su tutte, è altresì rimarcata da E. GROSSO, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale, Cagliari, 16-17 novembre 2010, Jovene, Napoli, 2010, spec. 231.

[12]E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, in F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Atti del Seminario del 19 ottobre 2018 all'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Quaderni del Gruppo di Pisa, ES, Napoli, 2019, 10, disponibile anche online sulla rivista *GruppodiPisa.it*, 51 ss.

[13]Non potendosi limitare a compulsare in poche righe l'enorme mole di studi dedicati alle diverse declinazioni dei costituzionalismi contemporanei, si rinvia, per un inquadramento

vengono ad essere costituiti; dall'altro lato, allo stesso tempo, individuare tecniche di limitazione che ne sappiano garantire il relativo equilibrio. Teorie, queste ultime, per vero non limitate alla sola organizzazione e limitazione dei poteri ma, più nello specifico, preordinate a fornire una giustificazione razionale alla relativa diffusione[14].

Quello incentrato sui doveri è così rimasto un percorso d'indagine umbratile, relegato cioè ad un ruolo di complementarità rispetto a numerosi studi dedicati alle libertà ed ai diritti necessari a realizzare "il pieno sviluppo della personalità umana" (*ex* art. 3, co. 2 Cost). Anzi, in misura ancor maggiore, un simile svolgimento della personalità lo si è inteso talvolta declinare in un'ottica eccessivamente «liberale»[15], con ciò dismettendo la fondamentale funzione di costruzione di legami sociali esplicata dal principio di solidarietà[16]. In questa prospettiva, l'attuazione del disegno costituzionale è stata sbilanciata sulla realizzazione delle sole virtualità inclusive dei diritti, attraverso la valorizzazione della fondamentale potenzialità espansiva della clausola generale contenuta nell'art. 2 Cost.[17]

In altre parole, nonostante il suddetto articolo sembri tracciare una piena equiparazione tra "diritti inviolabili" e "doveri inderogabili" nella realizzazione del

---

generale della tematica in oggetto, a C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it. a cura di N. MATTEUCCI, il Mulino, Bologna, 1990.

[14]L'esame dei limiti posti nei diversi ordinamenti, non solo all'esercizio del potere politico, ma ad ogni attività che sia espressione di poteri pubblici o, comunque, socialmente e politicamente rilevante, resta un tema centralissimo per la comprensione degli sviluppi del diritto pubblico contemporaneo. Per maggiori ragguagli, si veda A. LOIODICE, *Il rispetto dei diritti umani come limite di ogni regime*, in P. GIOCOLI NACCI – A. LOIODICE, *Materiali di Diritto costituzionale*, Cacucci, Bari, 2000, 109 ss.

[15] È questa l'interessante ricostruzione proposta da F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, 210.

[16] Il tema della solidarietà, nella propria complessa articolazione semantica, è al centro delle riflessioni di V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010.

[17]Sul punto, cfr. almeno le sempre attuali riflessioni di F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, e di A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *Principi fondamentali*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1975. Con la tesi della natura c.d. aperta della clausola generale contenuta nell'art. 2 Cost. si confrontano P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, 54 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, 173 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, 20 ss.

processo di trasformazione sociopolitica che accompagna e descrive l'avvento della forma repubblicana, la dottrina e – per lungo tempo – financo la giurisprudenza costituzionale hanno di fatto rinunciato ad indagare la portata inclusiva dei "doveri" [18]. L'integrazione sociopolitica ed economica, questo il sottofondo spesso implicito in simili ricostruzioni teoriche, si nutrirebbe del pressocché esclusivo apporto della metodologia e del linguaggio dei diritti. Quella dei doveri essendo, in tale ottica, una cultura nutrita dalla sola logica dell'imposizione, come tale incapace di contribuire ad inverare il processo di progressiva emancipazione e trasformazione sociale tracciato dalla Costituzione[19].

Per tutti questi motivi, il contributo di Giorgio Lombardi reclama, ancora oggi, un'attenta considerazione. L'originalità della prospettiva adottata, il rigore dell'analisi scientifica, la densità delle riflessioni e la capacità di scorgere legami anche impliciti tra disposizioni costituzionali, rivelano l'indubitabile attualità della Sua analisi dedicata ai doveri costituzionali. Soprattutto, poi, in un contesto normativo fortemente provato dall'impatto della pandemia da Covid-19[20].

A ben vedere, infatti, oltre ad aver riproposto la perdurante conflittualità tra situazioni "di fatto" ed effettività dell'ordinamento giuridico-costituzionale, la pandemia parrebbe aver confermato la necessità di riscoprire la capacità

[18]Aspetto, quest'ultimo, messo in evidenza da L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., 517 ss.

[19]Una impostazione, quest'ultima, la cui influenza è tutt'oggi tangibile, nonostante, come si dirà, la dottrina costituzionalistica sembri aver riscoperto la centralità dei doveri in vista di una piena comprensione del dettato costituzionale e delle relative virtualità trasformative. Di «progetto costituzionale di società e Stato imperniato sull'eguaglianza e sui doveri di solidarietà (anche economica e sociale)» parla, da ultimo, A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio 'sconfinato'*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, 43.

[20]Sul punto, la letteratura giuridica è praticamente sconfinata. Per un inquadramento generale, non può che rinviarsi, *ex multis*, a M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile sul sito *Consulta Online*, 2020; R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, p. 648 ss. Sulla natura giuridica dei dd.p.c.m. adottati nella prima fase della pandemia, intesi quali «regolamenti indipendenti atipici», sia permesso il rinvio ad A. GUSMAI, *Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *dirittifondamentali.it*, 25 marzo 2020.

aggregante e coesiva inscritta nel dovere di solidarietà[21], anche in vista di un «consolidamento della democrazia»[22]. Soltanto così, parrebbe questa la conclusione cui giunge lo stesso Lombardi, sarebbe possibile la convivenza tra soggetti egualmente liberi all'interno di un medesimo contesto democratico-costituzionale. Deduzioni, queste, che, come ha evidenziato parte della dottrina[23], sarebbero già desumibili dalla *Lettera Enciclica* di Papa Leone XIII, la cui impostazione porta preziosi insegnamenti proprio sulla concezione dei rapporti tra lo Stato e i cittadini e sul tema dei doveri ordinamentali. Formulazioni come noto poi riproposte e meglio precisate da Giovanni Paolo II nella *Enciclica Centesimus annus*, i cui principi sono in gran parte confluiti – come non ignorava il Lombardi – nella Costituzione repubblicana[24].

Ed ecco che, nell'alveo delle riflessioni dello studioso torinese, il principio personalista dismette una connotazione eccessivamente solipsistica, propria della cultura di quell'individualismo esasperato ed illimitato di cui sembra imbevuta la moderna realtà economico-sociale. Al contrario, la riscoperta della portata precettiva del dovere di solidarietà nutre una ridefinizione dei tradizionali rapporti

[21]Il principio di solidarietà è stato invocato, com'è noto, soprattutto con riferimento all'imposizione dell'obbligo vaccinale. Una tematica complessa, che tutt'oggi divide gli studiosi, e sulla quale non è possibile soffermarsi con l'analiticità che uno studio siffatto richiederebbe. In argomento, cfr. almeno le sempre attuali riflessioni di F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, spec. 246 ss.; A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2021, 170 ss. e ID., *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 settembre 2021; Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti covid-19*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 199 ss.; A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, *Editoriale* in *Federalismi.it*, 21/2021.

[22]S'intende così rievocare il titolo di un bel contributo di A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 2016.

[23] Sul punto, si veda A. LOIODICE, *"Centesimus Annus" e Costituzione italiana*, in M. BASSO (a cura di), *Dottrina sociale della Chiesa – Enciclica "Centesimus Annus" e legge italiana*, Bari, 1993, 31 ss. e ID., *Attuazione costituzionale e dottrina sociale della Chiesa cattolica*, in P. GIOCOLI NACCI – A. LOIODICE (a cura di), *Studi di Diritto costituzionale*, Bari, 1996, 9 ss.; ID., *Attuazione della Prima parte della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 175 ss.; ID., *La dottrina sociale della Chiesa come ausilio nell'interpretazione costituzionale*, in A. LOIODICE – M. VARI (a cura di), *Giovanni Paolo II*, cit., 262 ss.

[24] Cfr. G. LOMBARDI, *Leggendo la Centesimus annus: riflessioni su comunità e libertà*, in A. LOIODICE – M. VARI (a cura di), *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio. Omaggio dei giuristi a sua Santità nel XXV anno di pontificato*, Roma, 2003, 472 ss.

sociali, politici ed economici in cui è calata l'intraprendenza individuale e, a monte, la realizzazione stessa della personalità umana[25]. Del resto, il legame tra principio personalista e solidarietà, quale matrice fondamentale dei "doveri inderogabili" sanciti – in linea generale – dall'art. 2 Cost., è talmente stretto da ritenere i due principi non «separabili né concettualmente né praticamente (…): essi sono piuttosto la medesima cosa o, per meglio dire, 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»[26].

Per questa via, anzi, l'acquisita autonomia concettuale della categoria dei doveri costituzionali, cui si è pervenuti (soprattutto) grazie al contributo di Lombardi, ha indotto la dottrina costituzionalistica ad auspicare un ulteriore sviluppo ermeneutico. Si è dunque sostenuto che, così come la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto il carattere "aperto" del catalogo dei diritti inviolabili, allo stesso modo «si può – ed anzi si deve – ammettere la possibilità di introdurre nuovi doveri, specialmente quando essi risultino necessari allo stesso esercizio dei nuovi diritti»[27].

Nondimeno, una simile estensione ermeneutica della categoria concettuale delle situazioni giuridiche soggettive passive non sembra poter prescindere da un adeguato riferimento costituzionale. Soltanto se preordinate a dare attuazione ad espressi principi costituzionali, infatti, tali "nuovi" doveri parrebbero inserirsi

[25]Come evidenzia lo stesso G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 13, «Opposte per contenuto, le situazioni di diritto e di dovere di cui all'art. 2 postulano la persona umana – o, comunque, un soggetto o una "figura soggettiva" –, le une per garantirne la sfera di privata autonomia, le altre per comprimerla e circoscriverla, in funzione dei superiori interessi della collettività. Tutto ciò risulta con una certa chiarezza dalla sistematica del Testo costituzionale, che ripropone lo stesso collegamento categoriale sostituendo il termine – ancorché non del tutto tecnicamente impreciso, forse – di *rapporti* a quello tradizionale di *diritti*, proprio delle precedenti Carte costituzionali».

[26]Così, incisivamente, A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, 2013, 12.

[27]È questa la conclusione cui giunge A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forumcostituzionale.it*, 20 aprile 2015, 6. Le argomentazioni dell'A. traggono spunto da E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, UTET, Torino, 56 ss. Sulla possibilità di ricavare, in via interpretativa, nuove situazioni giuridiche soggettive passive attraverso un'interpretazione sistematico-evolutiva dell'art. 2 Cost. si sofferma anche A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, cit., 56 ss.

dirittifondamentali.it

nell'orizzonte di possibilità tracciato dalla Carta fondamentale. Principi costituzionali che, evidentemente, sulla scia delle riflessioni di Lombardi, non potranno che essere quelli di eguaglianza e di solidarietà, nella loro teleologica tensione verso la completa attuazione del «principio personalista»[28].

Pur con questa delimitazione del campo e degli strumenti d'indagine, il principio di solidarietà rivela una duplice capacità operativa. Da un lato, infatti, esso funge da matrice di "nuovi" diritti, in vista della tutela di interessi esposti a potenziale pericolo in virtù del progresso tecnologico ed informatico[29]. Dall'altro lato, è alla doverosità costituzionale della solidarietà che si può attingere al fine di strutturare o arricchire la trama di doveri finalizzati a rafforzare condizioni di pacifica convivenza, come tali non lesive di interessi costituzionalmente protetti anche se talvolta asimmetrici. In entrambi i casi, la complessa trama dei principi costituzionali costituisce il *fil rouge* mai reciso da cui iniziare ed in cui provvisoriamente concludere il percorso ermeneutico, a partire proprio dalla fonte di tali situazioni giuridiche soggettive passive: il principio di solidarietà[30].

È proprio su questo principio, nel suo profondo legame con la complessa tematica dei doveri costituzionali[31], che ora si tenterà di svolgere qualche riflessione, dopo aver precisato il metodo che connota l'analisi di Lombardi.

---

[28] Sulle cui implicazioni, in ottica assiologica ed eurounitaria, cfr. A. LOIODICE, *Centralità della persona umana nella Carta di Nizza*, in P. GIOCOLI NACCI – A. LOIODICE (a cura di), *La Costituzione tra interpretazione e istituzioni*, Cacucci, Bari, 2004, 89 ss.

[29] Problematiche, queste, al contrario di quel che spesso si è indotti a credere, nient'affatto recenti. In argomento, A. LOIODICE – R.G. RODIO, *Diritto e informatica*, Milella, Lecce, 1988.

[30] Si veda, ancora, G. LOMBARDI, voce *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002.

[31] Come ha recentemente rimarcato A. MORELLI, *I principi costituzionali*, cit., 7, «Dal rapporto con il fine della solidarietà, declinata come integrazione, può farsi derivare una sostanziale differenza tra i doveri inderogabili di solidarietà politica e quelli di solidarietà economica e sociale. I primi, infatti, costituiscono forme di esercizio della sovranità popolare e presuppongono una comunanza di valori e di principi politici, la cui stessa esistenza consente la piena partecipazione democratica; i secondi, invece, devono essere adempiuti anche, ma ovviamente non solo, per consentire la sopravvivenza e lo sviluppo della solidarietà politica. Nello Stato costituzionale, infatti, gli istituti della rappresentanza politica possono servire adeguatamente il principio democratico soltanto se la disomogeneità sociale non supera livelli oltre i quali vengono meno le stesse condizioni economico-sociali di sopravvivenza della democrazia.».

dirittifondamentali.it

3. Il metodo d'analisi di Giorgio Lombardi

La riflessione di Giorgio Lombardi sui doveri costituzionali ha così contribuito a tratteggiare il contesto dottrinale e giurisprudenziale in cui si inseriscono i percorsi di ricerca appena delineati.

A tal proposito, è stato evidenziato che «il merito forse più significativo dell'indagine di Giorgio Lombardi» è «quello di avere affrancato i doveri inderogabili dal peso della simbologia e dei condizionamenti etici ed escatologici provenienti dal Risorgimento. Di conseguenza, quello di avere delineato una sistematica dei doveri rigorosamente incardinata nel complessivo disegno costituzionale, orientata nel segno del principio personalista e improntata al ripudio di ogni forma di teologia politica; una sistematica, dunque, espressiva di un modello costituzionale in sé compiuto, plurale e inclusivo»[32].

Sebbene non declinata nei termini strettamente teologici propri della impostazione mazziniana[33], l'esegesi delle disposizioni costituzionali non può ritenersi del tutto avulsa dal contesto sociale di riferimento[34]. Anzi, come è stato detto, «la vera linea d'indagine del metodo prescelto [si è] spinta ben oltre il dato meramente positivo, sino a dare conto della *realtà costituzionale* per come effettivamente riflessa dal testo scritto»[35]. Ancorché, pare opportuno ribadirlo, l'analisi di Lombardi si focalizzi sull'intreccio delle disposizioni costituzionali, sul piano se così si può dire della

[32]V. TONDI DELLA MURA, *La frontiera aperta da Giorgio Lombardi*, cit., 322-323.

[33]Sul punto, il rinvio non può che essere a G. MAZZINI, *Dei doveri dell'uomo* (1860), in ID., *Scritti politici editi ed inediti*, XXIV, Cooperativa Tipografica Editrice Paolo Galeati, Imola, 1935, spec. 21.

[34]Sul punto, il richiamo non può che essere a M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)* (1925), trad. it. a cura di W. CESARINI SFORZA, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Giuffrè, Miano, 1967. Per richiamare un'acuta riflessione di A. RUGGERI, *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, VIII, Studi dell'anno 2004, Giappichelli, Torino, 2005, spec. 86; ID., *Idee sulla Costituzione, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, ivi*, spec. 533 ss., il testo scritto apparirebbe quasi come «la punta di un *iceberg*», lì dove la Costituzione, risultato dell'intreccio di regole non scritte e materiali di vario genere, sarebbe chiamata a sorreggere il testo scritto, pur lasciando che ad emergere in superficie sia il primo. Lo stesso L. ELIA, *Premessa*, in ID., *Studi di diritto costituzionale* (1958-1966), Giuffrè, Milano, 2005, IX, poi, ebbe modo di rimarcare l'esigenza di «comprendere e non sottovalutare le situazioni che condizionano la dinamica delle istituzioni».

[35]A sottolinearlo è V. TONDI DELLA MURA, *La frontiera aperta da Giorgio Lombardi*, cit., 309.

legittimità costituzionale, senza divagamenti di sorta di ordine politico, culturale e/o filosofico[36].

Sembrerebbe proprio che la diffusione della metodologia giuridica dello Stato costituzionale, con la sua portata assiologica indubbiamente arricchente rispetto alla tendenziale neutralità del tradizionale modello d'azione dello Stato di diritto[37], abbia influenzato, anche soltanto per luce riflessa, il *modus operandi* di Lombardi. Non a caso, i plurimi percorsi d'indagine da questi sperimentati paiono convergere verso la categoria ordinante della "legittimazione"[38], nell'alveo della quale devono essere ricondotte le riflessioni che Lombardi svolge in ordine al variegato manifestarsi, a livello costituzionale, del concetto di dovere. Basti pensare a quanto precisato in punto di dovere di fedeltà, il cui fondamento «non è tanto la *disponibilità* degli interessi altrui (…) quanto la esistenza di un concetto *materiale*, contenutisticamente orientato, di legittimità. E, parallelamente non sembra possibile ravvisare il contenuto del dovere di fedeltà nel vincolo a subordinare il proprio interesse a quello esclusivo di soggetti diversi dall'obbligato. Esso, invece, si ricava dalla qualificazione del dovere di fedeltà come strumento normativo volto a mediare in modo permanente la solidarietà politica intorno ai valori, derivanti dagli artt. 139, 1 e 2 Cost., da cui discende la legittimità del potere statuale»[39].

Chiarito che l'«ordine concettuale della legittimità di un dato ordinamento» può essere «individuato in base alle caratteristiche della propria costituzione»[40], la complessa esegesi delle disposizioni costituzionali incentrate sulla situazione soggettiva della doverosità rivela un fecondo ed implicito legame[41]. In questa

[36] Su cui, ampiamente, si veda il contributo di F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, il Mulino, Bologna, 2003.

[37]Per un'articolata ricostruzione dell'impatto dell'ideologia e della metodologia fascista sullo schema tradizionale dello stato di diritto, cfr. le riflessioni di M. BELLETTI, *Lo stato di diritto*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018.

[38]Su cui, da ultimo, cfr. le considerazioni di M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, Annali IX, 2016, 392 ss. La centralità assunta dalla categoria della legittimazione nel moderno Stato costituzionale è altresì analizzata da A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 655.

[39]G.M. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 148.

[40]G.M. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, 467.

[41] Su cui ha insistito particolarmente E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, cit., 54-55.

prospettiva, i doveri, al pari dei diritti[42], acquistano una sino ad ora poco indagata rilevanza costituzionale, preordinata – come si diceva – a ricercare un adeguato e ragionevole equilibrio tra interessi sociali, politici ed economici in perpetuo conflitto.

In altri termini, nell'alveo della progressiva integrazione mediata dai principi costituzionali, i doveri verrebbero a rimarcare la necessaria funzionalizzazione sociale dei diritti. Non già assolutizzazione dei diritti, dunque, in quanto foriera di un pernicioso individualismo. Ma, al contrario, funzionalizzazione dei doveri costituzionali in vista della ricerca di condizioni minimali di integrazione "solidale", senza degenerare in asfittiche logiche impositive.

Proprio per tale ragione, argomentare sui doveri non può che significare interrogarsi sulla rimozione di tutti quegli ostacoli che tuttora impediscono di scongiurare un eccessivo approfondimento delle disuguaglianze sociali, politiche ed economiche. Ossia, a voler essere ancora più precisi, perfino tra la categoria costituzionale dei doveri e l'attuazione dei diritti sociali non parrebbe poter ergersi una barriera insormontabile, data la rilevata osmosi che innerva l'intera trama di regole e principi costituzionali.

Volendo ora ritornare alla stretta esegesi dell'opera di Lombardi, obiettivo del contributo è quello di individuare «una tipica situazione costituzionale di dovere». «*Doveri costituzionali in senso proprio*»[43], per dirla ancora con le parole dello studioso torinese, alla cui configurazione sembra possibile addivenire all'esito di una rilettura dei tradizionali paradigmi interpretativi utilizzati con riferimento al rapporto tra "diritti inviolabili" e "doveri inderogabili" sanciti dall'art. 2 della Carta repubblicana.

In particolare, l'analisi di Lombardi è preordinata a dimostrare la mancanza di corrispondenza diretta tra le richiamate situazioni soggettive di "diritto" e di "dovere", nell'alveo di una riflessione risalente a Santi Romano, il quale, senza infingimenti di sorta, aveva rimarcato che «non solo ci sono dei doveri cui non

[42]Il complesso legame tra diritti e doveri costituzionalmente rilevanti è al centro delle riflessioni di L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino, 2013

[43]G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 42.

dirittifondamentali.it

corrispondono diritti, come è opinione ormai accolta da una parte notevole della dottrina, ma ci sono anche dei diritti cui non corrispondono dei doveri, il che viceversa non è generalmente ammesso»[44]. Epperò, le dense argomentazioni di Lombardi paiono spingersi oltre, specificando ulteriormente le riflessioni di Santi Romano, lì dove sottolineano il «rilievo che assume, nell'economia dell'art. 2 Cost., il riferimento alla persona umana, tanto da colorire in modo specifico lo stesso connotato di inviolabilità»[45].

In questa prospettiva, il legame tra l'adempimento dei doveri inderogabili e la competenza a tal fine riconosciuta all'organizzazione dei pubblici poteri, «specie se inteso in concomitanza alla duplice espressione del principio di certezza dei doveri, manifestato a livello costituzionale dall'art. 54 Cost. e a livello legislativo e amministrativo dall'art. 23 Cost.», consente di ritenere «tanto l'affermazione di libertà, quanto quella di doverosità – e si direbbe, quasi più intensamente la seconda rispetto alla prima – (…) illimitate, sul piano categoriale, in linea di principio; e, per converso, tanto la sfera di garanzia (…) quanto quella di doverosità (…) risultano entrambe autonomamente limitate *ex se*, in linea di principio»[46]. Ed ecco che, nell'intento di comprovare la piena autonomia concettuale della categoria dei doveri, l'art. 2 Cost. è inteso come «vera e propria norma giuridica»[47], la quale, tuttavia, pare operare in modo diverso se rapportata ai diritti piuttosto che ai doveri.

A guardar bene, cioè, mentre con riferimento ai primi rivela una portata trasformatrice che non può essere ridotta ad un'interpretazione puramente testuale ed in senso lato tassativa, nel momento in cui l'attenzione è focalizzata sui doveri Lombardi avverte – come anticipato – la tangibile esigenza di assicurare la perdurante attuazione del principio della certezza del diritto[48]. Conclusione,

[44]S. ROMANO, voce *Diritti assoluti*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1953, 55.

[45]G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 34.

[46]Così, ancora, G. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, 41.

[47]G. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, 109.

[48]Come ha sottolineato V. TONDI DELLA MURA, *La frontiera aperta da Giorgio Lombardi*, cit., 315, «I doveri inderogabili, per tale via, sono stati ritenuti individuabili secondo una progressione crescente: dall'enunciazione generica dell'art. 2 Cost. a quella analitica delle singole disposizioni

quest'ultima, per vero contestata da quella impostazione ermeneutica, già prima analizzata, protesa a far emergere la dimensione costituzionale dei c.d. nuovi doveri, in aderenza a ciò che la giurisprudenza costituzionale ritiene possibile con riferimento ai "diritti inviolabili" di cui all'art. 2 della Carta fondamentale[49].

4. Dovere di solidarietà e centralità del principio personalista

In ogni caso, la centralità della persona umana, nel complesso articolarsi delle formazioni sociali di cui progressivamente l'individuo entra a far parte ed in cui si struttura la propria identità[50], consente di individuare l'intrinseca tensione dei doveri costituzionali verso la piena attuazione del principio di solidarietà, nell'alveo della ricerca di condizioni che possano garantire la funzionalizzazione dell'azione pubblica alla realizzazione dell'interesse generale.

Per questa via, peraltro, forse anche sulla base delle riflessioni di Lombardi, alcuni anni dopo la Corte costituzionale ha collocato la solidarietà, funzionalmente preordinata all'integrazione sociale[51], "tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciut[a] e garantit[a], insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente"[52].

Benché quello di solidarietà debba essere inteso alla stregua di un principio piuttosto che di un valore costituzionale, la convivenza solidale sembra tutta da guadagnare in una società «nella quale le varie forze – non soltanto politiche, ma

recanti le "prestazioni dovute". Il tutto con la notevole conseguenza, opposta a quella prospettata dalla concezione tradizionale, di far risultare l'affermazione di libertà e quella di doverosità come egualmente illimitate sul piano categoriale e, invece, autonomamente limitate *ex se*». Sul punto, la riflessione di Lombardi sembra divergere da quella prospettata da C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali*, cit., 97.

[49] Sull'argomento, può tornare utile anche il ragionamento svolto da G. LOMBARDI, voce *Fedeltà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968.

[50] L'influenza delle formazioni sociali sulla progressiva definizione della personalità umana è rilevata, da ultimo, da M. CARTABIA, *I titolari dei diritti fondamentali: a) i singoli e le formazioni sociali. Il principio personalista*, in V. ONIDA, M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Compendio di diritto costituzionale*, 3.a ed., Giuffré, Milano, spec. 2014, 97-98.

[51] In argomento, cfr. da ultimo le riflessioni di F. GIUFFRÈ, *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, 555 ss.

[52] Cfr. Corte cost. sent. n. 75 del 1992.

sociali ed economiche – sono reciprocamente contrapposte in modo radicale: e dal momento che non esiste consenso sui fini fondamentali da perseguire, ritenendo ognuna i fini propri come gli unici validi, esse tendono a scontrarsi, più che incontrarsi; a superarsi definitivamente l'una con l'altra anziché a cooperare, sia pure dialetticamente; a sopprimersi vicendevolmente, ponendo la parte vincitrice fuori della legalità, della sua legalità, la parte soccombente, anziché osservare le regole del metodo democratico»[53].

Un problema atavico della società italiana, acuito dalla rigida contrapposizione tra opposte visioni del mondo affermatasi negli anni immediatamente successivi alla Seconda Guerra Mondiale. Anni, cioè, in cui, più forte era la cesura tra antitetiche concezioni sociali, politiche e – specialmente – economiche, la cui idiosincrasia si rifletteva nella incapacità di rinvenire un terreno comune sul quale edificare condizioni di vita collettiva[54].

Eppure, sembra essere proprio questo il nucleo duro delle riflessioni di Lombardi, tale strumento di condivisione esisteva già ed era dato dalla Carta costituzionale. Più nello specifico, dalla portata inclusiva del principio di solidarietà, nella sua qualità di vettore di integrazione sociopolitica e di funzionalizzazione dell'azione pubblica ed individuale in vista dell'attuazione del pluralismo costituzionale.

A tal proposito, dal momento che «nessuno Stato possiede gli strumenti per garantire legalmente il successo dei vincoli democratici derivanti dalla solidarietà»[55], a venire in rilievo è il principio di partecipazione, in uno – nella prospettiva di Lombardi – con quello di tolleranza. Ed è in questa convergenza che entra in gioco il dovere di solidarietà, con la sua capacità di funzionalizzazione dei comportamenti sociali e delle politiche pubbliche, troppo spesso parcellizzato per effetto di interpretazioni ristrette in specifici settori ordinamentali, incapaci di prendere contezza della portata sistemica della relativa tensione funzionalistica[56].

[53]G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 46.

[54] Tali aspetti sono bene affrontati da P. PISICCHIO, *Tra declino e cambiamento. Aspetti del partito politico italiano*, Cacucci, Bari, 2008, 23 ss.

[55]L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2014, 67.

[56]Tensione funzionalistica che non può non innervare, anche in virtù di espressa formalizzazione a livello costituzionale, anche il più "liberale" tra i diritti individuali. La

Dovere tributario, dovere di fedeltà alla Repubblica, dovere di partecipare al processo elettorale[57], per limitarsi agli esempi più immediati, dovrebbero essere interpretati in chiave sistematica, come più volte ribadito dallo stesso Lombardi. Soltanto così, a ben vedere, potranno effettivamente adempiere quella funzione di integrazione sociopolitica indispensabile in comunità, come sono quelle odierne, che faticano a rinvenire un comune e condiviso principio di riconoscimento reciproco.

Per concludere sul punto, la valorizzazione del principio solidarista quale matrice dei doveri costituzionali, declinata in funzione della piena attuazione del principio personalista, sembra potersi realizzare soltanto all'esito di un processo di progressivo approfondimento della comprensione del ruolo dell'individuo all'interno delle diverse sfere sociali in cui è chiamato ad operare. Non solo, quindi, attraverso il riconoscimento di diritti nei confronti della collettività e dell'autorità pubblica, ma anche per il tramite di una acquisita consapevolezza della responsabilità di ciascuno verso la comunità di appartenenza[58].

E tanto, alla luce dell'impossibilità di letture riduttive tese a considerare i singoli individui alla stregua di monadi ammantate dal mito dell'inviolabilità e preordinate ad invocare – in via tendenzialmente esclusiva – istanze di isolamento

---

proprietà, in effetti, "è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti" (art. 42 Cost.). La complessa ed articolata ricostruzione teorica dei limiti alla proprietà privata ha impegnato generazioni di studiosi. Da ultimo, affronta un tema che non può che lambire la problematica in questione, A. DEFFENU, *Le terre civiche in Sardegna. Problematiche giuridiche e valorizzazione*, Giappichelli, Torino, 2021.

[57]Sulla complessa tematica del diritto/dovere di voto si veda L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011 e ID., *Fondamenti di diritto e legislazione elettorale*, II ed., Giappichelli, Torino 2011; della stessa A., ancora, cfr. ID., *Contributo allo studio del diritto elettorale, I, Fondamenti teorici e profili normativi*, Giappichelli, Torino, 2013. Riflette sul rapporto tra sistemi elettorali e regime democratico A. PATRONI GRIFFI, *Sistemi elettorali e tenuta del principio democratico: brevi considerazioni a margine della legge elettorale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2006.

[58]Di «solidarietà come integrazione» parla espressamente lo stesso G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., spec. 51-52. Nelle parole dell'A.: «Il cittadino, in altre parole, non viene considerato, semplicemente, come destinatario dei vantaggi derivanti sia dalla astensione sia dall'attivarsi dei pubblici poteri, ma si è visto anche e, si potrebbe dire, soprattutto, come centro operante di questo processo di integrazione, volto a conseguire, attraverso una più attiva partecipazione alla cosa pubblica, una sorta di omogenea coerenza tra momento organizzativo politico e struttura sociale».

e di tutela al fine della massima realizzazione del profitto individuale. Una esegesi, questa, che ancor prima di essere del tutto incompatibile con l'impianto solidaristico e pluralistico della Costituzione, risulta di fatto irrealizzabile all'interno di un contesto relazionale sempre più interconnesso, in cui, anzi, soltanto la riscoperta di un *idem sentire* potrebbe fungere da strumento di riconoscimento reciproco.

A tal proposito, la funzione integratrice del principio di solidarietà, pur se sperimentata con successo nelle comunità intermedie, non è parsa in grado di trasferire la relativa capacità di integrazione al più alto livello dell'organizzazione statale[59]. Anzi, in misura ancora maggiore, il dovere di solidarietà politica, economica e sociale è sembrato faticare a trovare un principio di attuazione a livello sovrastatale. Lì dove cioè, più intensamente che negli altri livelli ordinamentali, la tensione verso il conseguimento del massimo profitto individuale ha faticato a considerare legittime limitazioni orientate alla realizzazione di obiettivi latamente sociopolitici.

Questo, almeno, sino alla recente approvazione del *Next Generation EU*, che parrebbe aver tratteggiato una significativa funzionalizzazione delle politiche europee verso un approfondimento dei doveri di solidarietà tra Stati membri e, all'interno di questi, tra classi meno abbienti (e maggiormente colpite dalla pandemia da Covid-19) e ceti – ma sarebbe meglio dire individui – più opulenti.

5. La "riscoperta" dei doveri costituzionali in un mutato contesto sociopolitico

[59]È questa la conclusione cui giunge E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, cit., 64-65, il quale così argomenta: «il diffondersi di pratiche di solidarietà a livello "orizzontale" e spontaneo non ha (o non ha ancora …) favorito il rafforzamento delle ragioni di solidarietà del singolo verso il "tutto": in altri termini, possiamo ritenere che quella logica "a cerchi concentrici" immaginata dai costituenti - e da quelli cattolici in particolare - non si è sin qui realizzata, in quanto è mancato l'ultimo passaggio che si immaginava dovesse compiersi, ovvero quello tra le comunità intermedie e lo Stato. La solidarietà è rimasta "confinata" nell'ambito delle comunità intermedie, che non sempre hanno favorito il flusso verso le istituzioni pubbliche ma che anzi, al contrario, hanno agito spesso come argine (anche mediante atteggiamenti contrappositivi) nei confronti delle istituzioni pubbliche. La ricorrente polemica distinzione tra Stato e "società civile" è significativa di ciò che si ritiene di affermare».

Se, per lungo tempo, scarsa è stata l'attenzione riservata al complesso intrecciarsi dei doveri costituzionali, a partire dai contributi di Lombardi e di Carbone la scienza costituzionalistica ha iniziato ad interrogarsi su questa situazione giuridica soggettiva[60] che, soltanto semplicisticamente, sembrerebbe possibile declinare in termini meramente passivi.

La progressiva frammentazione sociale, nutrita dalla logica *iper*-individualistica che ha iniettato nella popolazione una certa refrattarietà a riconoscersi in principi comuni, si è tradotta nella ricerca di strumenti, anche giuridico-costituzionali, in grado di veicolare nuove strategie di convivenza pluralistica. In particolare, la crescita esponenziale di disuguaglianze economiche e sociali, la sempre più profonda connotazione interculturale[61] delle realtà (soprattutto) macro-urbane, la disparità nell'accesso ai servizi pubblici essenziali hanno determinato un significativo processo di valorizzazione della portata normativa del principio di solidarietà[62].

Per far ciò, si è ritornati a riflettere sulla categoria concettuale dei doveri costituzionali, nella loro possibile e diversificata applicazione nei diversi settori ordinamentali. Un'attuazione, quest'ultima, che pare tuttavia scontare una limitazione pratica di non poco momento, sol che si pensi alla non immediata

[60]Come ha messo in evidenza E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, cit., 52. A riprendere l'analisi sui doveri costituzionali è stato, in particolare, L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano 1996; A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011; A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, ES, Napoli, 2014.

[61]Il carattere interculturale delle realtà sociali contemporanee ha suscitato una gran quantità di riflessioni, come tali impossibili da compulsare in questa sede. Sul punto, con riferimento specifico alla solidarietà, F. BIONDI DAL MONTE, *Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, in*Gruppodipisa.it*, 3/2012, 70-71, fa notare che, nella realtà interconnessa contemporanea, «l'uomo ha il diritto-dovere di interessarsi dei problemi degli altri uomini, con un atteggiamento di solidarietà e condivisione che trova il suo fondamento nell' humanitas, e cioè nella consapevolezza della comune natura di esseri umani che porta a vedere nella condizione di straniero uno dei molteplici riflessi della propria».

[62] In argomento, si vedano le riflessioni di G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 3 ss.

giustiziabilità dei doveri costituzionali medesimi[63]. Nonostante queste difficoltà, la riscoperta dei doveri costituzionali non si è arrestata. Anzi, le ridette criticità sembrano ulteriormente confermare la validità di quell'impostazione pratico-applicativa avente come obiettivo precipuo la diffusione della logica dei doveri a partire dalle organizzazioni sociali in cui l'individuo è inserito ed opera. Non a partire dall'alto, dal momento impositivo statale, ma dalla magmatica realtà sociale il principio solidarista è chiamato a diffondere il linguaggio della responsabilità individuale in vista di una coesione mediata dai principi costituzionali medesimi. Ed è in questa prospettiva, peraltro, che la tendenza dei diritti a farsi "tiranni"[64] nei confronti delle altre situazioni giuridiche soggettive e, non secondariamente, rispetto ad altrettanti diritti costituzionalmente sanciti, appare trovare un fondamentale momento di arresto e di razionalizzazione[65].

Il mutato contesto sociale, politico ed economico, del resto, parrebbe, per certi aspetti, esigere innovativi paradigmi d'azione incentrati sul linguaggio giuridico della doverosità. Basti pensare alla necessità, ormai improcrastinabile, di tutelare gli equilibri della biosfera. Non per ragioni latamente filantropiche, benché anch'esse meritevoli di massima attenzione. Ma, a voler rimarcare il carattere giuridico-costituzionale della presente riflessione, in vista della salvaguardia del diritto delle generazioni future[66] a vivere in un contesto ambientale non sfavorevole

[63]Profilo, quest'ultimo, evidenziato da G. GEMMA, *Doveri costituzionali e giurisprudenza della Corte*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., 372.

[64] S'intende qui rievocare la "schmittiana" (C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2008) nota ricostruzione fornita dalla Consulta nell'ambito della pronuncia sul c.d. caso Ilva. Nelle parole della Corte: "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri".

[65] «Il diritto è un prodotto della vita sociale, creato dagli uomini e per gli uomini che convivono in una determinata società. Scaturisce, perciò, dalla volontà generale dei consociati, espressa ma non creata dagli organi rappresentativi. Questi, infatti, sono soltanto il tramite attraverso il quale si fanno valere le scelte e le istanze popolari che essi debbono limitarsi a cogliere e interpretare». Il riferimento è a P. GIOCOLI NACCI, *Norma giuridica e coscienza sociale*, in P. GIOCOLI NACCI – A. LOIODICE (a cura di), *La Costituzione tra interpretazione e istituzioni*, cit., 103.

[66] Come ha fatto notare A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie delle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, «solidarietà ed eguaglianza, unite saldamente assieme, costituiscono la prima e più efficace risorsa di cui l'ordinamento dispone al fine di potersi trasmettere integro nel tempo, alle generazioni future». Sul rapporto tra produzione normativa e necessità di garantire condizioni di realizzazione di interessi, se non

ed inevitabilmente compromesso dal comportamento irresponsabile di coloro che li hanno preceduti.

Come ha mostrato la recente crisi pandemica, le società post-moderne, in cui l'azione di ciascuno non può che dare avvio ad un moto che, inevitabilmente, è destinato ad incidere sull'esistenza altrui e, a monte, della comunità di riferimento, necessitano che la solidarietà operi «a raggiera, praticamente per ogni dove, facendosi apprezzare altresì nelle sue proiezioni intergenerazionali e al piano delle relazioni interordinamentali»[67].

Come anticipato, a seguito della pandemia da Covid-19, la stessa Unione Europea sembra aver recentemente posto al centro della propria azione di contrasto alla pandemia e, soprattutto, di rilancio del settore economico-finanziario il principio di solidarietà[68]. Quest'ultimo, si badi, declinato non soltanto in termini meramente economici, sebbene questi siano ancora prevalenti. Il linguaggio dei doveri, arricchito dalla più mite metodologia d'azione del principio di solidarietà, ha

proprio diritti, delle generazioni future, cfr. M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, 420 ss.; A. SAITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla 'responsabilità costituzionale democratica" e "intergenerazionale "*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2019, 216-225; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano, 2013; A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità, dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Forumcostituzionale.it*, 2007, e ID., *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli Rubbettino, Milano, 2005.

[67] In tal senso, A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come 'sistema' (notazioni di metodo)*, in *Consulta Online*, II/2015, 553. Da ultimo, sul punto, cfr. le riflessioni di F. POLACCHINI, *Solidarietà e doveri per una cittadinanza europea in costruzione: dai diritti di cittadinanza ad una comunità sovranazionale di diritti e doveri*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, 456 ss.

[68] Come da tempo si prova a sostenere, il sistema del diritto pubblico europeo, formatosi per successive stratificazioni, tende a *liberarsi della soggezione alla sovranità dei singoli Stati* per collocarsi in un disegno originale, rispetto al quale non vi è necessità di proporre definizioni che potrebbero utilizzare categorie concettuali non adeguatamente adattabili alla realtà in atto ed in evoluzione. Sul punto, cfr. A. LOIODICE, *Centralità della persona umana nella Carta di Nizza*, in P. GIOCOLI NACCI – A. LOIODICE (a cura di), *La Costituzione tra interpretazione e istituzioni*, cit., 102, e, nella stessa prospettiva, sia consentito rinviare a A. GUSMAI, *La metamorfosi della sovranità negli stati costituzionali europei*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. n. 2/2017, spec. 4 ss.

dunque varcato le soglie di quel luogo, l'Unione Europea, in cui più forte è stata la tendenza ad un'esaltazione *s*-misurata della logica individualistica[69].

Semplificando molto un discorso evidentemente più complesso, a livello costituzionale la recente ondata pandemica sembra aver così confermato la necessità di assegnare ai doveri un ruolo di non subalternità rispetto ai diritti ed alle libertà costituzionalmente garantiti. Soprattutto quando è in gioco la conservazione dei delicati equilibri su cui si regge la democrazia costituzionale[70], i doveri sembrano (ri)acquistare una centralità invero mai perduta ma, in un certo senso, quiescente nelle situazioni di "ordinaria" convivenza sociale e politica[71].

6. L'influenza del contributo di Giorgio Lombardi sulla scienza costituzionalistica

Ancor prima del Coronavirus, nondimeno, la dimensione giuridico-costituzionale dei doveri era stata oggetto di espressi tentativi di valorizzazione finalizzati alla ricerca di limiti da apporre ad alcune situazioni giuridiche soggettive che, già allora, manifestavano una tendenza assolutizzante. Tendenza, quest'ultima, destinata peraltro ad acuirsi negli anni successivi.

Una libertà particolarmente restia a conoscere limitazioni è stata ed è tuttora, anzi forse oggi in misura ancora maggiore, la libertà d'informazione. Come è stato detto[72], uno dei «limiti generali» di siffatta «situazione soggettiva» che, al contempo, invera un «principio costituzionale», è dato proprio dai doveri costituzionali[73].

---

[69]Sul punto, si veda A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011; F. COVINO, *Matrice economica del principio solidaristico e tensione dell'UE verso la solidarietà politica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, 183 ss.

[70]Sul complesso ed articolato tema della democrazia costituzionale cfr., da ultimo, le acute riflessioni di A. D'ANDREA, *La prospettiva della democrazia costituzionale in Italia e in Europa*, in AA. VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Jovene, Napoli, 2013, p. 2265 ss.

[71]In senso soltanto parzialmente analogo cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958.

[72]Sul punto, si veda A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Jovene, Napoli, 1969.

[73]Per una più analitica ricostruzione della problematica giuridico-costituzionale qui solo sommariamente accennata, cfr. A. LOIODICE, *op. ult. cit.*, spec. 278 ss.

In particolare, il riferimento alla categoria costituzionale dei doveri consente proprio di rinvenire uno strumento, dalle innumerevoli potenzialità evolutive, in grado di giustificare la presenza di limiti ad una siffatta libertà. Per questa via, la ricostruzione teorica proposta da Lombardi con riferimento alla fedeltà al regime costituzionale[74], all'obbedienza[75] ed al più comprensivo dovere di solidarietà[76] ha costituito il punto di partenza per argomentazioni tese a rinvenire limitazioni effettive, costituzionalmente rilevanti, al diritto all'informazione. Riflessioni, cioè, che rinvenivano nella normativa sui doveri costituzionali, interpretata alla stregua degli interessi che questi tutelano, i riferimenti teorici e financo pratico-applicativo alla luce dei quali poter ritenere legittima l'apposizione di un vero e proprio divieto di accesso a determinate fonti di informazioni.

A guadar bene, l'esercizio della libertà di informazione misura la qualità e la quantità di democrazia che innerva un sistema giuridico-costituzionale. Ed è proprio per questo motivo che il relativo esercizio deve essere preordinato all'attuazione di principi costituzionali, dal momento che l'intreccio tra una siffatta libertà ed il complesso delle altre attività costituzionalmente garantite, in relazione ai vari interessi tutelati, si riflette sulla stessa struttura dell'ordinamento. Una tensione funzionale che, in relazione alla rizomatica diffusione di tecnologie telematiche in grado di alimentare l'afflusso disordinato e *s*-misurato di notizie eterogenee e non veritiere[77], potrebbe incorrere in un indebito impoverimento contenutistico[78]. Pertanto, solo dei riferimenti di ordine costituzionale, come lo

[74]G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 129 ss.

[75]G. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, 118 ss.

[76]G. LOMBARDI, *op. ult. cit.*, 45 ss.

[77] Sul punto, *ex multis*, cfr. A. RUGGERI, *Dignità dell'uomo, diritto alla riservatezza, strumenti di tutela (prime notazioni)*, in *Consulta Online*, III/2016, 21 ottobre 2016, 370 ss.; R.G. RODIO, *Primi rilievi sulla possibilità di individuare un dovere costituzionale alla correttezza dell'informazione telematica*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012, 1059 ss.; T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. ALPA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Le Monnier Università, Milano, 2017;A. CERRI, voce *Riservatezza (diritto alla)*, III) Diritto costituzionale, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Treccani, Roma, 1991; L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, ES, Napoli, 2016; M.R. ALLEGRI, *Diritto all'oblio, tutela della* web reputation *individuale e "eccezione giornalistica": spunti giurisprudenziali*, in *Forumcostituzionali.it*, 6 giugno 2018;

[78]A tal proposito, la rapida e problematica diffusione delle nuove tecnologie telematiche sembrerebbe investire l'intera impalcatura ordinamentale. A partire proprio dal principio rappresentativo e dalle relative modalità di esercizio. Al riguardo, la dottrina costituzionalistica

sono quelli racchiusi nella categoria dei doveri cui Lombardi per primo ha dato dignità di autonoma rilevanza costituzionale, possono giustificare la limitazione di una libertà così importante per la tenuta sistemica dell'ordinamento normativo. In altre parole, soltanto ove l'esercizio della libertà d'informazione dovesse ledere interessi tutelati dalla Costituzione essa potrà subire una limitazione ad opera dei doveri, anch'essi costituzionalmente rilevanti[79].

Un'intuizione, quest'ultima, che poi ha costituito la base per ulteriori argomentazioni[80], attente soprattutto a contemperare l'esercizio della libertà d'informazione, reso potenzialmente illimitato dall'utilizzo delle tecnologie informatiche ed elettroniche, e la necessità di limitarne la portata potenzialmente tirannica nei confronti di altrettanti interessi costituzionalmente rilevanti. Proprio attraverso l'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali invocata dal Lombardi, si è così teorizzato un «dovere costituzionale alla correttezza dell'informazione»[81], la cui immanenza è resa ancor più tangibile dalla indiscriminata diffusione di c.d. *fake news*.

Alcuni anni dopo, il contributo di Giorgio Lombardi è stato ripreso da altri costituzionalisti, i quali si sono interrogati, da un lato, sulla portata potenzialmente ossimorica – da un punto di vista squisitamente costituzionale – inscritta nella doverosità dei diritti fondamentali[82], e, dall'altro, sulla dimensione costituzionale

---

e quella politologica hanno già ampiamente messo in evidenza le numerose problematiche involgenti il ricorso massivo alle metodologie d'azione della c.d. *e-democracy*. Dal momento che sarebbe impossibile richiamare in questa sede la copiosa letteratura stratificatasi in materia, si rinvia alle dense riflessioni di S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, spec. 41.

[79] Sul punto, cfr. A. LOIODICE, *Contributo allo studio*, cit., 283.

[80]Da ultimo, per una ricostruzione dell'apporto dell'itinerario scientifico percorso da Lombardi e poi proseguito da altri studiosi si veda, A. LOIODICE, *Giorgio Lombardi: Profili inediti dell'itinerario scientifico, umano e spirituale*, op. cit., 202 ss.

[81]Volendo qui richiamare il titolo del bel contributo di R.G. RODIO, *Primi rilievi sulla possibilità di individuare un dovere costituzionale alla correttezza dell'informazione telematica*, cit.

[82]Il rinvio non può che essere a E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, cit., 51 ss. Peraltro, sembra necessario sottolineare che le dense riflessioni dell'A. traggono origine da un seminario di studi organizzato dalla rivista Gruppo di Pisa, svoltosi presso l'Università degli studi "Suor Orsola Benincasa" di Napoli il 18 ottobre 2018, dedicato proprio al rapporto – come detto – *prima facie* ossimorico tra diritti e doveri costituzionali. I numerosi e preziosi interventi che hanno animato l'attività seminariale sono stati raccolti in F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, cit., cui non si può che rinviare per la consultazione dei contributi medesimi.

della categoria dei doveri, nell'alveo di un'analisi attenta ad individuare i legami, talvolta impliciti, tra regole e principi costituzionali afferenti alla categoria suddetta[83].

La morfologia della categoria costituzionale dei doveri, peraltro, parrebbe suscettibile di rischiarare, se azionata e guidata dalla portata assiologica del principio di solidarietà, altre problematiche, tuttora irrisolte, del costituzionalismo moderno e contemporaneo, quantomeno per come tradotto nelle società c.d. "occidentali". Si pensi alla necessità di evitare indebite confusioni di poteri e funzioni tra la sfera pubblica e quella privata[84], troppo spesso rivelatisi il primo sentore del divagare del fenomeno corruttivo. O ancora, nient'affatto secondariamente, al dovere di soccorso dei migranti ed alla doverosità di ridurre i tempi di svolgimento dei processi[85], soprattutto civili, ovvero pretendere che il potere giudiziario orienti la propria azione alla esclusiva attuazione dei principi costituzionali[86].

È nella trama dei principi repubblicani, quindi, che il discorso sui doveri deve essere calato. Ed è proprio per questo motivo che il contributo di Lombardi conserva un'intatta attualità.

[83]Il riferimento è a V. TONDI DELLA MURA, *La frontiera aperta da Giorgio Lombardi*, 303 ss., cui si rinvia per i necessari approfondimenti teorici e per l'analitica esposizione di tematiche qui soltanto sommariamente richiamate. Sulla categoria costituzionale dei doveri riflettono anche S. MANGIAMELI, *Legittimazione, Stato, Costituzione e Federalismo. Dalle frontiere all'unità del politico, l'insegnamento di Giorgio Lombardi*, in *Diritti fondamentali*, 3/2021, 51 ss.; A. POGGI, *Istruzione, formazione e servizi alla persona*, Giappichelli, Torino, 2007; E. GROSSO, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, cit., e ID., *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1705 ss.; A. MORELLI, *I principi costituzionali*, cit.

[84]In argomento, cfr. da ultimo le pregnanti riflessioni di A. PERTICI, *Il* pantouflage *tra politica e amministrazione*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, cit., e ID., *Il conflitto d'interessi*, Giappichelli, Torino, 2001.

[85]Sul punto, si veda A.M. NICO, *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*, Cacucci, Bari, 2012.

[86]Si interroga sulla responsabilità del potere giudiziario R.G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 14 marzo 2022

Certezza del giudizio, della colpevolezza e del giudicato: l'essenza triadica della cognizione ordinaria penale

di
Francesco Callari*

Sommario: 1. Premessa. – 2. La certezza del giudizio. – 3. La certezza della colpevolezza. – 4. La certezza del giudicato. – 5. Conclusione.

1. Premessa.

Una prismatica istanza di *certezza* anima l'intero svolgimento del procedimento di cognizione ordinaria in materia penale, ossia l'articolata e multiforme attività giudiziale volta alla *giusta* e compiuta applicazione dell'astratta norma penale al caso concreto accertato nel processo. In particolare, proprio tale istanza metagiuridica, sia pure in modo diverso e con differenti connotazioni, dà sostanza e fondamento – senza alcuna soluzione di continuità – ai profili essenziali della dimensione trinitaria dell'*exercere iustitiam in causis criminalibus*, la quale coinvolge profondamente i valori primari e le libertà fondamentali della persona, nonché la sua stessa dignità.

Invero, in ambito penale, la *certezza* interessa, anzitutto, il *giudizio*, inteso come complessa «macchina retrospettiva» per giungere a ricostruire gli accadimenti passati senza ricorrere a «fantasie divinatorie, lampi intuitivi, visioni oniriche, voci medianiche *et similia*»[1], di modo che tale accertamento fattuale sia ricondotto nella

* Professore di Ordinamento giudiziario nell'Università di Palermo, Teaching Fellow at the RWTH Aachen University e Magistrato Onorario della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo.

[1] F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Giuffrè, 2006, pp. 573 e 576.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

concreta applicazione del diritto obiettivo e così sia risolta la «controversia criminale»[2].

In particolare, la difficoltà di sussumere nelle fattispecie astratte, configurate dalle norme giuridiche, accadimenti che si sono verificati lontano nel tempo e dalla sfera di percezione sensoriale del soggetto chiamato a giudicare e risolvere la *quaestio facti* viene superata ricorrendo alle *prove*; queste sono fatti del presente, *rectius* enunciati aventi ad oggetto fatti del presente, che sono diversi ed estrinseci ma (più o meno direttamente) correlati a ciò che si vuole accertare (*factum probandum*), e quindi agli enunciati fattuali integranti il *thema probandum*. In tal senso, nell'ambito della «verbalizzazione dell'esperienza»[3] relativa all'accertamento processuale penale, «se il significato dell''essere vero' per l'enunciato storico sta nella sua corrispondenza ai fatti, il metodo della verifica, il criterio (fallibile) di verità sta nel passaggio dalle premesse probatorie, *rectius* dalle proposizioni che descrivono le prove legittimamente acquisite, alla proposizione da provare che, a seconda dei casi, sarà affermata o negata»[4].

In secondo luogo, la *certezza* riguarda il profilo specifico relativo alla formalizzazione dell'enunciato di *colpevolezza* nel processo penale. In particolare, l'art. 533 comma 1 c.p.p., a seguito dell'interpolazione operata dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46, prevede espressamente che il giudice pronuncia sentenza di condanna soltanto «se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio». In tal modo, la regola *de qua*, oltre ad innalzare mura probatorie «stupendamente e vertiginosamente alte»[5] a difesa della dignità e della libertà dell'uomo, mira ad indicare le coordinate logiche ed operative di una determinata epistemologia giudiziaria che si riconnette a fondamentali istanze etico-politiche. Invero, la codificazione della regola probatoria e di giudizio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" non rappresenta un inutile artificio retorico,

[2] G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Sanvito, 1863, p. 162.
[3] R. ORESTANO, voce *Azione I. L'azione in generale a) Storia del problema*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, p. 812.
[4] P. FERRUA, *Metodo scientifico e processo penale*, in P. TONINI (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, Dossier 1, p. 15.
[5] G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1043.

né tantomeno una banale ovvietà, bensì costituisce un provvido intervento additivo (o quantomeno chiarificatore), volto a colmare il grande «buco nero»[6] del codice di rito penale del 1988, ossia l'incompleta formulazione dell'art. 530 comma 2 c.p.p. Viene, in effetti, a determinarsi *ope legis* un criterio generale di discernimento – oggettivo (*id est*, che esiste di per sé, in quanto non vincolato alla mera percezione soggettiva) e precettivo (non lasciato, cioè, alla "buona coscienza" del singolo giudice) – con cui potere individuare materialmente un risultato probatorio *insufficiente* o *contraddittorio*, ossia di tale natura da non consentire una pronuncia di condanna.

Infine, la *certezza* concerne la nota distintiva dell'atto processuale che rappresenta la sintesi finale dell'ordinaria funzione giurisdizionale *in criminalibus*: il *giudicato*. Invero, l'interna fisiologia del processo penale conduce progressivamente gli atti, che costituiscono e cadenzano il suo *iter* ordinario, verso la realizzazione di un provvedimento giudiziale definitivo ed irrevocabile, che rappresenta l'espressione massima e compiuta dell'attività di *iurisdictio*. Pertanto, a fronte dell'indefinita apertura al procedimento di falsificazione nella ricerca scientifica, gli esiti del processo penale tendono, invece, a cristallizzarsi in un *dictum* immutabile, oltre il quale nessuna ordinaria opera di critica è più praticabile. Invero, la sentenza, con il passaggio *in iudicatum*, si trasfigura e sublima, acquistando la forza di comando ed il connotato della immutabilità.

Diverso è, ovviamente, il tema della *certezza della pena*, che non riguarda prettamente la sfera operativa del procedimento di cognizione *in criminalibus*, bensì la fase di esecuzione, tesa a «realizzare coattivamente il comando della legge, individuato per un caso concreto dall'accertamento giurisdizionale»[7]. La certezza della pena, invero, «sta in questo che la condanna pronunciata faccia sicuri i cittadini tutti […] che essa sarà realmente eseguita; e non si risolverà in una vana

[6] F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, 2003, p. 141.

[7] G. BELLAVISTA - G. TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, X ed., Giuffrè, 1987, p. 717.

dirittifondamentali.it

parola che dileguisi al vento o per protezione di fautori, o per debole pietà del governo, o per artificiosa ipocrisia del condannato»[8].

Ebbene, in questo caso, però, la pena, lungi dal rappresentare un dato rigidamente immutabile, è destinata "naturalmente" a potere essere rimessa in discussione durante tutto l'*iter* esecutivo, fin dal suo momento iniziale, e ciò sia sotto il profilo quantitativo sia sul piano qualitativo. Invero, sotto questo profilo, l'intera procedura di esecuzione della pena comminata irrevocabilmente in fase di cognizione non si risolve nella cieca, fedele e automatica ottemperanza del giudicato penale; piuttosto, la dinamica procedimentale esecutiva – tesa, cioè, all'attuazione del comando penale e disciplinata, in particolare, dalle disposizioni del codice di rito del libro X, riservate appunto all'esecuzione dei provvedimenti del giudice, nonché dalla legge sull'ordinamento penitenziario, che regola, in via principale, le misure alternative alla detenzione – si atteggia in modo che la fase successiva alla formazione del giudicato sia propriamente dedicata alla modifica e all'"adattamento" del giudicato stesso.

In tal senso, dunque, la naturale "metamorfosi" che la sanzione stabilita nella sentenza irrevocabile di condanna subisce nella fase esecutiva non è soltanto «l'indispensabile valvola di sfogo della pressione punitiva mal tarata nel momento legislativo e giudiziario»[9], ma costituisce, primariamente, la realizzazione del comando penale nel rispetto dei principi costituzionali e, segnatamente, nella doverosa prospettiva della risocializzazione individualizzante del reo. Dunque, la diffusa percezione di sostanziale ineffettività del sistema penale, ossia della sua incapacità di pervenire a risultati certi ed affidabili (in tempi accettabili), dovuta soprattutto all'aspettativa di pena creata dalla minaccia edittale e sublimata dalla decisione giudiziale inoppugnabile, ma poi delusa dagli interventi "manipolativi" a valle della condanna irrevocabile, è da ricollegarsi ad una malintesa accezione di

[8] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. 2, V ed., Tipografia Giusti, 1877, p. 597.

[9] M. CERESA-GASTALDO, *La legge, il giudice, la pena*, in ID. (a cura di), *Procedura penale esecutiva*, Giappichelli, 2020, p. 16.

"certezza della pena", la quale, invece, deve costantemente compenetrarsi con l'umanizzazione e la massima funzionalità rieducativa della sanzione penale[10].

In sostanza, il valore della certezza della pena non deve essere mai assoggettato ad una politica criminale tesa a dispensare (inappropriate) risposte tranquillizzanti alla paura o all'indignazione collettive per i reati commessi in un ampio contesto sociale, bensì deve essere direttamente funzionale ad assicurare l'effettiva e compiuta realizzazione di una sanzione penale proporzionata, equa e rispettosa dei principi costituzionali.

2. La certezza del giudizio.

La condizione di *giustizia* di una pronuncia giurisdizionale – intesa nel suo più alto termine ontologico – è, almeno «come ideale e criterio regolativo»[11], la *verità*, quale corrispondenza alla realtà dei fatti: «*veritas est basis, fundamentum, seu mater iustitiae*»[12].

Se il processo penale ha per suo scopo primario l'accertamento della verità, che è manifestamente un presupposto essenziale per la retta applicazione della legge e, quindi, per una *giusta* sentenza, la *certezza del giudizio* inizia nella verità, ma termina pur sempre nell'io e nel pensiero, il quale diviene, pertanto, una singolarità spirituale personalmente *certa* del vero. In altri termini, la certezza del giudizio è la conoscenza della verità, la quale dev'essere ricercata non a qualunque costo, ma sempre nei limiti imposti dal rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Ebbene, tale certezza *cognitiva* dipende in via diretta da due componenti strettamente connesse: la manifestazione oggettiva della realtà; l'adesione

[10] Sul punto cfr., segnatamente, E. BELFIORE, *Profili della funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1999, p. 23 s.; G. FIANDACA, sub *art. 27 comma 3 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, *Rapporti civili, artt. 27-28*, Zanichelli, 1991, p. 228 s.; M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, in *Dir. soc*., 2005, p. 54 s.

[11] P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, III ed., Zanichelli, 2012, p. 83.

[12] A. BARBOSA, *De Axiomatibus Iuris usufrequentioribus*, Axioma 224, Veritas, n. 5, in *Tractatus varii*, Lugduni, Sumptibus Laurentii Arnaud, Petri Borde, Joannis & Petri Arnaud, 1678, p. 136.

personale del pensiero alla verità espressa nell'oggetto e affermata *nel* o *dal* soggetto. In particolare, alla *certezza fisica*, che scaturisce dall'immediata percezione sensoriale, ossia che «consiste nel testimonio dei sensi»[13], si oppone la *certezza morale*, la quale si desume da ciò che è rimasto degli avvenimenti passati e dalle tracce che essi hanno lasciato nella memoria degli uomini. Essa esprime, quindi, «lo stato dell'animo sicuro della verità di una proposizione che riguarda l'esistenza di un fatto, che non è passato sotto i nostri occhi»[14].

Nell'esperienza del processo, la difficoltà di sussumere nelle fattispecie astratte, configurate dalle norme giuridiche, accadimenti che si sono verificati lontano nel tempo e dalla sfera di percezione sensoriale del soggetto chiamato a giudicare e risolvere la *quaestio facti* viene superata – come si è detto – ricorrendo alle prove[15]. Le prove sono, infatti, gli strumenti che «per il loro valore rappresentativo consentono allo spirito di risalire il corso del tempo e così di veder chiaro nel buio del passato, rendendo noto quello che è ignoto»[16]. Esse rappresentano la fonte da cui attingere gli elementi per l'accertamento della verità, ma nello stesso tempo costituiscono una limitazione alla discrezionalità valutativa del giudice.

In ordine a tale profilo, il concetto di certezza morale consente di cogliere e mettere in rilievo la fondamentale antinomia che sussiste tra *iudicium secundum conscientiam* e *iudicium secundum allegata et probata*.

Il primo prefigura un modello processuale di accertamento che apre un ampio spazio di libertà al giudice, sostanziandosi in una convinzione prettamente soggettiva e fondamentalmente arbitraria, che si fonda sul sentimento, l'intuizione

---

[13] A. ADEMOLLO, *Il giudizio criminale in Toscana secondo la riforma Leopoldina del MDCCCXXXVIII*, Tipografia di Sansone Coen,1840, p. 438.

[14] G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, t. II, lib. III, parte I, cap. XIII, Tipografia e Libreria elvetica, 1833, p. 219.

[15] Come osserva G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, vol. V, Giuffrè, 1959, p. 59, l'accertamento processuale penale è «un procedere traverso segni, che significano, ma non sono, la cosa significata; quasi si direbbe un procedere traverso tracce figure geroglifici, che il giudice deve tradurre in quella realtà ricercata e oramai sparita nella sua irraggiungibile presenza attuale».

[16] G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, 1956, p. 354.

dirittifondamentali.it

o l'opinione personale[17]; è pura convinzione che si forma interamente nel foro interiore e prescinde dalla conoscenza processuale dei fatti.

Il secondo archetipo giudiziario delinea, invece, una epistemologia in cui la verità si attinge dalle prove, che sole consentono al giudice di maturare una certezza morale sulla *quaestio facti*: *quod non est in actis non est in mundo*.

Ad ogni modo, sorge, allora, la questione su quale possa essere l'*ordo ordinans* che consenta di raggiungere la certezza morale. Nella dogmatica, da lungo tempo, si è soliti distinguere due differenti ed antinomici principi volti ad acquisire la *certezza della prova* sulla responsabilità penale dell'imputato: quello della certezza morale della legge e quello della certezza morale dell'uomo.

La *certezza morale della legge* fa dipendere l'affermazione o la negazione della verità degli enunciati fattuali direttamente da canoni e schemi – precisi ed inconfutabili – di matrice legislativa. In base a tale regime probatorio, è la legge a prescrivere al giudice di considerare *provata* una data ipotesi storica in presenza di determinati elementi conoscitivi, anche se ciò dovesse contrastare apertamente con il convincimento personale dell'organo giurisdizionale. Attraverso la predeterminazione analitica del valore dimostrativo di ogni singola prova o indizio e l'erezione di una granitica piramide di classi e gerarchie probatorie, il giudizio sulla colpevolezza viene a risolversi sostanzialmente in una sorta di «calcolo aritmetico», che – sebbene non annichilisca qualsiasi ambito di discrezionalità valutativa – mortifica in pieno il libero apprezzamento del giudice[18].

Invero, se la finalità manifesta di tale sistema epistemico è scongiurare l'aleatorietà della prova e la possibilità di arbitrii, si finisce, però, per esautorare il ruolo del *giudice*, riducendolo ad una sorta di notaio o, peggio, di automa della funzione giudicante: benché non convinto della reità, deve assolutamente condannare l'imputato se solo sussista la prova legale della responsabilità penale; e viceversa, benché sia profondamente convinto della colpevolezza, deve assolvere se la prova

[17] Sul punto v., in particolare, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1974, p. 97 s.

[18] Sul tema cfr., segnatamente, B. CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 968 s.

legale lo impone. Pertanto, tale sistema prevede di vincolare il convincimento del giudice nella ferrea gabbia di una «rigida predeterminazione dei tipi di prova e degli effetti ad essi corrispondenti»[19].

Alla certezza morale della legge si oppone in modo speculare la *certezza morale dell'uomo*, per la quale si richiede il libero apprezzamento del dato probatorio da parte del giudice. Tale forma di certezza morale si atteggia, però, in modo profondamente diverso a seconda che l'accertamento della verità degli enunciati fattuali sia condizionato all'*intima* convinzione del giudice, oppure al suo *oggettivato* convincimento. In sostanza, l'unica radice comune consiste nella libertà del giudice nella valutazione della prova, sottratta così ad un ferreo meccanismo di preventiva ed inderogabile individuazione del suo valore dimostrativo da parte del legislatore.

Ebbene, l'idea da cui muove il primo modello è che l'*intime conviction* del giudice si formi per effetto di una valutazione globale e immediata delle prove (raccolte nel processo e secondo il rito giudiziario), insuscettibile di autentiche razionalizzazioni. In questo caso, la certezza morale dell'organo giudicante viene, quindi, recepita come il frutto maturo di un sentimento istintivo di valutazione probatoria, l'esito di un moto imperscrutabile di una coscienza non appesantita dal tecnicismo formalistico del sistema delle prove legali.

Peraltro, l'*intime conviction* appare talmente radicata nel foro interno della coscienza, nell'inesprimibile e nell'irrazionale, da ricollegarsi idealmente con il tradizionale divieto di motivare in fatto il verdetto dei giurati, proprio per l'impossibilità materiale di formalizzare e rendere esplicita una relazione giustificativa tra prove e risultati dell'accertamento giudiziale. Dunque, secondo tale paradigma, il giudizio sull'imputazione appare per sua intrinseca natura così fortemente radicato nella reazione istintiva delle prove da essere sottratto a

[19] G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Jovene, 1979, p. 9.

qualsiasi razionalizzazione, anche a quella astrattamente attuabile *a posteriori* mediante la motivazione[20].

All'*intime conviction* si oppone, però, una *certezza morale motivata*, la quale richiede che «il giudice dimostri di non essersi lasciato vincere dalla prevenzione e dal sentimento, di non essersi lasciato trascinare dall'impulso e dall'intuito incontrollato; vuole che dimostri in che modo è pervenuto alla certezza e che si possa controllare il processo logico seguito, le prove innestate in questo processo logico, in qual modo queste prove sono state assunte con valore positivo o negativo»[21]. Il dovere di motivazione della sentenza come impegno alla razionalità del giudizio diviene così il (primario) veicolo funzionale a sottrarre l'accertamento del fatto a quella sfera *intima* dell'emozionale e dell'incomunicabile, che nell'esperienza storica del processo penale ha consentito pesanti degenerazioni.

In particolare, attualmente, nell'ordinamento processuale penale italiano, tale processo di legittimazione razionale dell'attività di valutazione della prova attraverso la previsione di un calibrato obbligo di giustificazione della decisione giudiziaria è regolamentato in modo specifico nel codice di rito. In tale *corpus* normativo – anche a seguito dell'interpolazione di cui alla l. 23 giugno 2017, n. 103 – si è *expressis verbis* stabilito, infatti, che l'attività di giudizio debba tradursi nella struttura bifasica della *pars motiva* della sentenza, di modo che, in ordine ad alcuni profili essenziali testualmente previsti (accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all'imputazione e alla loro qualificazione giuridica; punibilità e determinazione della pena *ex* art. 533 comma 2 c.p.p., nonché della misura di sicurezza; responsabilità civile derivante dal reato; accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali) vengano indicate in maniera distinta sia i «motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati», sia le «ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie» (art. 546 comma 1

[20] Sul punto v., in particolare, E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1999, p. 4 s.

[21] R. PANNAIN, *La certezza della prova*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, vol. II, Giuffré, 1960, p. 275.

lett. *e* c.p.p.)[22]; ciò sempre al fine di giustificare appieno l'adesione giudiziale ad un'ipotesi ricostruttiva e, correlativamente, il rifiuto delle ipotesi antagoniste. In tal modo, invero, la certezza morale del giudice viene definitivamente a trasmigrare dal foro interno della coscienza per oggettivarsi nella forma esteriore e tangibile della motivazione della sentenza penale. L'apprezzamento delle prove risulta, in sostanza, inscindibilmente connesso con l'obbligo di motivazione della decisione adottata, così da evitare che il libero convincimento trasmodi in arbitrio e in scelte dettate da opzioni meramente soggettive, che rappresentano la negazione dell'autentica giurisdizione, la cui essenza più pura è quella di costituire una «attività razionalmente fondabile, in quanto ancorata a criteri di ragione precisi e riconoscibili»[23].

Infine, è proprio la dicotomia tra certezza morale *intima* e certezza morale *motivata* che consente di cogliere la profonda differenza che sussiste tra l'*essere provato* e l'*essere considerato provato*. Quest'ultima espressione indica, infatti, un modello di gnoseologia che vincola la prova di una proposizione sui fatti al possesso del mero atteggiamento mentale di *credenza* del giudice riguardo a questa proposizione. In tal modo, si disegna una nozione di prova prettamente soggettiva, la *preuve morale*, in base alla quale "*p è provato*" diventa sinonimo di "*p è creduto e stabilito dal giudice*". In altri termini "*p è provato"* viene ad esprimere un enunciato puramente costitutivo in cui la convinzione psicologica del giudice è la condizione fondamentale e sufficiente della *certezza probatoria*. Invero, qualora lo scopo della prova sia identificato nel realizzare la mera convinzione del giudice sui fatti, questa finalità si potrebbe ritenere soddisfatta indipendentemente dalla direzione che prenda quella convinzione ed a prescindere dal fatto se sia o meno la conclusione che si doveva *ragionevolmente* raggiungere alla luce degli elementi probatori presenti agli atti del processo. La caratteristica peculiare della certezza morale

[22] Al riguardo v., segnatamente, G. DI PAOLO, *L'art. 546 comma 1 lett. e: verso un nuovo modello normativo di motivazione "in fatto" della sentenza penale?*, in G.M. BACCARI - C. BONZANO - K. LA REGINA - E.M. MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, Cedam, 2017, p. 241 s.; F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, 1997, p. 226 s.; M. MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Jovene, 2000, p. 61 s.

[23] A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, X ed., Giuffrè, 2007, p. 210.

intima, che finisce, quindi, per renderla particolarmente inadeguata a dare conto dell'atteggiamento preposizionale proprio dell'accertamento giudiziale dei fatti, è l'assenza di una connessione comunicabile e razionale con il contesto probatorio.

La certezza morale motivata (*id est*, oggettivamente fondata) indica, invece, un modello gnoseologico in cui "*p è provato*" significa che "*nella motivazione vi sono elementi necessari e sufficienti a favore di p*". Secondo tale concezione, "*p è provato*" esprime un enunciato descrittivo in cui la prova di una proposizione sui fatti è legata agli elementi di giudizio disponibili a corroborare l'ipotesi ricostruttiva accolta, mentre la motivazione serve a dar conto della sostanza del convincimento. Qualora accada che il giudice stabilisca che non sussistono gli elementi di giudizio necessari e sufficienti ad accertare *p* come vero e, invece, vi sono, oppure viceversa, viene a manifestarsi una dissociazione tra quello che il giudice «*considera provato*» e quello che, effettivamente, «*è provato*», poiché – diversamente da quanto avviene con le concezioni soggettivistiche o irrazionalistiche della prova – la *certezza probatoria* non dipende soltanto da ciò che il giudice, laico o togato, decide di considerare e dichiarare provato, bensì dal fatto che *materialmente* esistano o meno gli elementi probatori a favore di *p*.

Del resto, in ordine al profilo dinamico della *certezza probatoria*, è bene sottolineare che nel procedimento di formazione del giudizio sul fatto, di fronte all'originaria ignoranza conoscitiva, si prendono le mosse dalla formulazione di un'ipotesi di lavoro e si progredisce tramite susseguenti stati epistemici, come attraverso l'ordinato scorrimento di piani-sequenza successivi. Nella scansione "orizzontale" della progressione della linea del merito, quindi, si formano e sottopongono a verifica convincimenti provvisori sulla verità o falsità di determinati enunciati fattuali alla luce di *epistemic inputs*, i quali determinano variazioni cognitive per "espansione" (mediante l'acquisizione di nuovi dati probatori) o per "contrazione" (attraverso l'elisione di un dato rivelatosi infondato e la conseguente perdita del relativo contenuto informativo), ma che comunque costituiscono sempre un avanzamento nella direzione vettoriale dell'accertamento dei fatti.

dirittifondamentali.it

3. La certezza della colpevolezza.

Affinché il potere giudiziario possa trovare legittimazione agli occhi della collettività, è necessario che le sentenze di condanna siano percepite come *giuste*. Ebbene, proprio tale connotato di giustizia è presidiato, nel nostro ordinamento processuale penale, dal canone del *ragionevole dubbio*. Invero, il legislatore del 2006, codificando la formula decisoria della colpevolezza "oltre ogni ragionevole dubbio", ha inteso esplicitare il principio, già acquisito dalla giurisprudenza, secondo cui *in criminalibus causis* la condanna è possibile soltanto quando sia stata raggiunta la *certezza processuale* della responsabilità dell'imputato[24].

Per di più, ancora prima della codificazione del criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", diverse pronunce di legittimità, come la celebre sentenza "Franzese", non solo non si sono limitate ad affermare apoditticamente che l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio – ossia il manifestarsi del "ragionevole dubbio" – comportano la neutralizzazione dell'accusa e così l'esito assolutorio del giudizio, bensì hanno tentato di delucidare il ragionamento probatorio che deve condurre alla certezza sulla pronuncia di colpevolezza. In particolare, proprio la predetta decisione ha sottolineato come, nel giudizio penale, il procedimento logico-giustificativo debba condurre ad «una conclusione caratterizzata da un 'alto grado di credibilità razionale', quindi alla 'certezza processuale'», di modo che sia «esclusa l'interferenza di decorsi alternativi»[25].

[24] Così Cass., sez. I, 11 maggio 2006, n. 20371, in *C.e.d.*, n. 234111. In verità, in diverse sentenze di legittimità, pronunciate sotto il vigore dell'originaria formulazione dell'art. 533 c.p.p., è possibile riscontrare il richiamo, più o meno esplicito, al canone del "ragionevole dubbio" quale criterio, desumibile dall'art. 530 comma 2 c.p.p., secondo cui in caso di insufficienza o contraddittorietà della prova di colpevolezza l'imputato va assolto (così Cass., sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 22568, in *Riv. pen.*, 2002, p. 671 s.; Cass., sez. IV, 25 settembre 2001, n. 5716, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 737 s.). Addirittura, inoltre, già durante la vigenza del codice di rito abrogato era possibile cogliere l'*idée en germe* di tale regola di giudizio di *favor rei* in alcune rare pronunce della Corte di cassazione (Cass., sez. I, 1° luglio 1987, n. 9859, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1845; Cass., sez. I, 4 maggio 1987, n. 8958, in *Riv. pen.*, 1988, p. 512; Cass., sez. V, 12 dicembre 1975, n. 6868, in *C.e.d.*, n. 133816).

[25] Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3643.

In altre pronunce, in seguito, i giudici di legittimità hanno precisato che la nuova formulazione dell'art. 533 comma 1 c.p.p. impone di pronunciare una condanna quando il dato probatorio acquisito «lascia fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili *in rerum natura*, ma la cui concreta realizzazione nella fattispecie concreta non trova il benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana»[26].

Anche se tali ben articolate posizioni non possono compendiare *tout court* l'intera operatività sistemica del criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", esse hanno comunque l'indiscutibile merito di focalizzare un connotato distintivo di tale istituto: la ricostruzione del fatto in termini di certezza è tale da escludere, non già la più astratta e remota delle possibilità o qualsivoglia verosimiglianza, bensì la prospettabilità di ogni altra ragionevole soluzione. In particolare, affermazioni di tal genere attestano come il criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" rappresenti non la misura soggettiva del convincimento del giudice, bensì la condizione oggettiva di conferma, sulla base delle prove disponibili, dell'ipotesi accusatoria posta a fondamento dell'enunciato di colpevolezza.

Dunque, il principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" viene a permeare l'intero ordinamento processuale e conferisce saliente espressione alle garanzie fondamentali inerenti al giudizio penale, tra le quali, primariamente, la presunzione di innocenza dell'imputato, l'onere della prova a carico dell'accusa, la formula decisoria *in dubio pro reo*, nonché l'obbligo di motivazione e giustificazione razionale della decisione penale. Con la nuova formulazione dell'art. 533 comma 1 c.p.p. il legislatore ha inteso così superare la tradizionale dicotomia tra sistema delle prove legali ed *intime conviction* in favore di un sistema di amministrazione della giustizia penale che concili il libero apprezzamento delle prove con la

[26] Cass., sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, Franzoni, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1840; conf. Cass., sez. I, 26 maggio 2010, n. 19933, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 23; Cass., sez. II, 19 dicembre 2014, n. 2548, in *C.e.d.*, n. 262280; Cass., sez. V, 12 novembre 2018, n. 1282, *ivi*, n. 275299.

razionale prevedibilità del giudizio[27]. In particolare, l'avere codificato la formula euristica dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", quale condizione negativa della pronuncia di condanna dell'imputato, significa adottare la *vis* argomentativa del dubbio come strumento cognitivo comunicabile di valutazione critica delle prove e delle ipotesi antagoniste sul fatto[28].

In tale prospettiva, la "ragionevolezza" si fa "misura di tutte le cose", mentre il giudizio penale – cessando definitivamente di costituire il solipsismo dell'organo giudicante – diviene appieno una contesa dialettica tra le parti processuali avanti ad un giudice terzo (*actus trium personarum*), in cui attraverso il rigoroso esercizio di un'epistemologia falsificazionista si sottopone l'ipotesi accusatoria a plurimi e sistematici tentativi di confutazione, di modo da poterne vagliare la coerenza logica e l'effettiva compatibilità con i dati probatori.

Invero, attraverso il canone dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", quale criterio di verifica giudiziale, il principio epistemologico del contraddittorio viene a permeare non solo l'attività probatoria ed argomentativa delle parti, ma anche l'opera di cognizione e giustificazione razionale compiuta dal giudice[29]. Invero, solo

---

[27] In tal senso, la codificazione del criterio del "ragionevole dubbio" serve a scongiurare l'alea che il principio del libero convincimento da «tipico contrassegno del processo accusatorio» (M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 32) si trasformi in un «grimaldello in mano al giudice» (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit. p. 588), connotato da sostanziale arbitrarietà.

[28] Al riguardo, i giudici di legittimità hanno sostenuto che la regola "dell'al di là di ogni ragionevole dubbio", introdotta dalla legge n. 46 del 2006, «impone al giudice un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria secondo il criterio del "dubbio" […], in maniera da scongiurare la sussistenza di dubbi interni (l'autocontraddittorietà o la sua incapacità esplicativa) o esterni alla stessa (l'esistenza di una ipotesi alternativa dotata di razionalità e plausibilità pratica)» (Cass., sez. I, 24 ottobre 2011, n. 41110, in *C.e.d.*, n. 251507; conf. Cass., sez. V, 12 dicembre 2015, n. 25799, Stasi, in *Dir. pen. contemp.*, 2016, p. 110; Cass., sez. III, 21 gennaio 2021, n. 5602, in *C.e.d.*, n. 281647).

[29] In tale prospettiva, il principio epistemologico del contraddittorio assume una valenza generale, riguardante «non soltanto la situazione dei portatori degli interessi in conflitto, ma anche l'assetto della giurisdizione, collegandosi alla necessaria presenza di un organo giudicante indipendente e imparziale che controlli il corretto esercizio dei poteri delle parti e assuma le proprie determinazioni dopo aver ascoltato la loro opinione su ciascuna questione di cui è investito» (G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, II ed., R. Cortina, 2009, p. 50). Esso viene, quindi, a tradursi in «strumento di stimolo all'approfondita indagine di ogni soluzione avanzata, sollecitando l'attenzione e la disponibilità dell'organo giudicante verso l'accertamento di ogni alternativa potenzialmente riduttiva della plausibilità dell'impostazione originaria del pubblico ministero accusatore» (A. GAITO, *Il procedimento*

sciogliendo i nodi del confronto dialettico sviluppatosi – sia sulle ricostruzioni antagoniste sia sulle prove – nel corso del giudizio di merito, si realizza un serio controllo sulle possibili ricostruzioni alternative del fatto in grado di condurre ad escludere che permanga un margine di "ragionevole dubbio" sulla colpevolezza dell'imputato.

In particolare, il criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" impedisce al giudice di condannare tutte le volte in cui sussista uno spazio di incertezza fondato sull'inadeguatezza dell'ipotesi accusatoria (allorché, cioè, le prove di colpevolezza non coprono tutti gli elementi costitutivi dell'illecito penale o comunque risultano inficiate da controprove di equipollente attitudine dimostrativa) o sulla presenza di un'ipotesi alternativa (accreditata su concreti dati probatori) che non è stata neutralizzata sul piano della sua valenza esplicativa.

Non è, infatti, sufficiente che l'ipotesi accusatoria si dimostri meramente più probabile o più verosimile, oppure semplicemente preferibile rispetto a quella della difesa, perché magari si accorda meglio con i fatti rilevanti per affermare la colpevolezza. Invero, la condanna dell'imputato è negata nei casi di semplice prevalenza dell'ipotesi accusatoria, quale che sia il margine di vantaggio, dovendo imporsi su ogni altra probabile ricostruzione fattuale in termini assolutamente categorici, alla stregua, insomma, di una sorta di incontrastata supremazia logica sulle ipotesi antagoniste di spiegazione della vicenda *sub iudice*[30]. In tal modo, quindi, l'onere probatorio in capo al p.m. si estende anche alla necessità di confutare le spiegazioni antagoniste, pur se sfornite di prova piena; a carico della difesa, invece, si pone solo l'onere probatorio di evidenziare l'esistenza di

probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee), in ID. (trattato diretto da), *La prova penale*, vol. I, Utet, 2008, p. 102).

[30] In tal senso, i giudici di legittimità sostengono: «la regola dell'oltre il ragionevole dubbio ha messo definitivamente in crisi quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in presenza di più ipotesi ricostruttive del fatto, era consentito al giudice di merito di adottarne una che conduceva alla condanna sol perché la riteneva più probabile rispetto alle altre. Ciò non sarà più consentito perché, per pervenire alla condanna, il giudice non solo deve ritenere non probabile l'eventuale diversa ricostruzione del fatto che conduce all'assoluzione dell'imputato ma deve altresì ritenere che il dubbio su questa ipotesi alternativa non sia ragionevole (deve cioè trattarsi di ipotesi non plausibile o comunque priva di qualsiasi conferma)» (Cass., sez. IV, 12 novembre 2009, n. 48320, in *C.e.d.*, n. 245879; Cass., sez. V, 19 febbraio 2014, n. 18999, *ivi*, n. 260409).

alternative plausibili a quella proposta e pur comprovata dall'accusa, al fine di suscitare il "dubbio ragionevole" che i fatti possano anche essersi svolti in altro modo, e minare, di conseguenza, la razionale sussistenza di una convinzione esclusiva ed univoca sulla tesi accusatoria[31].

Pertanto, la chiave ricostruttiva del concetto di "dubbio ragionevole", lungi dal postulare la necessità della fissazione di uno statico e astratto standard probatorio, si fonda sull'individuazione di un percorso metodologico – atto a fornire di contenuto prescrittivo le modalità di formazione del convincimento del giudicante – da perseguire concretamente per addivenire a quella soglia di *certezza della colpevolezza* necessaria a giustificare la condanna dell'imputato.

4. La certezza del giudicato.

L'esigenza di certezza non può che costituire il cardine della funzione giurisdizionale e, soprattutto, la connotazione tipica e distintiva dell'atto processuale che ne rappresenta la sintesi, *id est* il giudicato.

Invero, se l'ordinamento giuridico non ponesse un limite chiaro e definito al potere d'impugnazione delle parti, si assisterebbe ad una indeterminata ed eccessiva possibilità di reiterazione di sentenze *de eadem re*, con grave pregiudizio alla

[31] Al riguardo, la Corte di cassazione ha affermato che il "dubbio ragionevole" deve fondarsi «su elementi di fatto che rendano possibile una alternativa lettura della valenza probatoria dei medesimi elementi di fatto utilizzati per le ricostruzioni, privando di convincente univocità l'altra lettura» (Cass., Sez. VI, 4 aprile 2013, n. 19749, in *Dir. e giustizia*, 2013). Di contro, la Suprema Corte ha sottolineato che l'omessa prospettazione da parte dell'imputato di una ricostruzione alternativa e plausibile dai fatti in addebito, pur non potendo essere valutata come prova a carico, ben può essere valorizzata dal giudice come argomento di supporto della assenza di ipotesi suscettibili di minare il giudizio di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio già espresso sulla base delle prove acquisite (Cass. sez. VI, 12 novembre 2019, n. 50542, in *C.e.d.*, n. 277682). D'altra parte, i giudici di legittimità hanno, altresì, ribadito come la condanna "al là di ogni ragionevole dubbio" implichi, in caso di prospettazione di un'alternativa ricostruzione dei fatti, «che siano individuati gli elementi di conferma dell'ipotesi ricostruttiva accolta, in modo da far risultare la non razionalità del dubbio derivante dalla stessa ipotesi alternativa» (Cass., sez. II, 10 dicembre 2013, n. 1405, in *Dir. e giustizia*, 2013; Cass., Sez. V, 21 febbraio 2014, n. 16397, *ivi*, 2014; Cass., sez. VI, 5 dicembre 2018, n. 10093, in *C.e.d.*, n. 275290).

sicurezza dei diritti ed alla stabilità delle situazioni giuridiche pregresse, ossia con irreparabile nocumento alla *certezza del diritto*[32]. Nella prospettiva delineata, nasce così la piena consapevolezza che, allorché ogni causa sia *ad infinitum* giudicabile, qualsivoglia «criminale questione»[33] diventi un focolaio inestinguibile d'insicurezze e discordie, una fonte di tensioni imperiture che nessun corpo sociale può tollerare[34].

Sorge in tal modo l'esigenza politica di porre un argine sicuro alla travolgente istanza euristica di un'indefinita riapertura dei processi penali, un limite certo in quel momento delle vicende processuali in cui è probabile che oramai si sia fatto abbastanza per accertare la realtà dei fatti, di modo che, se ancora non si è acclarata, neppure è dato confidare in un migliore esito di esami e riesami ulteriori[35]. A tal fine, quindi, l'interna fisiologia del processo penale conduce progressivamente gli atti, che costituiscono e cadenzano il suo *iter* ordinario, verso la "ipostatizzazione" di un provvedimento giudiziale definitivo ed irrevocabile, la cui irrefragabilità rappresenta, da secoli, uno dei cardini della nostra civiltà giuridica.

---

[32] In proposito, V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed., vol. IV, Utet, 1972, p. 574, afferma chiaramente: «scopo del processo è di ottenere *finem controversiarum pronunciatione iudicis*, di giungere cioè ad uno stabile assetto giuridico della materia oggetto dell'azione giudiziaria. Ciò avviene mediante la pronuncia d'un apposito organo dello Stato, nella quale il giudice, ponendo fine alla controversia, applica la legge al caso concreto, ossia regola questo secondo l'ordine giuridico dello Stato, e però dichiara il diritto nel caso deciso. Se fosse lecito ritornare in ogni tempo sopra questa dichiarazione, per tentare di farla modificare o revocare, è manifesto che il predetto scopo dei giudizi non potrebbe conseguirsi, e l'incertezza regnerebbe là dove è invece necessaria la certezza e la immutabilità». Sul punto v., inoltre, A. LEVI, *La certezza del diritto in rapporto con il concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. I, Cedam, 1950, p. 86 s.; F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, 1968, p. 123 s.; ART. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale,* in *Opere giuridiche*, vol. II, Società editrice del «Foro italiano», 1932, p. 240 s.

[33] G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, II ed., t. I, Viarchi, 1840, p. 584.

[34] Così Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, in *C.e.d*., n. 260696; conf. Cass., sez. III, 16 gennaio 2020, n. 10407, in *C.e.d*., n. 278541; Cass., sez. III, 8 gennaio 2019, n. 18016, *ivi*, n. 276080; Cass., sez. VI, 14 settembre 2017, n. 1751, *ivi*, n. 271966.

[35] In ordine a tale profilo cfr., in particolare, E. AMODIO, *Riformare le impugnazioni dopo il ripristino di un primo grado deflazionato e garantito*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3620 s.; T. PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione. Appello dell'imputato, appello del p.m., principio del contraddittorio*, in *Cass. pen*., 2003, p. 4023 s.; G. SPANGHER, *Rito accusatorio: per una nuova riforma del sistema delle impugnazioni penali*, in S. MANNUZZU - R. SESTINI (a cura di), *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, in *Dem. e dir*., 1992 (1), Suppl., p. 235 s.

In tal senso, la giustificazione giuridica del giudicato penale va, quindi, ricercata in una ragione politica, in una "*aliqua utilitas*" e non in una ragione logica, in un "*tenor rationis*"[36]. In particolare, il fondamento giuridico dell'intangibilità del giudicato finisce col coincidere esattamente con il suo fondamento politico, perché non esiste una radice autenticamente ontologica di questo istituto, trattandosi solo di «un problema di convenienza politica»[37].

Ripudiando, pertanto, qualsiasi idealizzazione "mitica" e riportando, piuttosto, il giudicato penale ad una dimensione più consona alla sua funzione eminentemente pratica, è possibile individuare un duplice fondamento all'incontrovertibilità del *dictum*: l'autorità dello Stato e la sicurezza giuridica instaurata con la decisione irrevocabile, due aspetti connaturali di un unico fenomeno, l'irrefragabilità del giudicato penale come «espressione della certezza del diritto nel caso concreto realizzata mediante il potere giurisdizionale»[38].

In particolare, sotto il primo profilo, il giudicato penale garantisce l'esigenza «che la voce del potere e dello Stato che giudica abbia una forza notevole, che non diventi l'autorità giudiziaria un trastullo delle parti contendenti, e non sia ridotta all'ufficio di dar pareri meramente consultivi»[39].

Sotto il secondo aspetto, invece, il giudicato penale garantisce «l'esigenza della fissità del diritto, ovvero la necessità della permanenza di quello stato di pace che la decisione ha voluto instaurare mediante la composizione degli interessi in conflitto»[40]. Stato di pace, beninteso, non soltanto tra persona offesa ed imputato, ma anche, e principalmente, tra società ed imputato: «in sostanza il giudicato penale placa la aspettativa della società nei confronti di una *notitia criminis*; e placa l'aspettativa di giustizia dei soggetti del reato e di quegli altri individui sui quali il

[36] Già E. FERRI, *Sociologia criminale*, UTET, 1930, p. 320, aveva deriso in maniera icastica la "presunzione di verità" del giudicato penale, affermando con un paradosso che «*res iudicata pro errore habetur*». In tal senso, anche G. SOTGIU, *La revisione dei giudicati penali*, Istituto edizioni moderne, 1934, p. 12, aveva osservato che «l'istituto della cosa giudicata riposa su ragioni pratiche di politica criminale di una evidenza ed importanza decisive».

[37] G. LEONE, *Il mito del giudicato,* in *Riv. proc. pen*., 1956, p. 173.

[38] G. LEONE, *Il mito del giudicato,* cit., p. 177.

[39] N. COVIELLO, *De' giudicati di stato*, in *Arch. Giur*., 1891, p. 175.

[40] E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Giuffrè, 1935, p. 33.

reato incide direttamente (danneggiati dal reato, ristretta cerchia di coloro sui quali più intensamente può riflettersi l'emozione del reato)»[41].

Si profila, pertanto, un punto di incontro tra diritto sostanziale e diritto processuale. L'immutabilità del giudicato penale viene a costituire, infatti, uno strumento che attiene alla stessa efficacia politica della legge penale, perché ogni insicurezza sulla definitività dell'accertamento del reato provoca sfiducia nella funzione statale della persecuzione del reato, sostitutiva della vendetta privata e satisfattoria del senso di giustizia della società.

Dunque, è possibile affermare che l'irrefragabilità del giudicato penale, il suo *irrevocabile robur*, poggia su una saldissima base, su un principio generale dell'ordinamento giuridico, che affonda le sue radici in una profonda esigenza di matrice politica: assicurare e salvaguardare la certezza del diritto. La *firmitas iudicati*, quindi, non si fonda sotto il profilo giuridico su una *fictio iuris* di verità, oppure su una *praesumptio iuris et de iure*, o anche solo *iuris tantum*, di verità materiale, piuttosto si sostanzia in un dato essenzialmente pragmatico ma che possiede una incomprimibile rilevanza logica, ossia nel valore della *certezza giudiziaria*, la certezza del diritto che segna il raggiungimento della verità processuale attraverso l'esercizio della giurisdizione.

Poiché la *firmitas* del giudicato cristallizza una verità formale, occorre, però, essere pienamente consapevoli dei suoi intrinseci ed ineliminabili limiti euristici. La *certezza del giudicato* «non è […] assoluta, né di fatto, ma legale» e «giunge fino all'estremo limite delle possibilità effettive e della volontà umana»[42]. È necessario, quindi, respingere ogni idealizzazione fideistica dell'incontrovertibilità del *dictum*. Essa, infatti, costituisce uno dei pilastri fondamentali della funzione giurisdizionale, la quale altrimenti rischierebbe di fallire al suo scopo. Tuttavia, l'immutabilità del giudicato penale «va depurata da tutti quegli elementi parossistici e irrazionali che hanno trasformato questo che doveva essere un istituto

[41] G. LEONE, *Il mito del giudicato,* cit., p. 180.

[42] F. ORESTANO, *Filosofia del diritto*, Bocca, 1941, p. 62.

di salvaguardia della sicurezza giuridica in una specie di castello turrito, tetragono ad ogni aspirazione di giustizia»[43].

La *firmitas iudicati* sancisce, infatti, un dato cognitivo terminale, connesso ad un accertamento giudiziale del disvalore ordinamentale della condotta, che è incontrovertibile, ma non in senso assoluto e trascendente. In altri termini, l'irrefragabilità del giudicato penale «riposa sulla ineccepibilità della conoscenza acquisita attraverso il processo»; essa, però, viene meno «allorché sopraggiunga il convincimento che quella conoscenza si sia prodotta sulla base di fallaci percezioni da parte del giudice, ponendo così in crisi la situazione di certezza che il giudicato avrebbe dovuto garantire e determinando, di conseguenza, la necessità di una successiva acquisizione di conoscenza»[44]. Di conseguenza, quando si tratta di accertare l'ingiustizia di una sentenza irrevocabile non già mediante una mera rivalutazione dello stesso materiale cognitivo esaminato nei gradi di giudizio dell'*iter* processuale ordinario, bensì alla luce di nuovi elementi, cioè del *novum*, l'errore non può «restare affogato nel mito del giudicato»[45].

Ebbene, in un ordinamento giuridico fedele ad un cieco e ferreo dogma di intangibilità del giudicato, la prospettiva falsificazionista è praticabile solo finché il processo penale sia nel fluire del suo *cursus* ordinario, arrestandosi così definitivamente allorché venga a maturarsi la decisione irrevocabile. Tuttavia, in una configurazione del sistema processuale dove la *firmitas* del giudicato penale esprime sì un dato certo, definitivo e tendenzialmente intangibile, ma nel quale è dato ampio riconoscimento alla salvaguardia dei diritti e delle libertà individuali attribuendo valore all'insorgenza di nuovi elementi atti a dimostrare l'ingiustizia della sentenza, è lecito consentire che, attraverso un giudizio straordinario, «la fatidica obiezione n¹ – mai mossa prima e idonea, infine, a falsificare l'ipotesi di lavoro – possa maturarsi anche oltre la frontiera del giudicato, rendendo, così, socialmente inaccettabile l'esteriore sigillo di irrevocabilità già apposto alla

[43] G. LEONE, *Il mito del giudicato,* cit., p. 197.

[44] G. TRANCHINA, *L'esecuzione*, in D. SIRACUSANO - A. GALATI - G. TRANCHINA - E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, 2006, p. 602.

[45] G. LEONE, *Il mito del giudicato,* loc. ult cit.

pronuncia»[46]. Da ciò è facile, quindi, dedurre come l'impugnazione straordinaria *ex* art. 630 c.p.p. non sia tanto un mezzo di rimozione del giudicato al fine di accertare l'esistenza di un errore giudiziario, bensì uno strumento giuridico volto, direttamente e principalmente, a sostituire una nuova *certezza giuridica* alla precedente che stava a base del giudicato, quando quest'ultima si è già dissolta a causa del palesarsi di una grave ingiustizia[47].

Dunque, un istituto come quello del giudicato penale non deve mai degenerare in una «paurosa preclusione alla luce della verità e della giustizia»[48]. In particolare, il principio dell'intangibilità del giudicato deve dirigersi verso una sempre maggiore "flessibilizzazione", soprattutto in forza della tendenziale preminenza da accordare alle meritorie istanze euristiche, ma anche in ragione della – più recente – prevalenza riconosciuta, sia dalle corti nazionali che sovranazionali, ai valori e ai diritti fondamentali riguardanti la persona coinvolta in un processo penale[49]. Proprio in tal senso, infatti, a seguito della celebre declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. – nella parte in cui non prevedeva «un diverso caso di revisione» al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei

[46] G. DI CHIARA, *Ragionevolezza e processo penale. Un'indagine attraverso i paradigmi dell'elaborazione della prova in contraddittorio*, in P. CERAMI - G. DI CHIARA - M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Giappichelli, 2003, p. 242.

[47] In ordine a tale profilo dell'istituto della revisione cfr., in particolare, S. ASTARITA, voce *Revisione*, in *Dig. pen*., Agg. III, t. II, 2005, p. 1364 s.; F. CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, II ed., Giappichelli, 2012, p. 23 s.; A. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Cedam, 1995, p. 29 s.; G. SPANGHER, voce *Revisione,* in *Dig. pen*., vol. XII, 1997, p. 131 s.

[48] G. LEONE, *Il mito del giudicato,* cit., p. 198.

[49] In tal senso, in ordine al profilo delle garanzie del processo penale, le Sezioni Unite, richiamandosi proprio alle decisioni della giurisprudenza europea *in subiecta materia*, hanno espressamente affermato che «il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona» (Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, in *C.e.d*., n. 258649). Anche i giudici della Consulta hanno riconosciuto che l'intangibilità del giudicato, attraverso cui «si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici […], conosce ipotesi di flessione […] nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato» (Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210, in *Giur. cost*., 2013, p. 2915).

diritti dell'uomo[50] – la revisione è stata chiamata ad una nuova e ulteriore missione "salvifica", che travalica i confini della sua connotazione tradizionale. Tale impugnazione straordinaria non è più esclusivamente funzionale a rescindere il giudicato penale travolto dalla falsificazione per opera di una realtà emergente, bensì mira a porre rimedio alle lesioni dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e segnatamente alle violazioni delle garanzie in materia di *fairness* processuale[51]. Le prospettive sono, quindi, assai diverse, giacché la *giustizia sostanziale* è legata all'accettabilità del risultato del processo, mentre la *fairness* è vincolata all'accettabilità del processo in sé. Da ultimo, poi, in una prospettiva ancor più ampia e incisiva, nella l. 27 settembre 2021, n. 134 (recante "*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*") si è previsto di «introdurre un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio» (art. 1, n. 13, lett. *o*).

In ogni caso, però, non si tratta di perseguire *sic et simpliciter* una forma di *pure procedural justice*, in cui la giustizia di un esito dipende esclusivamente dall'appropriata applicazione di una procedura «equa o corretta»[52], bensì di corroborare l'idea che il miglior modo di perseguire la giustizia sostanziale è assicurare lo svolgimento di un "equo processo"[53].

---

[50] Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, in *Guida al diritto*, 2011 (17), p. 42.

[51] Sul punto cfr. R.M. GERACI, *L'impugnativa straordinaria per la violazione della Cedu accertata a Strasburgo: le ipotesi, le procedure, gli effetti*, in P. CORVI (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Giappichelli, 2016, p. 69 s.; M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3313; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1557 s.

[52] J. RAWLS, *A theory of justice*, (1971), trad. it., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, 2008, p. 99.

[53] Per ricostruire i caratteri essenziali della nozione di "equo processo", quale formula di sintesi di strutture, regole e valori di un paradigma giurisdizionale cfr., in particolare, P. CERAMI, «Aequum iudicium» *e «giusto processo». Prospettive romane e moderne*, in P. CERAMI - G. DI CHIARA - M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, cit., p. 3 s.; C. CONTI, voce *Giusto processo b) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, Agg. V, 2001, p. 633 s.; V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*.

dirittifondamentali.it

In estrema sintesi, pertanto, anche quale rifrazione doverosa del diritto al "giusto processo" nella fase *post rem iudicatam*, occorre, allora, potere consentire, senza indugi, la verifica straordinaria del *dictum* penale, quando esigenze di *giustizia*, normativamente qualificate, rendano doverosa la rimozione della sentenza irrevocabile[54]. Si deve, però, al contempo tenere ben presente che la certezza del diritto è già essa stessa giustizia, o almeno (*rectius*) parte della giustizia, in quanto la sicurezza dei diritti e l'eliminazione delle antinomie, produttive di liti e contrasti, sono già *in re ipsa* vere e proprie realizzazioni di giustizia.

5. Conclusione.

Alla luce delle considerazioni espresse, emerge l'autentica rilevanza, nonché l'articolata operatività, del valore della *certezza giuridica* in ordine all'intera e complessa estrinsecazione dell'ordinaria cognizione giudiziale in materia penale.

Non si può dubitare che, nell'ambito del diritto, la certezza è suscettibile di graduazione intensiva e di facili distinzioni. Inoltre, essa esprime un concetto intrinsecamente relativo, legato, com'è, da un nesso indissolubile all'oggetto ed ai mezzi di conoscenza.

Se, sotto il profilo intrinseco, la *certezza probatoria* implica necessariamente una "scelta" (dalla radice del verbo latino *cernere*) e, quindi, un'assunzione di responsabilità, che, nel nostro ordinamento, si concretizza anzitutto nell'obbligo di motivazione della sentenza (*certezza morale motivata*), tale *giudicare*, più che come un mero *decidere*, si configura come un *accertare*, ossia un conoscere e rendere conoscibile l'*universale* (verità) nel *singolare* (verosimile)[55].

Itinerari e prospettive, Giuffrè, 2000, *passim*; G. UBERTIS, voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, t. I, 2008, p. 419 s.

[54] Sul punto v. B. ALIMENA, *La revisione*, in *Studi di procedura penale*, F.lli Bocca, 1906, p. 429 s.; F. CALLARI, *La* firmitas *del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè, 2009, p. 40 s.; A. GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta,* in AA. VV., *Le impugnazioni penali*, trattato diretto da A. GAITO, vol. I, UTET, 1998, p. 1 s.

[55] In tale prospettiva, però, è bene sottolineare che il "verosimile" non è *apparenza* o *illusione* (ingannatrice) di verità, bensì *manifestazione* di quest'ultima, ossia «il vero stesso che assomiglia

Nel fluire del procedimento giudiziale penale, quindi, la certezza in senso *soggettivo*, come convinzione della verità di un asserto, tende a trasfigurarsi nella certezza in senso *oggettivo*, quale attitudine di un asserto a garantire la corrispondenza con la verità. Tuttavia, la certezza intesa come dimostrazione conclusiva ed assoluta della verità di un'ipotesi non inerisce alla conoscenza fattuale.

La *certezza giuridica* di fronte ad un caso concreto, quale esigenza di carattere generale potrebbe *in abstracto* prevalere facilmente sull'esigenza di *giustizia*, qualora questa sia riferita soltanto ad un interesse singolo e particolare, ma, in uno stato democratico, tale istanza euristica assume decisamente il connotato di interesse pubblico preminente. La democrazia, infatti, il regime della più ampia salvaguardia della dignità umana, non può tollerare che, in situazioni strettamente inerenti all'esistenza dell'uomo, una esigenza politica, una esigenza cioè afferente alla organizzazione della società, possa schiacciare ed annichilire una vitale istanza di giustizia, che tocca interessi e diritti fondamentali della persona.

Dunque, l'accettazione dei limiti e della fallibilità delle attività umane, così come il più disincantato relativismo gnoseologico, non deve mai «risolversi nella pregiudiziale sfiducia nel processo, ma deve trovare proprio nell'affidamento ad esso la chiave per impedire che l'errore si appropri irrimediabilmente della verità non dando spazio alle istanze di giustizia che solo il processo può soddisfare»[56]. Piuttosto, affinché il diritto non smarrisca la «sua connaturale vocazione per la certezza, e non la smarrisca nel momento cruciale del suo operare, cioè quando trasmigra dal campo astratto delle prescrizioni teoriche a quello concreto della sua

a se stesso» (A. ZADRO, *Verità e persuasione nella retorica classica e nella retorica moderna*, in *Verifiche*, 1983, p. 40). In altri termini, il concetto di "verosimile" comporta senza dubbio il riferimento ad un *qualcos'altro*; tuttavia, «tale rinvio non è quello che deriva dallo scarto fra un qualche modello e la sua imitazione, non è il prodotto di una insufficienza, ma è piuttosto espressione di una compiutezza, cioè di una forma di organizzazione che è in grado di raccogliere in sé i caratteri propri di ciò che organizza e che, quindi, non abbisogna di nulla di più per renderlo intelligibile in quel contesto» (S. FUSELLI, *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, Franco Angeli, 2008, p. 105).

[56] G. SANTALUCIA, *Errore*, in L. PEPINO (a cura di), *Giustizia. La parola ai magistrati*, Laterza, 2010, p. 23.

applicazione effettiva»[57], è necessario volgere ogni sforzo concreto a rendere il processo penale uno strumento sempre più affinato di giustizia, «che è l'ansia dell'uomo e deve essere la grande ispirazione di uno Stato democratico»[58].

dirittifondamentali.it

[57] G. TRANCHINA, *La politica della giustizia tra certezza del diritto e indipendenza della giurisdizione*, in R. CERAMI (a cura di), *Certezza del diritto e imparzialità del giudice, Atti del convegno organizzato dal "Centro siciliano di studi sulla giustizia", 23 e 24 marzo 2007*, Giappichelli, 2007, p. 22.
[58] G. LEONE, *Il mito del giudicato,* cit., p. 198.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 14 marzo 2022

Le Case della Comunità e il rapporto tra città e salute

di
Filippo Pizzolato*

Sommario: 1. Salute e città dilatate. 2. Salute ed autonomie territoriali, il contesto costituzionale e l'attuazione. 3. Le Case della Comunità, un nuovo rilancio? 4. Prospettive e problematiche attuative.

1. Salute e città dilatate

L'ampliamento della nozione di salute è ricondotto comunemente alla ormai risalente definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, per la quale la salute è «uno stato di totale benessere fisico, mentale e sociale», e non semplicemente «assenza di malattie o infermità»[1]. Su queste basi, la salute è concettualmente distinguibile dalla sanità, che è un sistema organizzato attorno alla prevenzione, cura e riabilitazione degli stati morbosi. La sanità insomma riguarda una parte della tutela della salute, quella interessata da trattamenti di tipo medico.

È evidente come l'allargamento insito nel concetto di salute vada a toccare un'idea di ben-vivere che incrocia la politicità nel suo complesso – e non un settore – e perfino la qualità delle relazioni sociali. All'interno di questa accezione, la qualità della vita e, in particolare, della vita urbana diventa una questione rilevante anche

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Padova.

[1] Analoghi, e ancora più accentuati, elementi in tal senso nella *Ottawa Charter for Health Promotion* del 1986.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

dal punto di vista della salute[2]. È stato recentemente usato, al riguardo, un termine piuttosto eloquente, quello di «precursori della salute» o, in modo ancora più deciso, di «determinanti sociali»[3]: «ricerche, riflessioni e indirizzi a livello internazionale vanno infatti tutti nella stessa direzione, mostrando la rilevanza, per una crescita di salute, che questa sia inserita in *tutte le politiche* (OMS, 2013). La salute di un individuo si collega e sviluppa soprattutto grazie a contesti che possono essere *salutogenici* o, al contrario, *patogenici*. (…) Non si tratta solo di eliminare (opera comunque importante e rilevante) fattori negativi come inquinamento, barriere ad una mobilità sostenibile, ma di ricercare anche fattori che possano influire positivamente su quei "precursori di salute" la cui rilevanza è forse meno evidente, ma, alla prova dei numeri sembra essere fondamentale»[4].

La stessa Organizzazione Mondiale della Sanità ha in effetti, coerentemente con queste premesse, provato ad ingaggiare le città nella promozione di stili di vita salutari e sostenibili. Essa ha promosso la costituzione e poi governato il funzionamento della rete delle cosiddette Città sane. *Healthy Cities* è il nome del network mondiale attivato su iniziativa progettuale dell'OMS, nel contesto del programma *Health for All in the 21st Century* (1998). L'obiettivo dell'iniziativa è quello di supportare la promozione della concezione e della consapevolezza della salute pubblica, sviluppando e premiando politiche locali e programmi sanitari che consentano di prevenire e limitare le minacce ed i rischi per la salute medesima. Nel contesto di questa rete, l'organizzazione internazionale può entrare in rapporto

[2] G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Maggioli, Sant'Arcangelo di R.na 2019, pp. 118-119, richiama la rilevanza per gli obiettivi di salute così intesi delle politiche in materia di urbanistica, ambiente, trasporti, educazione sanitaria e, quale esempio di potestà regolamentare degli enti locali rilevante, i regolamenti di igiene comunale; sul tema, v. anche il Rapporto IFEL, ANCI, Federsanità, *Sanità e territorio. I servizi socio-sanitari dei Comuni italiani*, 2021, consultabile nel sito *www.fondazioneifel.it*, p. 20.

[3] La definizione viene, ancora una volta, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità. Si v. il rapporto, significativo fin dal titolo, del WORLD ECONOMIC FORUM, *Time to Act: Investing in Addressing Social Determinants to Improve Health*, October 2021. In dottrina: v. L. BUSATTA, *Partecipazione, inclusione e* interoperability*: l'ottimizzazione dei servizi alla persona nella* smart city *sostenibile*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Mimesis, Milano-Udine 2021, p. 592 ss..

[4] S. CAMPOSTRINI, *Un mondo in rapido cambiamento: alcuni elementi di scenario con cui i comuni italiani devono confrontarsi. I numeri del cambiamento*, in M. DEGNI (a cura di), *Rapporto Ca' Foscari sui comuni 2021 La risposta dei comuni alla crisi pandemica*, Castelvecchi, Roma 2021, p. 262.

con le amministrazioni locali, cercando di orientare, attraverso uno stile partecipativo che coinvolge enti locali e cittadini, quelle scelte amministrative che influiscono sulla qualità e sostenibilità della vita e, per questa via mediata, sulla salute delle persone.

La salute è in questo modo sempre più un intreccio (almeno) socio-sanitario[5]. A questa consapevolezza teorica, ormai acquisita, non seguono però, a livello nazionale, complessive soluzioni organizzative coerenti.

Parallelamente, si allarga anche la considerazione della città, non ridotta alla dimensione istituzionale del Comune, ma vista piuttosto come spazio socio-economico e politico unitario[6]. Di riflesso, la cittadinanza stessa non è appartenenza conchiusa e identitaria, ma abbraccia posizioni soggettive diverse, i cui interessi talora semplicemente incrociano o attraversano la città stessa. Il *diritto della città* è un ambito, ormai sviluppato, di riflessione giuridica che è irriducibile al più tradizionale diritto degli enti locali[7]. A favorire questa estensione, oltre alla crescita impetuosa della realtà urbana, è la crisi della statualità, la cui affermazione storicamente era avvenuta a discapito delle autonomie comunali e la cui capacità di governare i processi urbani appare ridotta.

Non si deve però pensare che una tale prospettiva evolutiva, anche di analisi e studio, porti automaticamente a riconoscere un protagonismo alle città sulla scena politica e su quella, qui affrontata, sanitaria. Anzi, l'esito potrebbe essere perfino l'opposto. La città rischia infatti di essere scenario in cui avvengono le trasformazioni, anziché la soggettività autoriflessiva che le progetta. Il diritto *della* città non equivale a un diritto *alla* città che pure vi è ricompreso.

dirittifondamentali.it

---

[5] E. ROSSI, *Le "Case della comunità" del PNRR: alcune considerazioni su un'innovazione che merita di essere valorizzata*, in *Corti supreme e salute*, 2/2021, p. 362.

[6] A seguire la definizione proposta da E. ARBAN, *Constitutional Law, Federalism and the City as a Unique Socio-economic and Political Space*, in *European Yearbook of Constitutional Law* 2020. *The City in Constitutional Law*, Springer, Berlin 2021, pp. 326-332.

[7] F. GIGLIONI, *Verso un diritto delle città. Le città oltre il comune*, in E. CARLONI-F. CORTESE, *Diritto delle autonomie territoriali*, Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 267 ss.; F. CORTESE, *Il nuovo diritto delle città: alla ricerca di un legittimo spazio operativo*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, Mimesis, Milano-Udine 2020, p. 82. Seminale il contributo di J.B. AUBY, *Droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, Paris 2016.

Possiamo dire che la *smart city* sia il concetto dilatato di città che della città fisica non ha più molto. Esso investe anche la salute, con il ruolo trainante delle tecnologie[8]. L'*e-Health*, secondo una narrazione un po' trionfalistica, muta anche il concetto di paziente, che «non può più considerarsi un paziente che segue passivamente le indicazioni del medico, ma è sempre più un paziente informato sul proprio stato di salute, sul proprio stile di vita, sulle proprie abitudini alimentari, etc. È un paziente che spesso utilizza dispositivi "wearable" per monitorare alcuni dei suoi parametri vitali, che poi registra e conserva (attraverso applicazioni per smartphone o personal computer)»[9].

2. Salute ed autonomie territoriali, il contesto costituzionale e l'attuazione

Già la Costituzione promuove l'incontro tra cura della salute ed autonomie (territoriali e sociali). Questo legame non è ricostruibile solo a partire dalle vicende del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, ma, prima ancora, come riflesso del principio personalistico che sovrintende all'intero impianto costituzionale. È infatti a partire dalla visione della *persona*, come essere situato, che si ricava un criterio di natura organizzativa, e cioè la necessità costituzionale che i servizi alla persona, appunto, siano riconosciuti ed "erogati" in un contesto che rispetti il pluralismo delle concezioni e delle condizioni etico-sociali del beneficiario[10]. Il pluralismo è un corollario del personalismo e, in contesto di salute,

[8] Si v., ad esempio, M. TOMASI, *Il volto umano della salute digitale nelle città intelligenti*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, cit., p. 519 ss..

[9] F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, Paper della Fondazione 2/2021, Fondazione Italia in Salute, p. 10. Più in generale, questo approccio ottimistico è ben interpretato da C. RATTI CON M. CLAUDEL, *La città di domani. Come le reti stanno cambiando il futuro urbano*, Einaudi, Torino 2017. Un inquadramento giuridico rigoroso dell'*e-Health*, presentato nella varietà delle fonti, in M. CAMPAGNA, *Linee guida per la Telemedicina: considerazioni alla luce dell'emergenza Covid-19*, in *Corti supreme e salute*, 3/2020, p. 602 ss..

[10] A. MATTIONI, *Iniziativa pubblica e iniziativa privata nell'attuazione del servizio sanitario nazionale*, 1977, ora in ID., *Società e istituzioni. Una raccolta di scritti*, Jovene, Napoli 2005, p. 75. Un'equilibrata considerazione del rapporto tra tutela delle autonomie ed esigenze di uniformità repubblicana in V. SATTA, *Profili evolutivi dello Stato sociale e processo autonomistico nell'ordinamento italiano*, Jovene, Napoli 2012, p. 91 ss..

dirittifondamentali.it

esige che la cura introietti – per quanto è possibile - il contesto relazionale entro cui la persona medesima svolge la sua personalità.

Questo pluralismo è sia sociale, sia istituzionale e anzi questo secondo profilo è una dimensione servente al primo, così come la sussidiarietà verticale supporta quella orizzontale.

Sul piano attuativo e organizzativo, tuttavia, l'evoluzione normativa non ha proceduto sempre nella direzione del riconoscimento e della promozione di un ruolo privilegiato per le autonomie, tantomeno per quelle locali. Si tratta di vicende ben note e che possono qui essere ricostruite solo per passaggi schematici. Le trasformazioni della sanità e le sue riforme organizzative risentono indubbiamente del clima politico e culturale complessivo. Ne sono una sorta di cartina al tornasole. La legge 833 del 1978, infatti, che riconosceva centralità alle autonomie locali, era uno dei frutti più maturi di una vivace stagione politico-sociale orientata alla promozione della partecipazione. All'esito di quella stagione, le funzioni sanitarie erano allocale alle Unità Sanitarie Locali, che però erano strutture operative dei Comuni singoli o associati e delle comunità montane (artt. 10 e 15 della l. 833/1978). Vi era una stretta compenetrazione tra organi dell'USL e organi comunali. In particolare, per l'art. 15 della l. 833, l'assemblea generale dell'USL «è costituita: a) dal consiglio comunale se l'ambito territoriale dell'unità sanitaria locale coincide con quello del comune o di parte di esso; b) dall'assemblea generale dell'associazione dei comuni (…), se l'ambito territoriale dell'unità sanitaria locale corrisponde a quello complessivo dei comuni associati; c) dall'assemblea generale della comunità montana se il suo ambito territoriale coincide con quello dell'unità sanitaria locale».

La prossimità tra politica locale e gestione sanitaria era così stretta che, in una stagione successiva, segnata questa volta dalla diffidenza verso l'invadenza della politica e da una reattiva – ma forse ingenua - fiducia verso stili di governo manageriali e il mercato *tout court*, si arrivò nel 1992 all'approvazione della legge di delega 421, cui seguì il d.lgs. 502, modificato poi dal d.lgs. 517/1993, che determinarono la cosiddetta "aziendalizzazione" sanitaria e, al contempo,

condussero alla sostanziale e perdurante estromissione dei Comuni dalla gestione dei servizi sanitari. Come è stato efficacemente sintetizzato, «regionalizzazione ed aziendalizzazione hanno (…) comportato un sostanziale svuotamento delle funzioni comunali in sanità, ma se era in certo senso scontato che la scelta tecnocratica fosse la necessaria risposta alle inefficienze delle Usl, non era altrettanto ovvio che alla stessa si accompagnasse una ridefinizione delle funzioni amministrative allocate ai diversi livelli territoriali, ben potendo immaginarsi un modello di governo aziendale che poggiasse sullo stesso impianto di competenze disegnato dal legislatore del 1978»[11]. Sulla stessa linea critica, si è parlato di «espropriazione» dei Comuni delle competenze gestionali, dopo il d. lgs. 502[12], e di una conseguente tensione.

Come è apparso poi chiaro, l'aziendalizzazione non avrebbe portato a una vera – e comunque discutibile – estromissione della politica, ma allo slittamento verso un'influenza di livello regionale. Le aziende sanitarie sono infatti ora configurate come enti strumentali della Regione, dotati di personalità giuridica pubblica, di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica. Tali aziende sono gestite da un organo monocratico, il direttore generale, che è nominato dalla Regione e che alla Regione risponde (art. 3 del D.Lgs. 502/92).

Il d. lgs 502, come si è detto, ridimensiona fortemente il ruolo dei Comuni. L'articolo 3.1 mantiene però «fermo (…) il diritto-dovere degli organi rappresentativi di esprimere il bisogno socio-sanitario delle comunità locali». Il Sindaco, o la conferenza dei Sindaci, definiscono nell'ambito della programmazione regionale, linee di indirizzo per l'impostazione programmatica dell'attività; esaminano i bilanci; verificano l'andamento generale dell'attività. Le loro eventuali osservazioni in merito vanno trasmesse al direttore generale e alla Regione (art. 3.14). Le nuove aziende sanitarie hanno però una dimensione territoriale di scala provinciale, ciò che complica le possibilità per i Comuni di esercitare una qualche influenza significativa.

[11] F. SAITTA, *Autonomie territoriali e governo della sanità*, in *Ist. Fed.*, 3-4/2018, p. 795.
[12] G. CILIONE, *Diritto sanitario*, cit., p. 113.

La tappa successiva è sintetizzabile in termini complessivi di riequilibrio ed è rappresentata dalla legge 419/98 di delega al Governo per la razionalizzazione del SSN e nel relativo decreto legislativo (229/1999). Si può parlare di un riequilibrio, perché la riforma, pur senza mettere in discussione la responsabilità delle Regioni e delle direzioni aziendali nella gestione dei servizi sanitari, mira ciò nondimeno a un suo esercizio più partecipato. Il passaggio è verso una programmazione partecipata, che confida in rapporti dialogici e nell'autenticità del confronto fra Regione, aziende sanitarie e, appunto, le autonomie locali.

Insomma, il d. lgs. 229/1999 non reca con sé il recupero per il Comune di funzioni gestionali, ma rafforza quelle consultive e propositive nella programmazione: il Piano sanitario nazionale è adottato d'intesa con la Conferenza unificata e il Piano regionale è sottoposto alla Conferenza permanente per la programmazione socio-sanitaria regionale e poi vi sono i piani attuativi locali[13]. I sindaci sono presenti nei Comitati di distretto e nelle Conferenze dei sindaci in ogni territorio delle aziende Usl. Il coordinamento tra Comuni e Aziende Usl è finalizzato all'integrazione fra servizi sociali e sanitari e coinvolge i primi nella valutazione e nel controllo[14].

Lo strumento operativo principale di questo ruolo co-programmatorio è individuabile nella costituzione, con legge regionale, di una Conferenza permanente per la programmazione sanitaria e socio sanitaria regionale (d.lgs. 229/99, art. 2, c. 1, 2 bis, 2 ter), entro cui è assicurata l'interlocuzione o la rappresentanza delle autonomie locali[15]. L'art. 2, c. 1, 2 quinquies impegna la legislazione regionale a disciplinare il rapporto fra programmazione regionale e programmazione attuativa locale, definendo le modalità di partecipazione ad essa degli enti locali interessati.

---

[13] G. CILIONE, *Diritto sanitario*, cit., p. 114; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 103-104.

[14] G. CILIONE, *Diritto sanitario*, cit., p. 115.

[15] «Fanno, comunque, parte della Conferenza: il sindaco del comune nel caso in cui l'ambito territoriale dell'Azienda unità sanitaria locale coincida con quella del comune; il presidente della Conferenza dei sindaci, ovvero il sindaco o i presidenti di circoscrizione nei casi in cui l'ambito territoriale dell'unità sanitaria locale sia rispettivamente superiore o inferiore al territorio del Comune; rappresentanti delle associazioni regionali delle autonomie locali» (art. 2 bis).

Coerentemente, il d.lgs. 229/99 valorizza il livello distrettuale come articolazione organizzativa dell'azienda, dotata di un budget e di un'autonomia tecnico-gestionale ed economico-finanziaria, e le sue funzioni programmatorie delle attività territoriali. Il distretto è sede qualificata di rapporti inter-istituzionali, grazie alla costituzione del comitato dei sindaci e all'integrazione con i servizi socio sanitari (art. 3, quater, quinquies e sexies). L'assistenza distrettuale comprende infatti quelle numerose ed eterogenee attività che hanno in comune la caratteristica di essere svolte ed erogate "sul territorio" e non in regime di ricovero ospedaliero[16]. Il direttore di distretto predispone il programma delle attività territoriali e, previo parere del Comitato dei sindaci di distretto, lo propone al direttore generale che lo approva. Per le attività socio-sanitarie il direttore deve ricercare l'intesa con il comitato dei sindaci.

Un ulteriore livello di coinvolgimento degli enti locali riguarda (art. 9) la disciplina dei fondi integrativi, che, peraltro, con disposizione interessante e poco sviluppata, sono autogestiti (art. 9.7); possono esser affidati in gestione mediante convenzione a istituzioni pubbliche e private che operano nel settore sanitario o socio-sanitario da almeno cinque anni; e Regioni ed enti locali, in forma singola o associata, possono partecipare alla gestione di questi fondi. Tale strumento renderebbe possibile ai Comuni assicurare ai cittadini appartenenti al proprio territorio livelli più elevati di servizi sanitari e socio-sanitari.

Un successivo riordino dell'assistenza sanitaria territoriale è stato l'obiettivo del c.d. decreto Balduzzi (d.l. 158 /2012, convertito in l. 189/2012), il cui art. 1. impegna le Regioni a definire «l'organizzazione dei servizi territoriali di assistenza primaria promuovendo l'integrazione con il sociale, anche con riferimento all'assistenza domiciliare, e i servizi ospedalieri, al fine di migliorare il livello di efficienza e di capacità di presa in carico dei cittadini, secondo modalità operative che prevedono forme organizzative monoprofessionali, denominate aggregazioni funzionali territoriali, (…) nonché forme organizzative multiprofessionali, denominate unità complesse di cure primarie, che erogano, in coerenza con la programmazione

[16] F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 5.

dirittifondamentali.it

regionale, prestazioni assistenziali tramite il coordinamento e l'integrazione dei medici, delle altre professionalità convenzionate con il Servizio sanitario nazionale, degli infermieri, delle professionalità ostetrica, tecniche, della riabilitazione, della prevenzione e del sociale a rilevanza sanitaria». L'obiettivo del riordino è una migliore integrazione socio-sanitaria, ma l'interlocuzione e il ruolo degli enti locali restano, per così dire, sullo sfondo, in quanto rimessi alla definizione da parte delle Regioni. Vero è però che il decreto mira a riorganizzare il sistema attraverso modelli idonei a potenziare l'assistenza territoriale, al fine di ridurre la necessità di ricorso all'ospedalizzazione[17].

Come questa sintetica rassegna ha evidenziato, il rapporto tra salute ed enti locali si gioca anzitutto sul terreno dell'integrazione socio-sanitaria. Anche con la regionalizzazione della gestione sanitaria, il legame con il territorio e con gli enti locali riguarda soprattutto l'area dell'integrazione, in cui competenze sanitarie e sociali, ruolo delle aziende sanitarie e degli enti locali si sono fisiologicamente – anche se non sempre virtuosamente – intrecciati. L'esigenza di questo intreccio è accresciuta indubbiamente con l'invecchiamento della popolazione, che è un fenomeno sociale che impatta sanitariamente ed esige un'elevata integrazione delle prestazioni. Non a caso, come si dirà, cronicizzazione e de-ospedalizzazione sono una causa e un obiettivo dell'attesa istituzione delle Case della Comunità. La crisi pandemica ha indubbiamente rafforzato questa esigenza e infatti la sperimentazione delle strutture di prossimità, prevista dall'art. 1, commi 3, 4 e 4-bis del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. nella l. 17 luglio 2020, n. 77, aveva proprio il fine di assicurare «il massimo livello di assistenza» a favore dei soggetti contagiati dal virus SARS-CoV-2 e di tutte le persone fragili la cui condizione risultava aggravata dall'emergenza in corso; nonché di «implementare le attività di assistenza domiciliare integrata o equivalenti» per i pazienti in isolamento. La

[17] F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 6: «La Riforma prevedeva dunque che le AFT avessero il compito di assicurare l'assistenza primaria, attraverso i medici di medicina generale, i pediatri di libera scelta e gli specialisti ambulatoriali, mentre le UCCP - disponendo di strumentazione diagnostica di base e garantendo l'apertura 24 ore su 24 e 7 giorni su 7 – operassero per ridurre l'accesso alle strutture ospedaliere pur rimanendo in stretto contatto con esse».

sperimentazione, coordinata dal Ministero della salute sulla base di un'intesa in sede di Conferenza Stato-regioni, si ispirava «al principio della piena integrazione socio-sanitaria, con il coinvolgimento delle istituzioni presenti nel territorio, del volontariato locale e degli enti del Terzo settore senza scopo di lucro»[18].

L'integrazione socio-sanitaria può essere definita come quel «complesso articolato sistema di servizi ed interventi finalizzato a configurare una risposta a un bisogno di salute contestualmente ad un bisogno assistenziale, il primo relativo ad una situazione patologica o d'acuzie, il secondo concernente una situazione relazionale»[19]. Non si tratta di ipotesi marginali; e infatti è matura la consapevolezza del carattere strutturalmente, e non occasionalmente, intrecciato di questi ambiti di cura. Questa consapevolezza rappresenta una conferma della perdurante validità del modello costituzionale, personalistico e pluralistico[20].

In effetti, la competenza dei Comuni era inizialmente generale, salvo poi il trasferimento delle competenze sanitarie, dapprima a enti mutualistico-previdenziali. La l. 730/1983 consentiva a Comuni di avvalersi, per le prestazioni assistenziali, delle USL, tenendosi però il relativo carico finanziario. Nessuna componente assistenziale doveva gravare sul fondo sanitario. Il D.P.C.M. 8.8.1985 si poneva l'obiettivo di completare il disegno della l. 730/1983, fornendo i criteri per stabilire quali fossero le attività di rilievo sanitario connesse con quelle socio-assistenziali.

Con il d.lgs. 502/92, l'integrazione socio-sanitaria affidata all'ASL determinava una sorta di frattura nel rapporto con il Comune, relegato ormai all'ambito assistenziale. Con il d.lgs. 229/1999 si tentava di ricomporre parzialmente questa frattura, attraverso criteri per individuare prestazioni al confine tra sociale e sanitario. Si tratta delle prestazioni socio-sanitarie, e cioè le attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona umana che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione

[18] R. BALDUZZI, *Il diritto alla salute durante e dopo la pandemia.* Milestones *per un confronto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 4/2021, p. 50.

[19] L. DEGANI-R. MOZZANICA, *L'integrazione socio-sanitaria: le ragioni, le regioni, gli interventi*, Maggioli, Sant'Arcangelo di R. 2009, p. 9.

[20] A. PIOGGIA, *Diritto sanitario*, cit., pp. 207-209.

sociale in grado di garantire, anche nel lungo periodo, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione. Tali prestazioni comprendono prestazioni sanitarie a rilevanza sociale, cioè le attività finalizzate alla promozione della salute, alla prevenzione, individuazione, rimozione e contenimento di esiti degenerativi o invalidanti di patologie congenite e acquisite; e prestazioni sociali a rilevanza sanitaria, cioè tutte le attività del sistema sociale che hanno l'obiettivo di supportare la persona in stato di bisogno, con problemi di disabilità o di emarginazione condizionanti lo stato di salute.

Il D.P.C.M. 14.2.2001, «Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie», in via attuativa, individua, sulla base dello stato di bisogno, quali prestazioni competano ai comuni e quali alle ASL con i relativi oneri. A questa integrazione ne corrisponde una istituzionale: il diritto-dovere degli organi rappresentativi della comunità locale di esprimere il bisogno socio-sanitario della popolazione; la possibile delega all'ASL, da parte dei Comuni, dei servizi socio-assistenziali (con oneri a carico dei Comuni, con possibile partecipazione alla spesa da parte dei cittadini).

All'integrazione socio-sanitaria si riferisce anche la l. 328/2000 (agli artt. 8.1. e 22.1), ove però sostanzialmente si rinvia alle disposizioni della riforma sanitaria (art. 3-septies d. lgs. 229/1999 e D.P.C.M. 14.2.2001, riprese poi dal D.P.C.M. 29 novembre 2001 sui LEA). L'integrazione conserva quindi, con la legge 328/2000, una regolamentazione entro una sede prettamente sanitaria. Ciò rivela una sorta di persistente sudditanza del comparto dei servizi sociali rispetto a quelli sanitari, in connessione con la sproporzione dei rispettivi investimenti finanziari.

3. Le Case della Comunità, un nuovo rilancio?

Potrebbe superficialmente apparire paradossale che il quadro dei rapporti tra organizzazione sanitaria e Comuni si sia riaperto a margine e in risposta dell'esperienza recente della pandemia. Vero è che la pandemia, per la radicalità del suo impatto e delle reazioni che ha generato, pone la questione di «istituire di

dirittifondamentali.it

nuovo la vita o, più ambiziosamente, di istituire una vita nuova. Si tratta di un'urgenza che precede ogni altra necessità di tipo economico, sociale, politico, perché costituisce l'orizzonte, materiale e simbolico, da cui tutte le altre traggono senso»[21]. Questa valenza istituente opera, anzitutto, proprio sul terreno immediatamente sanitario, che si colloca «all'incrocio inquietante tra politicizzazione della medicina e medicalizzazione della politica»[22]. La questione mantiene tuttavia, dal punto di vista qui adottato, una certa paradossalità, perché, come spesso avviene per le situazioni emergenziali, anche la pandemia ha operato per lo più come fattore di ri-accentramento delle competenze in capo allo Stato e, in particolare, al Governo.

Ciò nondimeno, proprio e soprattutto le prime, drammatiche, fasi della pandemia hanno mostrato la sofferenza della medicina territoriale e sollecitato un'urgente riapertura di interesse per questa tematica[23]. Nella fase più convulsa, proprio i sindaci sono stati, ben oltre le loro attribuzioni formali, elementi di collegamento e di integrazione tra bisogni sociali e sanitari della comunità di riferimento[24]. Un problema rilevante – non l'unico - è stata la gestione del sovraffollamento in pronto soccorso e degli accessi ospedalieri impropri, da cui la necessità di sinergie entro la rete dei servizi territoriali sanitari e sociali presenti a livello locale[25]. Ciò soprattutto per le patologie croniche.

È ovvio però che la focalizzazione sul nodo del rapporto con il territorio non equivale *sic et simpliciter* al riconoscimento di un'effettiva autonomia degli enti locali. L'art. 1.4 bis del d.l. 34/2020 (come convertito dalla l. 17 luglio 2020, n. 77), il cosiddetto decreto "rilancio", contiene, anche a seguito delle modifiche introdotte

[21] R. ESPOSITO, *Istituzione*, Il Mulino, Bologna 2021, p. 13.

[22] R. ESPOSITO, *Istituzione*, cit., p. 17.

[23] E. ROSSI, *Le "Case della comunità"*, cit., pp. 361-362; A. PIOGGIA, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in *Diritto pubblico*, 2/2020, p. 401; V. MANZETTI, *Una declinazione del principio di sussidiarietà: le imprese di comunità*, in federalismi.it, 7/2022, p. 143; nonché il richiamato rapporto *Sanità e territorio*, pp. 26-27.

[24] *Sanità e territorio*, cit., p. 75: «sono i sindaci che, in alcuni casi, hanno tenuto il conto dei cittadini contagiati, che hanno verificato che nessuno fosse abbandonato solo in casa, che hanno insistito per risolvere situazioni drammatiche nelle case di riposo, che hanno organizzato trasporti per vaccinare gli anziani. In molti hanno dato sostanza alla norma che vede ancora nel sindaco la prima autorità sanitaria della città».

[25] F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 4.

dalla legge di conversione, indicazioni importanti, laddove prevede l'istituzione di c.d. «strutture di prossimità». Più precisamente, si dispone che, «al fine di realizzare gli obiettivi di cui ai commi 3 e 4, il Ministero della salute, sulla base di un atto di intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, coordina la sperimentazione, per il biennio 2020-2021, di strutture di prossimità per la promozione della salute e per la prevenzione, nonché per la presa in carico e la riabilitazione delle categorie di persone più fragili, ispirate al principio della piena integrazione socio-sanitaria, con il coinvolgimento delle istituzioni presenti nel territorio, del volontariato locale e degli enti del Terzo settore senza scopo di lucro. I progetti proposti devono prevedere modalità di intervento che riducano le scelte di istituzionalizzazione, favoriscano la domiciliarità e consentano la valutazione dei risultati ottenuti, anche attraverso il ricorso a strumenti innovativi quale il budget di salute individuale e di comunità».

Gli obiettivi della sperimentazione sono dunque tratti dai richiamati comma 3 – che è riferito alle attività di assistenza domiciliare integrata o equivalenti per i pazienti in isolamento anche ospitati presso le strutture temporanee attivate per l'emergenza Covid -; e comma 4, che si riferisce alle cure dovute ai soggetti contagiati (sempre per l'emergenza Covid), nonché, più in generale, a tutte le persone fragili. Si può quindi dire, che le «strutture di prossimità» fossero rivolte alle persone con maggiori fragilità, al fine di rafforzare nei loro confronti i servizi di assistenza domiciliare integrata[26]. Il riferimento al contagio resta centrale.

Il successivo Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) fuoriesce, per così dire, almeno in parte, dalla logica dell'emergenza, nel senso che mira a promuovere e sostenere trasformazioni più durature[27]. Tra gli obiettivi generali del Piano, indicato come Missione 6, dedicata alla Salute, figura una riforma (la n. 1) che comprende «Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale e rete nazionale della salute, ambiente e clima», il cui

[26] Così anche E. ROSSI, *Le "Case della comunità"*, cit., p. 364.

[27] Sul rapporto tra la sperimentazione di cui al d.l. 34 e il PNRR, cfr. ancora E. ROSSI, *Le "Case della comunità"*, cit., pp. 362-365

investimento (1.1) consiste nella predisposizione di «Case della Comunità». Il documento spiega che «l'emergenza pandemica ha evidenziato con chiarezza la necessità di rafforzare la capacità del SSN di fornire servizi adeguati sul territorio. (…) Il progetto di realizzare la Casa della Comunità consente di potenziare e riorganizzare i servizi offerti sul territorio migliorandone la qualità. La Casa della Comunità diventerà lo strumento attraverso cui coordinare tutti i servizi offerti, in particolare ai malati cronici. Nella Casa della Comunità sarà presente il punto unico di accesso alle prestazioni sanitarie. La Casa della Comunità sarà una struttura fisica in cui opererà un team multidisciplinare di medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, medici specialistici, infermieri di comunità, altri professionisti della salute e potrà ospitare anche assistenti sociali. La presenza degli assistenti sociali nelle Case della Comunità rafforzerà il ruolo dei servizi sociali territoriali nonché una loro maggiore integrazione con la componente sanitaria assistenziale»[28].

Significativamente accanto alla promozione di reti di prossimità e della telemedicina, fanno la loro comparsa le Case della Comunità, che ricevono una prima caratterizzazione. Per la verità, queste istituzioni non scaturiscono dal nulla, ma, almeno in alcuni territori, si innestano su di una struttura preesistente, denominata «Casa della Salute», di cui dovrebbero costituire un'evoluzione. Le Case della Salute, realizzatesi in alcune Regioni[29], nascono da una precedente sperimentazione, promossa dal Governo (art. 1, c. 806, lett. *a*, l. 296/2006 - legge finanziaria per il 2007 -) e denominata «modello assistenziale case della salute», finanziata attraverso un «Fondo per il cofinanziamento dei progetti attuativi del Piano sanitario nazionale» (c. 805), istituito «al fine di rimuovere gli squilibri sanitari connessi alla disomogenea distribuzione registrabile tra le varie realtà regionali nelle attività realizzative del Piano sanitario nazionale».

[28] Sul punto, prime considerazioni in R. BALDUZZI, *Quale assetto istituzionale del nuovo Ssn tra Stato e Regioni?*, in *L'Arco di Giano*, 108/2021, 28 ss., che lamenta una limitata attenzione per «l'esigenza di un maggiore coinvolgimento delle amministrazioni comunali e provinciali».

[29] E. ROSSI, *Le "Case della comunità"*, cit., p. 369.

Indicazioni più puntuali giungevano poi dal d.m. 10 luglio 2007, recante le linee guida per la sperimentazione delle Case della salute e l'accesso al relativo cofinanziamento. Il d.m. definiva (allegato A) la Casa della salute come «struttura polivalente in grado di erogare in uno stesso spazio fisico l'insieme delle prestazioni socio-sanitarie, favorendo, attraverso la contiguità spaziale dei servizi e degli operatori, l'unitarietà e l'integrazione dei livelli essenziali delle prestazioni sociosanitarie, deve rappresentare la struttura di riferimento per l'erogazione dell'insieme delle cure primarie». Vi si prevedeva che la suddetta struttura contenesse gli studi dei medici di medicina generale, assicurasse continuità assistenziale, integrasse gli ambulatori della specialistica ambulatoriale, includesse tecnici della riabilitazione e della prevenzione, ecc.. Il decreto medesimo richiedeva anche l'incardinamento entro la struttura dello sportello unico di accesso, elemento di integrazione tra attività sanitarie e socio-assistenziali, grazie al quale avrebbe dovuto realizzarsi «la presa in carico del paziente attraverso l'affido diretto alle unità valutative e agli altri servizi da cui dipende la definizione e l'attuazione del percorso assistenziale individuale». Giuridicamente, le Case della Salute assumono la forma di consorzi pubblici senza scopo di lucro costituiti dai Comuni di una stessa zona-distretto insieme all'Azienda sanitaria di riferimento[30].

Si aggiungeva, significativamente, che la «Casa della salute deve rappresentare il luogo della partecipazione democratica dove i cittadini e le associazioni di tutela dei pazienti contribuiscono alla programmazione dei servizi e delle attività e sono chiamati a valutare i risultati ottenuti in termini di salute e di benessere percepito. (…) In questa ottica, alle regioni e agli enti locali è richiesto di programmare lo sviluppo di interventi integrati, finalizzati a garantire la continuità e l'unitarietà di un percorso assistenziale che si faccia carico della specificità di tali situazioni e della complessità delle relazioni e dei bisogni delle persone, superando l'attuale frammentarietà degli interventi. In particolare, nel periodo indicato, i programmi regionali dovranno prevedere: (…) il coordinamento e l'integrazione con gli enti locali, le strutture sanitarie territoriali riabilitative di competenza i distretti

[30] G. CILIONE, *Diritto sanitario*, cit., p. 116; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario*, cit., p. 104.

sociosanitari ed i MMG per garantire la continuità dell'assistenza ed assicurare la migliore qualità di vita per una disabilità non emendabile».

Come si può evincere, si enunciano finalità e un'ispirazione del tutto congrue con quelle ora riproposte con le Case della Comunità[31]. Si tratta, in entrambi i casi, di strutture entro cui dovrebbero co-operare aziende sanitarie, Comuni, volontariato, terzo settore che insieme elaborano il piano integrato di salute.

La sperimentazione avviata allora ha prodotto esiti contrastanti. Solo alcune Regioni vi hanno dato effettivo seguito. In particolare, si sono distinte l'Emilia-Romagna[32] e la Toscana[33]. Una recente pubblicazione del Servizio Studi di documentazione della Camera dei deputati, del 1° marzo 2021, dedicata proprio alle «Case della salute ed Ospedali di comunità: i presìdi delle cure intermedie. Mappatura sul territorio e normativa nazionale e regionale» così sintetizza la

[31] Tanto che il citato rapporto *Sanità e territorio*, cit., p. 17 osserva, un po' laconicamente, che «il tema vero non sembra l'uso di nuove parole per definire oggetti molto simili: Case per la salute, Ospedali di comunità o Casa della comunità come dice il PNRR. Quanto andrebbe fatto sul territorio è descritto nelle diverse normative ormai da quarant'anni. Nel frattempo, sono migliorate le tecnologie e la possibilità di realizzare un sistema a rete efficiente ed efficace. Tuttavia, quello che sembra mancare è la forza e la volontà di avviare una rivoluzione che coinvolga tutti i soggetti, dalle ASL ai comuni, al Terzo settore, ognuno per le proprie competenze ma ognuno interdipendente dagli altri nodi della rete».

[32] In particolare, l'Emilia-Romagna vi ha dato avvio mediante le previsioni contenute nella DGR 291/2010, successivamente integrate con la DGR 2128/2016. Tali atti hanno definito la Casa della salute quale «struttura facilmente riconoscibile e raggiungibile dalla popolazione, dove trovare risposta alla maggior parte dei bisogni, attraverso la garanzia dell'accesso e dell'erogazione dell'assistenza sanitaria, socio-sanitaria e socio-assistenziale in integrazione con i professionisti dell'ambito sociale», nonché «come un presidio del Distretto, la cui gestione complessiva è affidata al Dipartimento di Cure Primarie, che cura le interfacce con gli altri dipartimenti» (E. ROSSI, *Le "Case della comunità"*, cit., p. 370).

[33] Con delibera regionale n. 139 del 25 febbraio 2008, con cui furono approvati i progetti pilota in tre aziende sanitarie. Si v. poi la l.r. 29/2019 (*Le Case della Salute. Modifiche alla L.R. 40/2005*). Nella delibera iniziale la Casa della saluta era qualificata «parte fondamentale ed essenziale della rete dei servizi aziendali delle Cure Primarie, permettendo una relazione diretta tra l'assistenza territoriale e gli altri nodi della rete assistenziale. È strutturata in sedi fisiche ben riconoscibili e presenti in maniera omogenea sul territorio regionale e i cittadini saranno presi in carico per i loro problemi assistenziali da team multiprofessionali coordinati clinicamente dai medici di medicina generale titolari della scelta del singolo paziente, garantendo la fluidità dei percorsi ed i necessari raccordi con gli altri servizi aziendali attraverso la medicina di comunità» (E. ROSSI, *Le "Case della comunità"*, cit., p. 371). Sull'attuazione toscana, si v. la documentazione istituzionale in www.regione.toscana.it/sst/organizzazione/societa-della-salute; nonché un saggio di sintesi in P. CARROZZA, *La «Società della Salute». Il modello toscano di gestione integrata dell'assistenza sociale e della sanità territoriale alla luce dei princìpi sanciti dagli artt. 5, 32 e 118 Cost*, in *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Giappichelli, Torino 2005, p. 143.

situazione determinatasi: «L'ampia disomogeneità nel numero di Case della Salute e di Ospedali di Comunità attivi nell'anno 2020, documenta la necessità di un approfondito confronto tra le Regioni/PA, fermo restando come, sulla base della documentazione raccolta, sia in corso un profuso impegno nelle singole Regioni/PA finalizzato al rafforzamento dell'assistenza territoriale, attraverso specifici atti di programmazione». Il dossier fa soprattutto risaltare l'attuazione squilibrata sia delle Case della salute, sia degli Ospedali di comunità.

Analoga valutazione emerge – con maggiore libertà di analisi - dal Rapporto CREA Sanità del 2000[34], su «Case della Salute e presidi territoriali di assistenza. Lo stato dell'arte». Nella sintesi finale, il Rapporto annota l'immancabile «complessità e variabilità delle impostazioni regionali, che rende difficile perimetrare il fenomeno». Entro certo limiti, invero, tale varietà non può sorprendere ed è anzi coerente con il quadro autonomistico. Si osserva inoltre come «una caratteristica distintiva della "Case della Salute" rispetto agli Ospedali siano proprio le tecnologie, che sono prevalentemente di tipo "soft": medicina di iniziativa, integrazione multi-professionale, partecipazione ed empowerment, etc. Rimane invece ambigua l'importanza da attribuire alla caratterizzazione fisica delle "Case della Salute", con modelli che fanno dell'individuazione del luogo fisico di concentrazione dei servizi una caratteristica essenziale delle CdS, ed altri che tendono a privilegiare la logica dell'integrazione funzionale, con un ampio ventaglio di possibilità». Particolarmente utile risulta l'osservazione per cui «il principio basilare dell'"integrazione tra sociale e sanitario" sembra ancora lungi da essere realizzata. Va apprezzato come molte realtà stiano compiendo passi in avanti significativi, garantendo la presenza nelle CdS di presidi di tipo sociale, accanto a quelli sanitari: ma rimane ancora una realtà in divenire, lontana dal poter realizzare una piena collaborazione e integrazione tra i due comparti sulla base del principio della "centralità del paziente" con tutti suoi bisogni».

Idealmente collegata a questo precedente, la Casa della Comunità dovrebbe, se stiamo al PNRR, scioglierne alcune ambiguità: essa sarà infatti «una *struttura*

[34] Consultabile online nel sito https://www.fpcgil.it

fisica in cui opererà un team multidisciplinare di medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, medici specialistici, infermieri di comunità, altri professionisti della salute e potrà ospitare anche assistenti sociali. La presenza degli assistenti sociali nelle Case della Comunità rafforzerà il ruolo dei servizi sociali territoriali nonché una loro maggiore integrazione con la componente sanitaria assistenziale (…) La Casa della Comunità è finalizzata a costituire il punto di riferimento continuativo per la popolazione, anche attraverso un'infrastruttura informatica, un punto prelievi, la strumentazione polispecialistica, e ha il fine di garantire la promozione, la prevenzione della salute e la presa in carico della comunità di riferimento. Tra i servizi inclusi è previsto, in particolare, il punto unico di accesso (PUA) per le valutazioni multidimensionali (servizi socio-sanitari) e i servizi dedicati alla tutela della donna, del bambino e dei nuclei familiari secondo un approccio di medicina di genere. Potranno inoltre essere ospitati servizi sociali e assistenziali rivolti prioritariamente alle persone anziani e fragili, variamente organizzati a seconda delle caratteristiche della comunità specifica».

Il PNRR sembra risolvere il dubbio circa la necessità di un'integrazione fisica («sarà *una struttura fisica*»[35]), e non solo funzionale; mentre rimane aperto circa la presenza dell'assistente sociale («potrà ospitare»). Ciò nondimeno, dal piano si ricava un chiaro orientamento preferenziale, dacché si argomenta il valore aggiunto che la presenza degli assistenti sociali potrà garantire. È evidente che l'inclusione dell'assistente sociale sia la cartina di tornasole dell'importanza attribuita all'integrazione tra sociale e sanitario, realizzata dalle Case di Comunità, nonché, di riflesso, del ruolo che potranno avere i Comuni nella *governance* di questa struttura.

Per la verità, come dottrina ben documentata rileva, nei documenti ad oggi disponibili elaborati, tra Ministero e Regioni, in vista dell'attuazione del comma 4-bis, anche sul primo turno le certezze si sfaldano: si sottolinea infatti che la "struttura" non dev'essere necessariamente un luogo fisico, «ma piuttosto un modello organizzativo di aggregazione funzionale che riguarda l'assistenza primaria, la continuità assistenziale, le esperienze di cura domiciliari e in ambienti

[35] Corsivo aggiunto.

protetti, le diverse forme di promozione e prevenzione realizzati con il coinvolgimento di differenti professionalità in una logica di lavoro cooperativo/complementare, quindi multidisciplinare e multi professionale», e che l'espressione "di prossimità" sta a significare che la struttura deve essere il più possibile vicina alla persona assistita, favorendone la permanenza, se possibile, negli abituali luoghi di vita»[36] .

In presenza di tali ambivalenze, appare quanto mai opportuno il suggerimento, avanzato da dottrina particolarmente sensibile e avveduta, per il quale «il Piano dovrà essere corretto, o interpretato e attuato in senso estensivo, relativamente: a) alla previsione di una presenza soltanto facoltativa, all'interno della Casa della comunità, dell'assistente sociale, che va integrato nel team multidisciplinare insieme ai medici di medicina generale e ai pediatri di libera scelta, ai medici specialisti, agli infermieri di comunità e agli altri professionisti della salute, così da assicurare che il punto unico di accesso (PUA) possa valutare e prendere in carico il bisogno sia a monte, sia a valle (…) d) all'esigenza di un maggiore coinvolgimento delle amministrazioni comunali e provinciali, senza il cui fattivo apporto la "piena integrazione socio-sanitaria" rimarrà fatalmente sulla carta, ma relativamente alle quali il Piano non sembra dedicare adeguata attenzione; e) all'importanza di individuare e valorizzare il "luogo" istituzionale deputato a garantire l'integrazione tra i servizi e la continuità assistenziale, e che pertanto è chiamato a risponderne: tale luogo, secondo la vigente normativa (…) è il distretto sociosanitario: avere ridotto, in molte situazioni regionali, il distretto a mero luogo burocratico costituisce una concausa dell'ineffettività di molte tra le disposizioni normative dedicate all'integrazione sociosanitaria»[37].

Sono indicazioni che mettono a fuoco gli elementi nevralgici della questione. La rilevanza dell'integrazione di interventi sociali e sanitari, nella accezione di salute con cui si è aperta questa riflessione, non è disgiungibile (né teoricamente, né praticamente) da un rilanciato ruolo degli enti locali nei servizi. Solo in questo

[36] Così riporta R. BALDUZZI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 51, nota 39.
[37] R. BALDUZZI, *Il diritto alla salute*, cit., pp. 52-53.

modo agli obiettivi specificamente sanitari[38] possono corrispondere più larghi obiettivi di salute.

4. Prospettive e problematiche attuative

La Casa della Comunità è un servizio da attivare su tutto il territorio nazionale, tenendo però conto delle specificità di ciascuna realtà locale, nel rispetto dell'autonomia regionale in materia di organizzazione sanitaria e dell'autonomia locale per i servizi alla persona. Alcune Regioni innestano le Case della Comunità sulle preesistenti Case della salute; per altre si tratta invece di avviare una trasformazione più penetrante, alla ricerca di un'integrazione efficace, fisica e non solo funzionale, tra servizi sociali e sanitari. La legislazione statale può limitarsi a definire un quadro di principi o, in prospettiva, qualificare le Case della Comunità tra i livelli essenziali, declinandoli in senso organizzativo, oltre che terapeutico. L'Ospedale di comunità è già stato definito come un livello essenziale di assistenza territoriale[39]. Ciò potrà comportare una stabilizzazione del servizio, oltre la sperimentazione. Come hanno dimostrato le vicende ricordate, l'innesto sui sistemi regionali è una questione molto delicata e piuttosto trascurata. L'intervento dello Stato pare necessario anche al fine di garantire il ruolo degli enti locali – una loro possibile *funzione fondamentale*, ex art. 117.2, lett. p - che le Regioni non sempre hanno adeguatamente valorizzato nei sistemi sanitari.

[38] «Gli obiettivi principali che si possono raggiungere con la Casa della Comunità 4.0 sono essenzialmente: riduzione degli accessi impropri al Pronto soccorso; snellimento delle liste di attesa; sviluppo della medicina proattiva e di prossimità; ottimizzazione della cura e della gestione dei malati cronici; perseguimento della appropriatezza della cura; monitoraggio esteso della popolazione sana; potenziamento dell'utilizzo dei percorsi diagnostici assistenziali (PDT) di primo livello; incremento tecnologia primo livello negli studi medici. Da questi obiettivi derivano risultati importanti per la sostenibilità e la tenuta dell'intero SSN, nonché per l'efficienza e l'efficacia degli interventi: promozione del nuovo concetto di salute; prossimità e personalizzazione delle cure; continuità di cura; interdisciplinarità degli attori coinvolti» (F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., pp. 20-21).

[39] Intesa, ai sensi dell'articolo 5, c. 17, del Patto per la salute 2014-2016, di cui all'Intesa del 10 luglio 2014 tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sui requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi dell'Ospedale di Comunità, art. 2 (**Aspetti tariffari, inserimento nei LEA e standard).**

Un'osservazione merita il riferimento ai termini evocativi, suggestivi, ma giuridicamente ambigui[40], di «comunità» e di «casa». Non si può "spremere" troppo dalle mere qualificazioni e si può anzi avanzare qualche dubbio sull'utilizzo di parole simili, che colpiscono più per la loro forza suggestiva, che per il nitore di idee associate. Nasce legittimo il sospetto che siano usate proprio per il loro rilievo evocativo, che sembra alimentare una nostalgia di luoghi caldi e accoglienti, di fronte all'anomia della vita sociale[41], e dunque attrarre consenso. Esse suggeriscono anche l'idea di una sottrazione dall'area del mercato. Questa qualificazione è funzionale a un obiettivo dichiarato del progetto, quello cioè di fare della struttura un punto di riferimento, facilmente riconoscibile dalla cittadinanza e a questa quasi famigliare, come una "casa" appunto. Il termine «casa» forma con quello «comunità» un connubio di parole calde, che suggerisce l'immagine di un luogo fisico, riconoscibile, oltre la mera integrazione funzionale.

Conosce una rinnovata fortuna, anche nel lessico giuridico-istituzionale, il lemma, originariamente sociologico o urbanistico, di «comunità». Si pensi – solo per portare alcuni esempi - alle cooperative di comunità[42] o alle fondazioni di comunità[43]. Il Codice del terzo settore definisce il volontario come «una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune» (art. 17)[44]. Anche per il web ci si riferisce a *communities*[45]. Più prossimo al tema qui trattato, vi è l'Ospedale di comunità[46], strettamente imparentato con le

[40] A rischio di retorica, come sottolinea I. CAVICCHI, *Pandemia e sindemia: equivoci e paradossi*, in *BioLaw Journal –Rivista di BioDiritto*, n. 4/2021, pp. 18-19.

[41] M. AIME, *Comunità*, Il Mulino, Bologna 2019, p. 9.

[42] Si v., ad es., l'art. 5, comma 1, lettera b), della legge della Regione Umbria 2/2019 (Disciplina delle cooperative di comunità), su cui l'importante sent. 131/2020 della Corte costituzionale. In dottrina: V. MANZETTI, *Una declinazione del principio*, cit., p. 151 ss..

[43] Che rientrano tra gli enti filantropici di cui all'art. 37 del d.lgs. 117/2017, Codice del terzo settore.

[44] Si v. anche art. 63 del Codice.

[45] Un'altra di «quelle parole mutuate dal lessico delle scienze sociali, che però, una volta impigliatasi nella ragnatela del Web, come in altri casi, muta la natura» (M. AIME, *Comunità*, cit., p. 81).

[46] Si v. l'Intesa sancita il 20 febbraio 2020 in sede di Conferenza Stato-regioni, che definisce il «Presidio sanitario di assistenza primaria a degenza breve/Ospedale di Comunità» come «una struttura di ricovero breve che afferisce al livello essenziale di assistenza territoriale, rivolta a pazienti che, a seguito di un episodio di acuzie minori o per la riacutizzazione di patologie

istituende Case di Comunità. Più complessivamente, si parla da molto tempo di *welfare community*[47]. Merita osservare che all'attuazione di un *welfare* comunitario è esplicitamente orientata la riforma del PNRR comprendente le Case di Comunità.

La stessa città è associata talora all'idea di comunità[48]: nel Testo Unico degli Enti Locali, all'art. 3, si legge che «le comunità locali, ordinate in comuni e province, sono autonome. Il comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo». La comunità è il sostrato personale di cui l'ente locale è esponenziale. La rinnovata accentuazione della dimensione comunitaria rimanda a un altro insegnamento della pandemia e cioè alla necessità del *networking* attorno alla tutela della salute[49]. E i sindaci sono un organo ben posizionato per questo compito di tessitura di rete nelle - e tra le - comunità locali[50].

E tuttavia, già nel PNRR e nel decreto-rilancio, la previsione di queste strutture di prossimità (e di comunità) è accostata a un forte investimento nella componente di digitalizzazione dei servizi. Tanto che si potrebbe concludere – non a torto – che la Casa della Comunità sia un'articolazione della *smart city*, con il rischio però, a quel

croniche, necessitano di interventi sanitari a bassa intensità clinica potenzialmente erogabili a domicilio, ma che vengono ricoverati in queste strutture per mancanza di idoneità del domicilio stesso (strutturale e/o familiare) e necessitano di assistenza/sorveglianza sanitaria infermieristica continuativa, anche notturna, non erogabile a domicilio». Esso «può avere una sede propria, essere collocato in strutture polifunzionali, presso presidi ospedalieri riconvertiti, presso strutture residenziali oppure essere situato in una struttura ospedaliera, ma è sempre riconducibile all'assistenza territoriale», e la gestione delle sue attività «è riconducibile all'organizzazione distrettuale e/o territoriale delle aziende sanitarie»; esso costituisce altresì «un setting ideale per promuovere una maggiore integrazione sia con la Comunità Locale (associazioni di volontariato) che con i Servizi Sociali».

[47] Si v., tra i giuspubblicisti, i lavori di E. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal* welfare *statale al* welfare *municipale*, Giappichelli, Torino 2003; e, recentemente, con riferimento anche al PNRR, D. CALDIROLA, *Il Terzo settore nello Stato sociale in trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, p. 258 ss. (in particolare 264-265).

[48] Ad es. M. AIME, *Comunità*, cit., p. 116; G.M. FLICK, *Elogio della città? Dal luogo delle paure alla comunità della gioia*, Paoline, Milano 2019, p. 112.

[49] *Sanità e territorio*, cit., p. 76: per «molti sindaci intervistati, l'emergenza Covid ha rinsaldato e allargato reti di relazioni: dal coinvolgimento del Terzo settore, al volontariato, ai rapporti con le altre istituzioni presenti sul territorio (primi tra tutti i Distretti e le Aziende sanitarie) e al livello nazionale. Ma non sono mancate relazioni anche con il settore industriale e dei servizi privati. Esperienze che hanno interessato sia i centri urbani, sia le aree interne che ne hanno tratto vantaggi e limitato il senso di abbandono. Esperienze che vanno capitalizzate. È stata svolta una attività di networking costante che rappresenta un patrimonio da non disperdere al termine dell'emergenza, ma da tenere vivo per i prossimi progetti di ricostruzione».

[50] F. PIZZOLATO, *L'investitura popolare del sindaco come problema costituzionale: prima tappa della presidenzializzazione o elemento di un paradigma relazionale?*, in *Lo Stato*, 14/2020, pp. 148-151.

punto, dell'evanescenza dell'elemento fisico[51]. La Casa della Comunità è espressione di un *Patient-Centered Care approach*[52], che declina l'obiettivo di personalizzazione della cura alla luce anche della digitalizzazione delle prestazioni sanitarie[53].

La digitalizzazione – insieme alla territorializzazione – dei servizi è funzione della domiciliarizzazione e del decongestionamento degli ospedali[54]. Tale correlazione vanta buone ragioni a suo sostegno, sia legate all'emergenza pandemica[55], sia più strutturali, se si considerano la transizione demografica e il conseguente aumento delle cronicità, fattori che rendono «necessario rivedere i modelli organizzativi del Sistema Sanitario Nazionale in una direzione che (…) non potrà prescindere dall'innovazione tecnologica e digitale»[56]. La personalizzazione è dunque individualizzazione della cura, secondo la concezione pluralistica costituzionalmente orientata, ma anche nella direzione dell'informatizzazione del servizio. Questo non significa che digitalizzazione e territorializzazione debbano

[51] F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 32: «dobbiamo però sottolineare come sia indispensabile concepire la Casa della comunità non solo come un luogo fisico ma come uno spazio organizzato virtualmente. L'idea che deve passare è quella di una struttura di strutture interrelate che abbia le caratteristiche di un sistema neuronale, le cui sinapsi sono costituite sia da persone fisiche – pazienti e operatori sanitari - che da apparati digitali e tecnologici. Se invece continuiamo a pensare che l'assistenza territoriale sia solo una "questione di edilizia", allora qualsiasi iniziativa sarà destinata al fallimento».

[52] S.J. TANENBAUM, *What is Patient-Centered Care? A Typology of Models and Missions*, in *Health Care Analysis*, 2015, sep., pp. 272-287.

[53] G. ARCURI-M. ELEFANTI-R. DI BIDINO, *L'ospedale smart: realtà e sfide*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, cit., p. 397.

[54] F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 1: «L'innovazione digitale, grazie agli strumenti e alle tecnologie già oggi disponibili, può fare da traino per passare da modelli di assistenza "ospedalecentrici" a modelli integrati basati sulla persona, che consentano di lavorare maggiormente sulla prevenzione e sulla promozione della salute, affiancando costantemente il paziente, riducendo i fenomeni di acuzie e il numero di accessi ai Pronto Soccorso».

[55] M. CAMPAGNA, *Linee guida per la Telemedicina*, cit., p. 600.

[56] F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 4; territorio e tecnologie sono strettamente connesse: «il SSN deve necessariamente trasformarsi, abbandonando, per quanto possibile, il concetto dell'ospedale come luogo di cura per antonomasia e sostituendolo con il concetto di assistenza sanitaria "a domicilio" attraverso le tecnologie» (*ibidem*, p. 13); approccio simile in G. ARCURI-M. ELEFANTI-R. DI BIDINO, *L'ospedale smart*, cit., pp. 393-395; L. BUSATTA, *Partecipazione, inclusione*, cit., p. 602 ss..

essere contrapposti, posto che, come si è detto, le Case della Comunità nascono dall'idea di combinare le due tendenze[57].

Personalizzazione ed *empowerment* digitale dovrebbero poter procedere di pari passo[58]. Sembra però di poter dire che il pregio costituzionale di questa innovazione istituzionale debba tradursi in soluzioni che vadano oltre l'integrazione funzionale e la digitalizzazione. Tale pregio si sminuirebbe se, a valle del processo, ci si ritrovasse in presenza di ambulatori a forte integrazione tecnologica. Una possibilità, forse la più realistica, è infatti che le Case della Comunità siano depotenziate al livello di «un servizio assimilabile ad un concetto evoluto di ambulatorio specialistico polifunzionale in cui i principi di innovazione terapeutica e digitale possano disegnare nuovi percorsi di prevenzione, diagnosi e cura, con un miglioramento organizzativo nei territori e perseguendo contemporaneamente la sostenibilità del sistema sanitario pubblico»[59].

Proprio per scongiurare questa declinazione rinunciataria, nel dibattito pubblico è stato posto il tema cruciale del rapporto tra Casa della Comunità e medici di medicina generale. Questo rapporto è indubbiamente un nervo scoperto del progetto, così come lo è stato in precedenza per le Case della Salute[60]. Ecco perché si è ammonito che «la casa della Comunità non è (non dovrebbe essere) un poliambulatorio cioè una casa della Sanità ma una casa della Salute - intesa come

---

[57] Ambedue gli obiettivi sono presenti nella missione 6 del PNRR. Cfr. anche E. ROSSI, *Le "Case della comunità"*, cit., p. 366; L. BUSATTA, *Partecipazione, inclusione*, cit., p. 612 ss.; F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 20: «L'idea è quella di attivare un luogo fisico, e contemporaneamente anche virtuale, in cui il cittadino paziente non solo può usufruire delle prestazioni del medico di medicina generale, degli specialisti ambulatoriali - compresi gli odontoiatri - e dell'assistenza infermieristica (come da riforma Balduzzi e successivi Patti della Salute), ma contestualmente può beneficiare della disponibilità di nuovi strumenti, nuove applicazioni, effettuare esami innovativi, entrare automaticamente in un percorso di screening, ottenere farmaci di ultima generazione».

[58] Le questioni sono bene collegate da M. TOMASI, *Il volto umano*, cit., pp. 529: «l'integrazione dei servizi della medicina digitale nel quadro organizzativo e gestionale delle *smart cities* può contribuire a una funzione di centralizzazione della persona. Questa incontra una doppia declinazione, riguardando, da un lato, la personalizzazione dei servizi e, dall'altro, della realizzazione dell'*empowerment* della persona, termine di difficile traduzione, con il quale si può fare riferimento a un processo virtuoso di crescita ed evoluzione individuale e sociale»; e p. 538.

[59] F. GELLI-N. MOSTARDA, *La Casa della Comunità 4.0*, cit., p. 2.

[60] Dura è stata a riguardo la posizione della FIMMG (www.quotidianosanita.it/allegati/allegato5796858.pdf).

benessere individuale e collettivo - dove la comunità è protagonista, insieme alle Istituzioni (Enti Locali, Scuola, Lavoro, Ambiente, Asl), al terzo settore no profit e al volontariato, in un comune disegno condiviso che denominiamo "Progetto di Salute" per quel territorio e per quella comunità. Quindi un luogo dove le persone e le comunità non sono ospiti o, peggio ancora, clienti»[61]. In uno spirito orientato in senso personalistico e costituzionale, si sottolinea l'obiettivo di una Casa *della* comunità, non già *per la* comunità[62]: ciò significa valorizzare la prossimità, più della mera domiciliarità.

Il conseguimento di questo risultato non sembra ottenibile se, contestualmente, non si prende in carico il versante dell'integrazione tra territorio ed ospedale. Il *trait-d'union* potrebbe essere nuovamente offerto dalla telemedicina che è la precondizione tecnologica per la costituzione di quelle che il d.m. 70 del 2015[63] (punto n. 8 dell'allegato 1) definisce *reti per patologia*, che, nel contesto dell'assistenza ospedaliera, integrano prestazioni rese per acuti e post acuti con l'attività dei servizi territoriali. Tali reti, che dovrebbero essere aperte alle associazioni dei pazienti e al terzo settore, sono rese possibili dall'infrastruttura digitale e mirano alla definizione di percorsi di cura[64]. Anche su questo piano, la città avrebbe una funzione importante da svolgere, volta a contribuire a togliere l'ospedale dall'isolamento assistenziale in cui spesso si trova[65].

Un ruolo centrale, importante e costitutivo nella tessitura delle reti è svolto dal distretto, centro focale dell'integrazione socio-sanitaria. L'introduzione delle Case di Comunità deve pertanto accompagnarsi – per produrre le trasformazioni sperate - a una più complessiva riforma organizzativa della sanità che dia centralità a questa strategica articolazione. A questa centralità si aggancia infatti un valorizzato ruolo degli enti locali che non ha finora trovato nelle Conferenze dei Sindaci una sede soddisfacente.

---

[61] G. SESSA-V. COLMEGNA, *La Casa della Comunità non è un ambulatorio ma un nuovo modo di promuovere la salute*, in *quotidianosanità.it*, 7.5.2021.

[62] I. CAVICCHI, *Pandemia e sindemia*, cit., p. 19.

[63] Decreto del Ministro della Salute 2 aprile 2015, n. 70, *Regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera*.

[64] M. CAMPAGNA, *Linee guida per la Telemedicina*, cit., pp. 612-613.

[65] Devo questo spunto a un confronto con Maurizio Campagna.

Anche attraverso le Case di Comunità, l'obiettivo – ancorché lontano – che dovrebbe muovere gli sforzi e orientare le risorse attivate è quello di fare della cura della salute uno dei luoghi della democrazia[66], e cioè un presidio auto-riflessivo e partecipato della comunità che, con l'alleanza tra società e istituzioni, a partire da quelle più prossime al cittadino, mette al centro della sua sollecitudine il paziente e le sue fragilità.

dirittifondamentali.it

[66] Secondo l'idea di una democrazia come forma di vita: J. DEWEY, *Democrazia e educazione*, trad. it., Sansoni, Milano 2004, p. 95; F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Carocci, Roma 2019, p. 89.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 15 marzo 2022

Dal diritto internazionale alla Costituzione italiana: per una tutela dell'ambiente inevitabilmente antropocentrica ma ecologica, lungimirante e coerente

di
Federica Mucci*

Sommario: 1. L'approccio necessariamente antropocentrico, nonostante la specifica rilevanza in particolare della "componente animale". – 2. Gli ambiti di tutela degli animali in diritto internazionale. – 3. La sopravvivenza delle specie e la protezione della biodiversità, nel più ampio quadro della tutela internazionale dell'ambiente e degli ecosistemi, secondo un approccio di sviluppo sostenibile. – 4. La protezione della salute degli animali. – 5. I "diritti della natura"? Una declinazione antropocentrica della protezione ambientale ancora più evoluta, che concorre a sostanziare il postulato della coerenza dell'ordinamento giuridico.

1. L'approccio necessariamente antropocentrico, nonostante la specifica rilevanza in particolare della "componente animale"

L'introduzione della prima delle due nuove disposizioni nell'articolo 9 della Costituzione ad opera della legge costituzionale adottata l'11 febbraio 2022 riguarda l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi[1]. "Entra", così, esplicitamente nella Costituzione il *common concern* per la tutela dell'ambiente che, in quanto bene globale, ha già visto una notevole evoluzione *in primis* nel diritto internazionale.

* Professoressa associata di Diritto internazionale – Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

[1] Come noto, si tratta dell'introduzione, all'articolo 9 della Costituzione, dopo "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione", delle seguenti disposizioni: "Tutela l'ambiente, la biodiversita' e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali". Le altre, collegate, modifiche riguardano l'articolo 41 della Costituzione e le competenze delle regioni a statuto speciale e delle Province autonome (V. legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1 recante "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente", pubblicata in Gazzetta ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2022.)

Contributo sottoposto a referaggio

Riecheggia, nella formulazione della disposizione, l'"ambiente umano" della Conferenza delle Nazioni Unite di Stoccolma del 1972, che segna la strada per tutte le principali realizzazioni successive, inclusa, venti anni dopo, la Conferenza di Rio De Janeiro sullo sviluppo sostenibile, con la conclusione della Convenzione sulla diversità biologica, fino ai più recenti sviluppi, significativi e tuttavia comunque percepiti generalmente come insufficienti a fronte dell'urgenza ormai conclamata determinata dall'accelerazione del cambiamento climatico[2].

Non è certo questa la sede per ripercorrere, seppure a grandi tappe e per temi fondamentali, l'ormai lungo ed estremamente articolato cammino intrapreso dalla Comunità internazionale per fare fronte alla sfida globale della protezione dell'ambiente naturale, né della copiosa dottrina che lo ha analizzato e commentato[3]. Ciò che interessa qui rilevare è che, in tale cammino, accanto alla progressiva, significativa ma per definizione mai davvero compiuta, realizzazione di un approccio ecologico[4], l'attenzione alla "componente animale non-umana" dell'ambiente è risalente e costante. Soprattutto a partire dagli anni '70 del secolo scorso, diversi importanti trattati e programmi internazionali organizzano la cooperazione tra gli Stati per la protezione di reti di ecosistemi, in particolare se fragili o "strategici" per la protezione di specie animali in pericolo.

[2] Anche sulle conclusioni della 26° Conferenza della Parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, svoltasi a Glasgow dal 31 ottobre al 12 novembre 2021 (COP26), già in dottrina si sono levate voci volte a rilevare sia alcuni risultati apprezzabili, sia la perdurante insufficienza delle soluzioni prospettate da vari punti di vista (cfr., tra gli altri, M. LENNAN-E. MORGERA, *The Glasgow Climate Conference*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law* (37), 2022, pp. 137-151 e N.C. ARORA-I. MISHRA, *COP26: more challenges than achievements*, in *Environmental Sustainability*, 2021 (4), pp. 585-588 https://doi.org/10.1007/s42398-021-00212-7).

[3] Un cammino, peraltro, cominciato anche prima della Conferenza di Stoccolma, sebbene non con lo stesso approccio di carattere generale; limitatamente alla protezione dell'ambiente marino, già nel 1954 fu conclusa la Convenzione di Londra per la prevenzione dell'inquinamento del mare da idrocarburi.

[4] L'approccio ecologico si caratterizza per essere attento ai fragili equilibri degli ecosistemi, di cui peraltro anche l'uomo è parte (per una riflessione sulla natura ed utilità della configurazione del cosiddetto "Antropocene" cfr. Y. MALHI, *The Concept of the Anthropocene*, in *Annual Review of Environment and Resources*, 2017(42), pp. 77-104). L'ecologia individua gli ecosistemi in quanto porzioni del sistema naturale che condividono caratteristiche strutturali e funzionali. Essi sono definiti come sistemi che includono gli organismi e l'ambiente abiotico; entrambi sono necessari al mantenimento della vita sulla terra e si influenzano reciprocamente (cfr. P. ODUM, *Basi di Ecologia*, Piccin Nuova Libreria, Padova, 1985, p. VII.)

E tuttavia tale attenzione a tutte le componenti dell'"ambiente umano", ed in particolare quella alla "componente animale non umana", non è mai davvero il "centro di gravità" della tutela ambientale disposta a livello internazionale, e nemmeno lo è per le nuove disposizioni inserite nella Costituzione, poiché necessariamente *hominum causa omne ius constitutum est*[5]. Che "centro di gravità" della tutela costituzionale sia comunque il genere umano è, peraltro, evidenziato dalla menzione dell'interesse delle future generazioni (… umane, *ça va sans dire*), anche se l'attenzione all'approccio ecologico è l'autentico portato dell'ormai consolidata consapevolezza, sia a livello statale che a livello internazionale, di quanto la qualità di vita e la sopravvivenza stessa del genere umano sia fortemente dipendente da equilibri legati al destino di tutte le specie viventi, oltre che delle caratteristiche delle componenti non viventi dell'ambiente.

Va poi notato che, mentre per l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi si dispone direttamente la tutela in Costituzione, è la legge "a disciplinare i modi e le forme di tutela degli animali". La distinzione, per quanto riguarda il modo in cui gli "animali non umani" sono considerati nelle due nuove disposizioni, evidentemente consiste nel fatto che nell'ambito della biodiversità e degli ecosistemi essi sono considerati collettivamente, quali "specie animali", mentre nella disposizione finale dell'articolo 9 rilevano a livello di esemplare individuale, in quanto ciascuno di essi è un essere vivente. Che "i modi e le forme" della loro tutela in quanto singoli esseri viventi siano riservati alla legge dello Stato da un lato è un elemento di garanzia, d'altro lato un chiaro indice del fatto che dei modi della tutela – e forse anche della sua *ratio*[6] – in realtà, direttamente dalla nuova disposizione costituzionale non è dato dedurre nessuna concreta novità.

Ciononostante, la menzione in Costituzione della tutela degli animali non può che rafforzarne la protezione e dalla combinazione dei tre termini ambiente-

[5] "Tutto il diritto" è per gli uomini – anche il diritto internazionale, sebbene si rivolga ad una comunità di Stati sovrani, come sottolineato attraverso la citazione di Ermogeniano in epigrafe a U. LEANZA-I. CARACCIOLO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, Giappichelli Editore, Torino, 2008.

[6] A differenza del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 13), la nuova disposizione costituzionale italiana non menziona il fatto che gli animali siano protetti in quanto esseri senzienti.

biodiversità-ecosistemi risulta, parallelamente a quanto già disposto da numerose fonti di diritto internazionale, una protezione fortemente incentrata sulla prevenzione di conseguenze dannose non solo per l'uomo, bensì anche per le altre componenti dell'ecosistema, con una particolare attenzione a quelle viventi. Peraltro, tali fonti internazionali non solo e non tanto rilevano in quanto concettualmente collegate agli argomenti delle nuove disposizioni costituzionali ma soprattutto in quanto fonti a cui il nostro ordinamento si è adattato e che quindi concorrono, in una necessaria interpretazione sistematica, ad accrescere l'efficacia delle disposizioni costituzionali e ad arricchirne il significato[7].

2. Gli ambiti di tutela degli animali in diritto internazionale

Le fonti di diritto internazionale che hanno ad oggetto obblighi degli Stati con riferimento alla protezione degli animali sono pressoché esclusivamente di origine convenzionale (trattati ed atti adottati da organizzazioni internazionali intergovernative nell'ambito del proprio mandato), e dunque si rivolgono solamente agli Stati che hanno volontariamente aderito a tali trattati o assetti istituzionali. Sarebbe forse possibile teorizzare un radicamento della protezione anche nel diritto internazionale generale per quanto riguarda la diversità biologica, in quanto parte della tutela dell'ambiente in generale attraverso la tutela degli elementi degli ecosistemi, senza, tuttavia, che sia possibile, allo stato attuale, rilevare l'esistenza di norme consuetudinarie che impongono specifici obblighi di comportamento, bensì "soltanto" un principio di prevenzione, nell'ambito del concetto di sviluppo sostenibile[8].

[7] L'apertura dell'ordinamento costituzionale alle fonti esterne ha un effetto sulla configurazione stessa dei contenuti del diritto costituzionale, come ricordato con riferimento al tema della centralità dei diritti dell'uomo, nella sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale (v. par. 3.4).

[8] In dottrina molti studi sono stati dedicati allo sviluppo sostenibile; nel complesso, si desume una evidente incertezza in merito alla sua esatta natura nell'ambito dell'ordinamento giuridico internazionale, come è giustamente stato notato «nonostante il [suo] forte contenuto innovativo», «o magari proprio a causa di esso». Sembra condivisibile la tesi che il principio in oggetto «non sia cristallizzabile nel tempo secondo il criterio generale di formazione delle norme internazionali attraverso la reiterazione di comportamenti e la graduale formazione di una coscienza dell'obbligatorietà sociale di tali comportamenti» ma costituisca piuttosto «un metodo, un processo per integrare considerazioni ambientali nelle politiche dello sviluppo e

dirittifondamentali.it

In diritto internazionale, l'ambito più risalente in cui si possono rinvenire obblighi relativi all'interazione degli uomini con il mondo animale è quello che riguarda la gestione di "risorse animali" geograficamente condivise[9] e soprattutto la protezione delle specie a rischio di estinzione, poi sussunto nel più recente e complessivo interesse alla tutela della biodiversità. Oltre che per motivi storici, sembra opportuno iniziare l'analisi da questo ambito anche perché riguarda l'aspetto fondamentale della sopravvivenza delle specie animali, configurandosi quasi alla stregua di un obbligo di rispetto della vita, sebbene non propriamente dei singoli esemplari, bensì della specie a cui appartengono.

L'altro ambito, dal punto di vista sia storico che contenutistico, in cui si riscontra una risalente e consistente produzione di atti a livello internazionale – essenzialmente standard tecnici, prodotti da organizzazioni internazionali intergovernative, che non sono dotati di efficacia vincolante, ad eccezione delle normative dell'Unione europea – è quello degli obblighi di protezione della salute degli animali, a lungo concepiti esclusivamente in funzione della protezione della salute umana, in considerazione della stretta relazione tra la propagazione delle malattie degli animali ed i rischi per l'uomo di epidemie o i problemi per l'approvvigionamento alimentare. L'organizzazione universale principale di riferimento su questo tema è l'Organizzazione mondiale per la salute degli animali. Si omette in questa sede l'analisi delle fonti specificamente incentrate sulla protezione del "benessere animale" in quanto – come peraltro avviene nella novella costituzionale – esse richiedono separata e specifica considerazione.

---

della regolazione del mercato», uno strumento «che condiziona in modo trasversale la formazione e l'atteggiarsi di principi e regole eterogenee fra loro, e che permette di coordinare regole consolidate talvolta in conflitto, al fine di adattarle a esigenze nuove». Il concetto di sviluppo sostenibile si inserirebbe, tra l'altro, nella dinamica evolutiva del principio di prevenzione del danno ambientale, con l'effetto di includere tra gli obblighi *erga omnes* «l'obbligo di prevenire il danno significativo a beni pubblici internazionali quali l'atmosfera, i mari, la biodiversità» (cfr. F. FRANCIONI, *Sviluppo sostenibile e principi di diritto internazionale dell'ambiente*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente – Atti dell'XI Convegno della Società italiana di diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007 a p. 42 ss.

[9] Tra i più risalenti, si ricordi il Trattato del 6 giugno 1885 sulla pesca del salmone nel fiume Reno (v., in merito, A. KISS, *The Protection of the Rhine against Pollution*, in 25 *Natural Resources Journal*, 613, 1985, pp. 613-637).

3. La sopravvivenza delle specie e la protezione della biodiversità, nel più ampio quadro della tutela internazionale dell'ambiente e degli ecosistemi, secondo un approccio di sviluppo sostenibile

È solo in tempi relativamente recenti che la Comunità internazionale ha iniziato a riconoscere la gravità della minaccia che l'attività umana può rappresentare per l'ambiente naturale e la necessità di disporre di un quadro giuridico di riferimento coerente e completo per arginare tale minaccia. Tale preoccupazione si è più facilmente focalizzata sul tasso, alto in modo allarmante, di estinzione di specie selvatiche, con la conseguente conclusione di alcune convenzioni di carattere generale in questo settore a partire dagli anni 1970. Anche precedentemente, già nella prima metà del 1900, importanti obblighi di conservazione erano stati assunti, quasi esclusivamente, però, con riferimento a determinate specie selvatiche minacciate di estinzione in quanto oggetto di massiccio sfruttamento industriale (in particolare foche e balene), e con il chiaro obiettivo di non perdere per il futuro tali importanti risorse utilizzabili dall'uomo[10].

[10] Si veda, in particolare, il preambolo della Convenzione internazionale per la regolamentazione della caccia alla balena (Washington, 2 dicembre 1946), in cui si afferma chiaramente che le balene sono risorse naturali e che l'aumento della loro popolazione consentirà l'aumento del loro sfruttamento da parte dell'uomo («Recognizing the interest of the nations of the world in safeguarding for future generations the *great natural resources represented by the whale stocks*» e «Recognizing that the whale stocks are susceptible of natural increases if whaling is properly regulated, and that *increases in the size of whale stocks will permit increases in the number of whales which may be captured without endangering these natural resources*»). Sebbene conformate ad obiettivi coerenti con una visione delle specie animali quali risorse da sfruttare e concluse ben prima e al di fuori di qualsiasi concezione di sviluppo ambientalmente sostenibile, va riconosciuto che tali convenzioni si sono rivelate efficaci, sortendo in massima parte l'effetto sperato di scongiurare l'estinzione. Certo, i tempi sono cambiati e le consistenti ragioni commerciali che sostenevano l'utilità della caccia alla balena ormai appartengono al passato. Recentemente, la politica dell'Islanda, uno dei pochi Stati che hanno rifiutato la moratoria sulla caccia commerciale alla balena adottata nel 1982 dalla Commissione baleniera internazionale (uscendo dalla Commissione baleniera nel 1992 e rientrandovi nel 2002 con una riserva alla moratoria), sembra segnare un cambio di direzione, manifestando la probabile intenzione di fermare la caccia commerciale alla balena entro il 2024 (cfr. Redazione ANSA, 5 febbraio 2022, *L'Islanda fermerà la caccia alle balene dal 2024. "Ormai la richiesta è troppo bassa". Restano Giappone e Norvegia*, https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/europa/2022/02/05/lislanda-fermera-la-caccia-alle-balene-dal-2024_21540f03-85ed-4678-8574-40c30b6ba741.html).

La maggior parte delle convenzioni riguarda la conservazione delle specie *in situ*, attraverso l'obbligo, per gli Stati contraenti, di adottare adeguate misure di protezione volte alla conservazione dell'ecosistema di determinate aree che vengono identificate quali meritevoli di particolare attenzione. Poiché la protezione è disposta a tutela di un interesse condiviso, in diversi casi gli Stati sono affiancati, nell'adempimento dei loro obblighi, da organi internazionali creati in base alla convenzione, che svolgono funzioni di supporto alla cooperazione tra gli Stati membri e, in alcuni casi, possono rivolgere loro raccomandazioni. A complemento della protezione *in situ*, si sono anche utilizzati metodi di protezione *ex situ*, non relativi a porzioni di territorio ma al trattamento degli esemplari anche al di fuori del proprio habitat, tra cui la celebre Convenzione sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatica in pericolo (CITES), conclusa nel 1973. Senza pretesa di esaustività, si accenna qui ai principali strumenti convenzionali.

Tra le convenzioni multilaterali a vocazione universale "di nuova generazione", volte alla protezione delle specie animali per motivazioni di tutela ambientale e non di conservazione di risorse destinate allo sfruttamento economico industriale, la Convenzione sulle zone umide di importanza internazionale (Ramsar 1971), entrata in vigore nel 1975, è la prima ad essere conclusa ed ha l'obiettivo di arginare la perdita ed il degrado delle zone umide, soprattutto in quanto habitat degli uccelli migratori acquatici. Essa è particolarmente significativa per la protezione degli ecosistemi; l'ampia definizione che vi è data di "zona umida" ne consente una vasta applicazione sia alle zone costiere che a quelle interne e l'individuazione di una rete di siti di importanza internazionale stimola concretamente la cooperazione e lo sviluppo di buone pratiche di gestione del territorio. Il coinvolgimento attivo di tutte le Parti contraenti è favorito dal fatto che ogni Stato ha l'obbligo di chiedere l'iscrizione nella rete di almeno un sito di zona umida individuato sul proprio territorio al momento stesso dell'adesione. Il successo della Convenzione è efficacemente testimoniato dai suoi numeri: 172 Stati membri e più di 2400 zone iscritte nella rete internazionale. Gli organi della Convenzione lavorano per sviluppare sinergie con altre convenzioni internazionali,

in particolare quelle rilevanti per la protezione della biodiversità e quelle relative alla gestione delle acque interne[11].

Tra le sei convenzioni collegate alla protezione della biodiversità con cui gli organi della Convenzione di Ramsar intrattengono rapporti più strutturati al fine di sviluppare sinergie una è la convenzione-quadro sulla diversità biologica e due riguardano la protezione delle piante[12]. In ordine temporale di conclusione, figurano, poi, la Convenzione sulla protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale (WHC) (Parigi, 1972), la già menzionata Convenzione CITES (Washington, 1973) e la Convenzione per la conservazione delle specie migratorie di animali selvatici (CMS) (Bonn, 1979).

La Convenzione WHC sul patrimonio mondiale è molto nota e conta ben 194 Stati parte; la sua Lista dei siti di riconosciuto valore universale è estremamente sbilanciata a favore dei siti culturali (897) rispetto a quelli naturali (218)[13], anche a causa dell'estremo rigore con cui gli organi consultivi del Comitato della Convenzione (per i siti naturali, l'Unione internazionale per la conservazione della natura – IUCN) solitamente valutano i requisiti di integrità dei siti. Tra i quattro criteri che possono motivare l'iscrizione di siti naturali nella Lista, uno in particolare riguarda i siti «che contengono gli habitat più importanti e significativi per la conservazione *in situ* della diversità biologica, ivi inclusi quelli che contengono specie minacciate di eccezionale valore universale dal punto di vista della scienza o della conservazione»[14]. Le sinergie sviluppate con la Convenzione di Ramsar per i siti che includono anche zone umide sono significative[15] e nel

[11] Ben otto dei nove criteri per individuare le zone umide di importanza internazionale riguardano la conservazione della diversità biologica; solo un criterio è, invece, legato all'individuazione di una zona umida rappresentativa o rara, anche non in funzione della conservazione delle specie.

[12] Si tratta dell'*International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture* e dell'*International Plant Protection Convention*, entrambi conclusi alla FAO, rispettivamente nel 1983 e nel 1951 (testo modificato nel 1997). Sulla Convenzione per la diversità biologica cfr. M. BOWMAN-C. REDGWELL (edited by), *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, 1996.

[13] Altri 39 siti iscritti sono di natura mista, sia culturale che naturale.

[14] V. *Operational Guidelines* della Convenzione, criterio X (nostra traduzione).

[15] Si veda, ad esempio, il Rapporto della missione di *suivi réactif* sullo stato di conservazione del parco nazionale Virunga, nella Repubblica democratica del Congo, svoltasi dal 7 al 14 marzo

complesso la Convenzione WHC riesce a garantire un buon livello di effettività, grazie soprattutto al notevole valore politico e di prestigio che gli Stati le annettono. Va, però, purtroppo segnalato che proprio con riferimento ad un sito naturale iscritto prevalentemente in ragione della presenza di una specie in pericolo si registra uno dei tre fallimenti più evidenti del regime internazionale di protezione, culminato nella cancellazione del sito nel 2007[16].

La Convenzione CITES è stata conclusa al fine di impedire che il commercio internazionale di esemplari di animali e piante selvatiche costituisca una minaccia per la sopravvivenza delle specie a cui appartengono. A differenza delle convenzioni fin qui esaminate, impone obblighi con riferimento ad animali che si trovano al di fuori del loro habitat naturale, dettando regole di cooperazione tra gli Stati di importazione e di esportazione con riferimento ad elenchi di specie indicati nelle Appendici, la prima delle quali riguarda le specie in pericolo di estinzione; il cui commercio può essere autorizzato solo in circostanze eccezionali. La Convenzione, che conta 184 Parti contraenti, non ha ad oggetto solo gli esemplari vivi, ma anche le loro parti o derivati, se facilmente riconoscibili[17].

2014. La missione è stata condotta in modo congiunto dal Centro del patrimonio mondiale, dall'UICN e dal segretariato della Convenzione di Ramsar, in quanto l'intero parco è un sito della Convenzione WHC e anche una zona umida d'importanza internazionale (http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/ram78_e_drcongo.pdf).

[16] La cancellazione ha riguardato il sito naturale del Santuario dell'Orice araba in Oman, che era stato aperto alla prospezione petrolifera, ed è stata decisa dal Comitato nella riunione di Christchurch (Nuova Zelanda) nel 2007. La decisione è stata, paradossalmente, quasi richiesta dallo stesso Stato territoriale, come se gli fosse consentito "ritirare" i propri siti dalla Lista – mantenere ed aggiornare la Lista è, invece, compito esclusivamente del Comitato, salva la necessaria iniziale richiesta di iscrizione da parte dello Stato territoriale. Nelle motivazioni delle decisioni di cancellazione il Comitato, rammaricandosi di dover adottare una soluzione così radicale, ha cercato di stigmatizzare la reticenza totale dello Stato territoriale e la sua chiusura a qualsiasi ricerca di una possibile soluzione di compromesso che scongiurasse, almeno per il momento, la necessità della cancellazione (v. F. MUCCI, *La diversità del patrimonio e delle espressioni culturali nell'ordinamento internazionale - da* ratio *implicita a oggetto diretto di protezione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, a p. 58 s.)

[17] Al momento della predisposizione del testo della CITES (la proposta di Convenzione è stata redatta in seguito ad una risoluzione dell'IUCN del 1963) il dibattito internazionale su questi temi non era ancora molto sviluppato, ma la sua importanza fu presto evidente. Si stima che, annualmente, il traffico internazionale di animali e piante selvatiche e loro parti o derivati, inclusa una grande varietà di prodotti alimentari, manufatti esotici in cuoio, medicinali e, naturalmente, avorio e corna di rinoceronte, valga miliardi di dollari. Se si considera che in alcuni casi una delle principali minacce per le specie in pericolo, anche nei parchi, è il

La Convenzione CMS, conclusa sotto l'egida del Programma delle Nazioni unite per l'ambiente, crea una piattaforma globale per la conservazione e l'uso sostenibile degli animali migratori e dei loro habitat attraverso la cooperazione tra gli Stati che sono attraversati dai movimenti migratori. Essa opera come "convenzione ombrello" per la conclusione di successivi specifici accordi; per valutare la sua reale portata applicativa, al numero già notevolmente elevato delle sue Parti contraenti (133) va aggiunto il notevole numero di Stati non-Parti che hanno concluso accordi specifici in attuazione della Convenzione. Dispone principalmente obblighi di conservazione *in situ*, ma anche obblighi che possono comportare controlli e misure di prevenzione *ex situ*, quale l'obbligo di stretta sorveglianza sull'introduzione di specie esotiche[18].

Altre convenzioni di indubbio rilievo per la protezione delle specie animali si applicano a specifici ambiti regionali, oppure presentano un oggetto più vasto, in cui si iscrivono anche questioni relative alla protezione degli animali. Esempi importanti di convenzioni mirate a proteggere una specifica regione sono costituiti dalla Convenzione per la conservazione delle risorse viventi marine antartiche (CCAMLR – Canberra, 1980), e dalla Convenzione per la protezione del Mediterraneo dall'inquinamento (Barcellona, 1976) ed i suoi protocolli, uno dei quali dedicato alle aree specialmente protette ed alla diversità biologica, nonché dalla Convenzione per la conservazione della vita selvatica e degli habitat naturali in Europa (Berna, 1979)[19]. Alla tutela dell'ambiente marino è, poi, dedicata una delle Parti della imponente Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS – Montego Bay, 1982); disposizioni specifiche affrontano i problemi

bracconaggio (cfr., ad es. il caso del parco Virunga, *supra*, nota 15), è chiaro che la sinergia tra protezione *in situ* e *ex situ* è fondamentale. La CITES garantisce diversi livelli di protezione, complessivamente di più di 36.000 specie animali.

[18] V. articolo III(4)(c).

[19] Cfr. F. ORREGO VICUÑA, *The Regime of Antarctic Marine Living Resources*, in F. FRANCIONI-T. SCOVAZZI (Editors), *International Law for Antarctica*, Kluwer Law International, The Hague/Boston/London, 1996, pp. 127-158, T. SCOVAZZI (edited by), *Marine Specially Protected Areas. The General Aspects and the Mediterranean Regional System*, Kluwer Law International, The Hague/Boston/London, 1999 e COUNCIL OF EUROPE, *Biodiversity and Climate Change: reports and guidance developed under the Bern Convention*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2012, in *Nature and Environment Series*, No. 160.

posti dalle specie che vivono a cavallo tra le zone economiche esclusive e l'alto mare, alle specie altamente migratorie, alle specie anadrome, catadrome e sedentarie e registrano l'esigenza di predisporre misure di protezione più rigorose per i mammiferi marini[20].

Le interazioni tra le principali convenzioni di livello universale e numerose altre, anche di livello regionale, sono naturalmente, molteplici[21]. Nel 2000, ad esempio, è stato concluso un *Memorandum of Understanding* tra la Conferenza delle Parti della CMS e la Commissione baleniera internazionale per istituire un quadro di scambio di informazioni e di consultazione reciproca, nonché di mutuo sostegno nell'azione di protezione dei piccoli cetacei[22]. La cooperazione internazionale sul tema della difesa delle specie e della biodiversità si svolge, poi, anche attraverso azioni e

[20] Gli articoli 65 e 120 dell'UNCLOS sono clausole di salvaguardia in favore di norme – che possono essere adottate dagli Stati o da organizzazioni internazionali – che vietino, limitino o regolino lo sfruttamento dei mammiferi marini in modo più restrittivo di quanto disposto dalla Convenzione con riferimento alle risorse biologiche del mare nella zona economica esclusiva o in alto mare. A tal proposito, va rilevato che il sistema convenzionale più sviluppato è quello che fa capo alla Commissione baleniera internazionale e che le restrizioni alla caccia alle balene da essa disposte sono state contestate da alcuni Stati, ed in particolare dal Giappone, che maschera quali programmi di ricerca scientifica le proprie campagne di caccia (si è pronunciata in merito la Corte internazionale di giustizia, cfr. sentenza del 31 marzo 2014 nel caso Australia c. Giappone, *Whaling in the Antarctic*).

[21] Tra le misure per la conservazione *ex situ*, ad esempio, si possono considerare anche i progetti di predisposizione di banche genetiche. La conservazione *ex situ in vitro* mediante le banche genetiche è una strada relativamente nuova e più complessa da perseguire per la conservazione della diversità biologica animale, rispetto a quanto già sperimentato per la diversità genetica vegetale, ma comunque è ritenuta un'importante strategia complementare rispetto alla conservazione *in situ*. A livello universale, la FAO nel 2007 ha adottato un piano globale di azione per la protezione delle risorse genetiche degli animali da allevamento; a livello regionale diverse sono le iniziative di cooperazione. In Europa, nel 2013 sono stati mossi i primi passi per l'istituzione di EUGENA, una rete tra le banche genetiche dei Paesi europei, poi realizzata ed attualmente attiva con il contributo di dodici Stati, tra cui l'Italia (cfr. https://eugena-erfp.net/en/. Si veda, in proposito, S. J. HIEMSTRA ET AL., *European Gene Bank Network for Animal Genetic Resources (EUGENA)*, Proceedings, 10th Word Congress of Genetics Applied to Livestock Production, https://asas.org/docs/default-source/wcgalp-posters/437_paper_8691_manuscript_289_0.pdf?sfvrsn=2); in Asia già prima della conclusione della Convenzione sulla diversità biologica era stata avviata una cooperazione internazionale in questa direzione (v. l'Accordo per la conservazione della natura e delle risorse naturali, concluso tra alcuni membri dell'Associazione delle nazioni del Sud-Est asiatico (ASEAN) a Kuala Lumpur nel 1985, art. 3(3)(d)).

[22] Cfr. M. FITZMAURICE, *Whaling and International Law*, Cambridge University Press, 2015, p. 192.

programmi che le organizzazioni internazionali adottano direttamente, in attuazione del loro mandato.

Tra i programmi, è d'obbligo ricordare il Programma sull'uomo e la biosfera (MAB), che è stato avviato dall'UNESCO nel 1971 allo scopo di migliorare il rapporto tra uomo e ambiente e ridurre la perdita di biodiversità attraverso programmi di ricerca e *capacity-building*. Il programma ha portato al riconoscimento, da parte dell'UNESCO, delle Riserve della Biosfera, aree marine e/o terrestri che gli Stati membri s'impegnano a gestire nell'ottica della conservazione delle risorse e dello sviluppo sostenibile, nel pieno coinvolgimento delle comunità locali. Scopo della proclamazione delle Riserve è promuovere e dimostrare una relazione equilibrata fra la comunità umana e gli ecosistemi, creare siti privilegiati per la ricerca, la formazione e l'educazione ambientale, oltre che poli di sperimentazione di politiche mirate di sviluppo e pianificazione territoriale[23].

Si fa presente, infine, l'attenzione dello stesso Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite (CdS) al contrasto dello sfruttamento illecito di risorse naturali, inclusi diamanti, oro, animali selvatici e prodotti da essi derivati, nella Repubblica centroafricana e nella Repubblica democratica del Congo. Con due risoluzioni adottate nel gennaio 2014, il Consiglio ha disposto sanzioni (congelamento di beni e restrizioni della libertà di circolazione) a carico di individui ed enti coinvolti nel traffico di specie selvatiche, nel quadro di una serie di misure che intendono contrastare l'"assenza dello stato di diritto" quale minaccia alla pace ed alla sicurezza internazionale[24]. Il fatto che sia stato necessario l'intervento del CdS

[23] La rete delle riserve della biosfera del MAB conta 727 siti in 131 Stati, 22 dei quali transfrontalieri, e, naturalmente, anch'essa lavora in sinergia con gli altri strumenti internazionali, in caso di sovrapposizione delle zone protette (*in primis*, la Convenzione di Ramsar e la WHC). Sull'istituzione del programma da parte della Conferenza generale dell'UNESCO e sulle sue caratteristiche innovative v. M. BATISSE, *Man and the biosphere: an international research program*, in *Biological Conservation*, 1971, pp. 1-6.

[24] Data la specificità dell'approccio dovuto alle ristrette competenze del Consiglio di sicurezza, inevitabilmente il suo intervento, pur aggiungendo «much wanted teeth to an otherwise weak wildlife protection regime», inquadra in modo non ortodosso una realtà assai complessa (v. A. NOLLKAEMPER, *Framing Elephant Extinction*, in *ESIL Reflections*, 2014, http://www.esil-sedi.eu/node/643). In merito cfr. A. PETERS, *Novel Practice of the Security Council: Wildlife Poaching and Trafficking as a Threat to the Peace*, in *EJIL Talk!*, Blog dello European Journal of International Law, 12 Feb. 2014, http://www.ejiltalk.org/author/anne-peters.

mette in luce l'estrema debolezza degli strumenti convenzionali qui esaminati, in situazioni in cui gli Stati maggiormente interessati non vogliono o non sono in grado di adempiere ai propri obblighi. L'intero sistema di controllo della CITES, infatti, non trova applicazione se non è garantita, come in questo caso, la collaborazione di un'autorità scientifica dello Stato parte.

4. La protezione della salute degli animali

L'Organizzazione mondiale per la salute degli animali (OIE) è un'organizzazione intergovernativa nata nel 1924 con il nome di Ufficio internazionale delle epizoozie. L'esigenza di istituire organi internazionali a fini di prevenzione e cooperazione per prevenire o arrestare la diffusione delle malattie infettive tra gli animali, e tra gli animali e gli esseri umani, si era manifestata in tutta la sua drammatica urgenza con l'epidemia di peste bovina scoppiata in Belgio nel 1920, a causa del transito nel porto di Anversa di zebù infetti provenienti dall'India e diretti in Brasile. Dai 28 Stati firmatari dell'accordo del 1924 si è oggi giunti a 182 membri dell'OIE.

L'istituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per il cibo e l'agricoltura (FAO), nel 1946, e dell'Organizzazione mondiale della sanità (WHO), nel 1948, sembravano aver messo in dubbio la continuazione dell'OIE, poiché vi era una parziale sovrapposizione di obiettivi tra il mandato dell'OIE e quello delle due nuove organizzazioni, ma numerosi membri si opposero a questa prospettiva. L'OIE in seguito concluse i suoi primi due accordi di cooperazione (rispettivamente nel 1952 e nel 1960) con la FAO e la WHO. Si sta cercando di sviluppare una collaborazione sempre più efficace tra queste tre organizzazioni, e non solo, per una migliore condivisione delle responsabilità e coordinazione delle attività globali volte ad affrontare i rischi sanitari posti dalle interazioni tra specie animali, esseri umani ed ecosistema, secondo un'ottica olistica che, nonostante la complessità dell'approccio concettuale ed operativo, si sta diffondendo negli ambienti politici e scientifici, denominata "one health"[25].

[25] V. http://www.oie.int/about-us/history/; *The FAO-OIE-WHO Collaboration, A Tripartite Concept Note*, April 2010 (http://www.who.int/influenza/resources/documents/tripartite_concept_note_hanoi_042011_en.

La protezione della salute degli animali in funzione della salute dell'uomo è, dunque, un tema affrontato ormai da tempo a livello internazionale nell'ambito di diverse organizzazioni, *in primis* l'OIE. Il suo mandato consiste in sei missioni principali: garantire trasparenza nella situazione globale delle malattie animali; raccogliere, analizzare e diffondere le informazioni scientifiche veterinarie; fornire consulenza e incoraggiare la solidarietà internazionale nel controllo delle malattie animali; migliorare il quadro giuridico e le risorse dei servizi veterinari nazionali; fornire una migliore garanzia dei prodotti alimentari di origine animale e promuovere il benessere animale mediante un approccio scientifico.

Una sesta missione è svolta dall'OIE, attraverso la pubblicazione di standard sanitari, per la protezione del commercio internazionale. L'accordo dell'Organizzazione mondiale del commercio sull'applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie (WTO-SPS), infatti, nomina esplicitamente le raccomandazioni dell'OIE tra gli standard internazionali riconosciuti quale fonte valida di riferimento per l'armonizzazione delle misure sanitarie e fitosanitarie tra gli Stati membri[26]. Va notato che, grazie al rilievo riconosciuto agli standards dell'OIE nell'ambito della WTO, tali standards rafforzano la propria efficacia giuridica, che altrimenti è quella non vincolante propria della loro natura di raccomandazione[27].

dirittifondamentali.it

pdf); K. LEE-Z.L. BRUMME, *Operationalizing the One Health approach: the global governance challenges*, in *Health Policy and Planning*, 2012, pp. 1-8. Naturalmente l'approccio "One Health", sebbene complesso, è fondamentale per far fronte all'emergenza pandemica (cfr. R. BHATIA, *Need for integrated surveillance at human-animal interface for rapid detection & response to emerging coronavirus infections using One Health approach*, in *Indian Journal of Medical Research*, 2020, 121 (2-3), pp. 132-135; S. DE VIDO, *A quest for an Eco-centric Approach to International Law: the COVID-19 Pandemic as Game Changer*, in *Jus Cogens*, 2020, 3 (2), pp. 105-117).

[26] Cfr. G.K.BRÜCKNER, *The role of the World Organisation for Animal Health (OIE) to facilitate the international trade in animals and animal products*, in *Onderstepoort Journal of Veterinary Research*, 2009, pp. 141-146.

[27] Le procedure per l'adozione degli standards dell'OIE sono aperte a consultazioni pubbliche e studiate nell'ambito del "diritto amministrativo globale" (cfr. B. KINGSBURY-N. KRISCH-R. B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2015, pp. 15-61, a p. 35).

5. I "diritti della natura"? Una declinazione antropocentrica della protezione ambientale ancora più evoluta, che concorre a sostanziare il postulato della coerenza dell'ordinamento

Così come l'approccio ecologico alla protezione ambientale, l'attenzione alla protezione delle specie in via di estinzione e lo stesso interesse alla conservazione della diversità biologica concepita quale bene ulteriore e diverso da quello rappresentato dalle specie separatamente considerate, anche i recenti casi in cui si discute del "diritto alla protezione" quale posizione tutelata di cui sembrerebbero godere direttamente specifici elementi naturali del territorio, in effetti continuano a sottolineare la centralità della specie umana ai fini dell'applicazione delle fonti di diritto internazionale ed interno sulla protezione dell'ambiente. Tali casi, tuttavia, dell'ineliminabile "approccio antropocentrico" evidenziano in modo significativo – e forse anche un po' "spettacolare" – aspetti ulteriori e più complessi rispetto all'esclusivo confronto tra le esigenze della specie umana e quelle (supposte tali nell'"interpretazione" della specie umana) delle altre specie viventi. Si tratta di aspetti che richiamano alla ricostruzione di un quadro d'insieme dei reali "diritti" in gioco che si conformi sempre di più al principio di coerenza.

La vera novità, infatti, è che viene evidentemente preso in considerazione, ai fini della gestione di determinate aree del territorio, non solo l'aspetto ecologico come comunemente inteso, che tiene conto dei fattori naturali, ma anche l'aspetto della "identità" e funzione che tali aree hanno dal punto di vista culturale, innanzitutto per le comunità umane che più direttamente ad esse sono collegate[28].

Si tratta, infatti, generalmente di casi in cui la "personificazione" dell'elemento naturale da proteggere – in particolare fiumi – è presentata alla luce di riferimenti culturali tradizionali, che vengono in rilievo perché tali riferimenti culturali danno luogo a posizioni tutelate degli individui e/o della comunità umana; sono infatti tali

[28] Per un'introduzione dal punto di vista delle scienze naturali all'approccio "socio-ecologico" cfr. C. LORENZI, *Le risorse ecosistemiche in una visione culturale*, in C. LORENZI-A. DANI (a cura di), *Risorse naturali. Riflessioni multidisciplinari*, UniversItalia, Roma, 2020, pp. 161-179); con riferimento agli aspetti filosofici della *deep ecology*, improntata ad una logica di non-dominio e di abbandono del secolare dualismo uomo/natura cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Natur@. Dimensioni della Biogiuridica*, G. Giappichelli editore, Torino, 2021, a p. 32 s.

individui/comunità ad essere investiti del ruolo di "tutori" dei diritti del fiume, ciò comportando dunque, a ben vedere, la qualificazione dell'elemento naturale quale solo apparente soggetto di diritti[29]. Se, da un lato, questa sottolineatura potrebbe sembrare superflua, d'altro lato è utile a concentrare l'attenzione su ciò che invece veramente, dal punto di vista giuridico, in questi casi sta accadendo: oltre all'ecologia ed alla diversità biologica, in tali specifici elementi naturali si sta evidenziando, quale fattore direttamente rilevante per la corretta gestione dell'area, una specifica visione/approccio culturale tradizionale.

Di fatto, dunque, la diversità culturale, che a livello internazionale è dichiarata "as necessary for humankind as biodiversity is for nature"[30] rileva per il riconoscimento di diritti culturali "tutti umani" che però possono, come avviene nei casi di specie, venire azionati principalmente per ottenere un certo orientamento nella gestione pubblica dell'elemento naturale in questione, anche a prescindere da eventuali altre – forse possibili – rivendicazioni a titolo di diritto culturale individuale.

Questo modo di proporre e rappresentare la tutela della natura in stretta correlazione con la diversità culturale, spesso – ma non necessariamente – intimamente connesso ad elementi intangibili del patrimonio culturale caratteristici

[29] Con riferimento a un caso neozelandese che si è concluso nel 2017 con l'adozione di un atto legislativo, cfr. A. ARGYROU-H. HUMMELS, *Legal personality and economic livelihood of the Whanganui River: a call for community entrepreneurship*, in *Water International*, 2019 (44), pp. 752-768, https://doi.org/10.1080/02508060.2019.1643525. Nello stesso anno, ad altri tre fiumi, due in India e uno in Colombia, sono stati "riconosciuti diritti" (cfr. M. TIGNINO-L.E. TURLEY, *Granting Rivers Legal Rights: Is International Law Ready for Rights-Centered Environmental Protection?*, in *NewsSecurityBeat, the Blog of the Environmental Change and Security Program*, June 19 2018, https://www.newsecuritybeat.org/2018/06/granting-rivers-legal-rights-international-law-ready-rights-centered-environmental-protection/). Con riferimento al primo caso di questo genere in Canada, cfr. C.R. STUART-ULIN, *Quebec's Magpie River becomes first in Canada to be granted legal personhood*, in *Canada's National Observer*, February 24th 2021, https://www.nationalobserver.com/2021/02/24/news/quebecs-magpie-river-first-in-canada-granted-legal-personhood.

[30] Si veda l'articolo 1 della Dichiarazione Universale sulla Diversità Culturale, adottata dalla Conferenza generale dell'UNESCO nel novembre 2001. Nella Dichiarazione è affermato che la diversità culturale è essenziale per l'umanità in quanto fonte di scambi, innovazione e creatività.

soprattutto dei popoli indigeni[31], potrebbe anche suggerire ulteriori possibili significati ed applicazioni delle nuovissime disposizioni costituzionali relative alla protezione dell'ambiente e degli animali in senso socio-ecologico, contribuendo a realizzare la dimensione culturale dello sviluppo sostenibile. In ciò esso senz'altro ben rappresenta le esigenze concrete di coerenza dell'ordinamento giuridico, sia di quello internazionale che di quello interno, in particolare con riferimento ai diritti culturali, ai quali negli ultimi tempi la Comunità internazionale sembra dedicare una maggiore attenzione[32].

dirittifondamentali.it

[31] A tale contesto possono essere riferite diverse fonti internazionali, *in primis*, sebbene non vincolante, la Dichiarazione (61/295) delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, adottata dall'Assemblea generale il 13 settembre 2007, in particolare agli articoli 31 e 32, ove sono richiamati consecutivamente prima il diritto dei popoli indigeni a mantenere, controllare, proteggere e sviluppare il proprio patrimonio culturale e poi il loro diritto a indicare le priorità e strategie per lo sviluppo o l'utilizzo dei loro territori, menzionando esplicitamente l'obbligo degli Stati di consultarli e cooperare con loro in buona fede, dialogando con istituzioni che siano da loro stessi espresse in loro rappresentanza.

[32] Cfr. tra gli altri, J. BLAKE, *Exploring Cultural Rights and Cultural Diversity: An Introduction with Selected Legal Materials*, Institute of Art &Law, 2014.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 22 marzo 2022

Autodeterminazione *versus* vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*

di
Antonio Ruggeri**

Sommario: 1. Gli scenari che avrebbero, in astratto, potuto conseguire all'eventuale caducazione per via referendaria dell'*incipit* dell'art. 579 c.p. – 2. L'alternativa soffocante cui si trova esposta l'autodeterminazione della persona, ora considerata *tutto* ed ora invece *niente*, e la soluzione ragionevole fatta propria dal legislatore penale a presidio del bene primario per eccellenza, la vita. – 3. Il riferimento fatto dalla Consulta al bisogno di assicurare una "tutela minima" al bene della vita al fine di giustificare l'inammissibilità della consultazione referendaria avente ad oggetto l'*incipit* dell'art. 579, il carattere scivoloso del limite in parola, per l'idea che in via generale sembra essersene fatta la giurisprudenza costituzionale, e l'opportunità che essa sia complessivamente rivista. – 4. Il disallineamento tra il disposto iniziale dell'art. 579 c.p. e la pronunzia della Corte, con la quale resta pur sempre spianata la via al legislatore per la revisione del primo, alla luce e in svolgimento dei "principi e criteri direttivi" stabiliti dalla stessa Corte.

1. *Gli scenari che avrebbero, in astratto, potuto conseguire all'eventuale caducazione per via referendaria dell'*incipit *dell'art. 579 c.p.*

"Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con […] le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1. contro una persona minore degli anni diciotto; 2. contro una persona inferma di mente, o che si trova in

* Relazione al Seminario su *All'indomani della dichiarazione di inammissibilità del referendum sull'omicidio del consenziente: quali prospettive?*, organizzato dal Centro di studi di bioetica, Messina 21 marzo 2022.

** Professore Emerito di Diritto costituzionale.

Contributo non sottoposto a referaggio in ragione della chiara fama dell'Autore

condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti; 3. contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno".

Questo il testo dell'art. 579 c.p. quale sarebbe risultato a seguito dell'eventuale abrogazione popolare del frammento iniziale che in via generale stabilisce per l'autore dell'omicidio del consenziente la pena della reclusione da sei a quindici anni, qualora l'iniziativa referendaria allo scopo adottata avesse superato lo scoglio del sindacato di ammissibilità, ciò che – come si sa – non è stato reso possibile da Corte cost. n. 50 del 2022. Un'iniziativa, quella in parola, che ripropone temi e problemi riguardanti, a un tempo, le dinamiche della normazione, esperienze della giustizia costituzionale, problemi cruciali di bioetica e di teoria costituzionale: insomma, un grumo di questioni particolarmente vessate, denso e gravido di implicazioni per più ambiti disciplinari e, per uno stesso ambito, sotto più aspetti.

Tutto ciò, ovviamente, non può qui costituire oggetto di un esame dotato di una qualche pretesa di organicità e l'attenzione dovrà pertanto restare circoscritta unicamente ad alcuni punti tra i molti meritevoli di essere presi in considerazione.

Muovo nella mia riflessione da una premessa che reputo sia da tener ferma; ed è che chi si interroghi a riguardo degli scenari che avrebbero potuto configurarsi all'indomani di un eventuale verdetto nel senso auspicato dai promotori non può ignorare il dato oggettivo, innegabile, secondo cui l'omicidio del consenziente è, *per norma*, punito con una pena più lieve di quella in via generale stabilita per l'omicidio del non consenziente. Considero questa previsione, a un tempo, *ragionevole e costituzionalmente necessaria*.

È l'una cosa, per il fatto che non può non darsi un qualche rilievo alla volontà del soggetto passivo (che poi – se ci si pensa – è anche, in qualche modo, *attivo*, concorrendo in misura determinante alla realizzazione dell'illecito); ed è anche l'altra, se è vero – com'è vero – che la vita umana è pur sempre un bene prezioso, meritevole perciò di essere salvaguardato e difeso, ancora di più poi con

riferimento a persone particolarmente vulnerabili, esposte, talmente sofferenti nel corpo e/o nell'anima da desiderare la propria morte[1].

D'altro canto, è di tutta evidenza che, se non c'è vita, non può esservi neppure dignità, che è (e resta), a mio modo di vedere, un autentico valore "supercostituzionale"[2], in funzione del quale si pone ogni diritto fondamentale e, specularmente, ogni dovere inderogabile di solidarietà, nelle sue plurime e qualificanti espressioni[3], specie appunto laddove riesca a convertirsi, esaltandosi, in fraternità[4].

---

[1] Sul concetto di persona vulnerabile, v., part., M. GENSABELLA FURNARI, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2008, e, più di recente, G. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014 e, della stessa, *Le incognite del referendum c.d. «sull'eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2021, 9 dicembre 2021, spec. 979 s.; P.F. BRESCIANI, *Chi sono i "vulnerabili" che l'art. 579 c.p.* deve *proteggere?*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p., Amicus curiae* 2022, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, in *Forum* di *Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 1/2022, 15 gennaio 2022, 45 ss.

[2] In questi termini se ne discorre da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., in poi; v., inoltre, le precisazioni al riguardo svolte nei miei *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2011, e *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2018, 3 giugno 2018, 392 ss. Cfr., sul punto, tra i molti e variamente, almeno, C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli 2004; A. D'ALOIA, *Eutanasia (Dir. cost.)*, in *Dig./Disc. pubbl.*, V (2012), 300 ss.; G. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, cit.; E. MALFATTI, *Intorno alla dignità della persona umana nel "vocabolario" più recente della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Ricordando* AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017, 485 ss.; i contributi ospitati dal fasc. 2/2017 di *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), in ricordo di S. Rodotà, nonché gli altri che sono in *Special issue*, 2/2019, della stessa *Rivista* (tra i quali, part., quelli di S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico.* Linee ricostruttive; L. VIOLINI, *La dignità umana, inesauribile fonte di suggestioni per il costituzionalismo*, e G. RAZZANO, *Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione*, rispettivamente, a 61 ss., 83 ss. e 95 ss.); R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; C.M. MAZZONI, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Olschki, Firenze 2019; F. RIMOLI, *Diritto di morire o dovere di vivere? La democrazia liberale e i limiti del pensiero giuridico*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 483 ss.

[3] La letteratura al riguardo è – come si sa – ormai incontenibile: *ex plurimis*, v., almeno, gli studi di respiro monografico di S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, con le precisazioni dallo stesso, più di recente, fatte in *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2019, 4 settembre 2019, 555 ss., nonché nella voce *Solidarietà*, in *Dig./Disc. pubbl.*, Agg., VIII (2021); A. APOSTOLI, *La svalutazione del*

Per certi versi, in un non dissimile ordine di idee parrebbe disporsi anche la pronunzia della Consulta che ha offerto lo spunto per la riflessione che ora si passa a svolgere, che si mostra avvertita del bisogno che sta a base della dichiarazione d'inammissibilità dell'iniziativa referendaria che – come si vedrà – è di mettere al riparo della stessa l'*incipit* iniziale dell'art. 579 in quanto idoneo ad apprestare una "tutela minima" a beni costituzionalmente protetti e, perciò, indisponibili.

Che le cose stiano in effetti così, se ne ha, a mia opinione, conferma nel momento in cui – come si diceva – ci si interroghi in merito agli scenari che avrebbero potuto conseguire al verdetto popolare favorevole alla rimozione dell'*incipit* suddetto.

---

principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia, Giuffrè, Milano 2012; M.C. BLAIS, *La solidarietà. Storia di un'idea*, Giuffrè, Milano 2012; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016 e, con specifico riferimento alla materia tributaria, C. BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Giuffrè, Milano 2011; con riguardo, poi, alla genetica, per tutti, v. M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019; tra i molti altri contributi, v., poi, AA.VV., *Il dovere di solidarietà*, a cura di B. Pezzini e C. Sacchetto, Giuffrè, Milano 2005; gli scritti ospitati dal fasc. 1/2016 di *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it) e, part., quello di L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, 19 maggio 2016, 45 ss.; E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, a cura dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Napoli 2010, spec. 248 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Scritti in onore di A. Mattioni*, Vita e Pensiero, Milano 2011, 666 ss. e, dello stesso, *La frontiera aperta da Giorgio Lombardi nella sistematica dei doveri costituzionali: dall'idealismo mazziniano al personalismo costituzionale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 4/2021, 10 febbraio 2021, 304 ss.; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 305 ss.; AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Giappichelli, Torino 2017, ed *ivi*, part., L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, 517 ss.; G.L. CONTI, *Il pendolo della solidarietà nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, cit., 463 ss.; G. BASCHERINI, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 245 ss.; AA.VV., *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale?*, a cura di F. Marone, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, ed *ivi*, spec., la relaz. introduttiva, dall'omonimo titolo, di E. ROSSI, 9 ss.; B. GUASTAFERRO, *La «partecipazione ai beni vitali»: i diritti sociali tra principio di eguaglianza sostanziale, economia sociale di mercato e solidarietà*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2021, 28 giugno 2021, 158 ss., spec. 170 ss.

[4] Allo studio di quest'ultima si è particolarmente dedicato F. PIZZOLATO, in scritti meritevoli di particolare attenzione, tra i quali il suo *Il principio costituzionale di fraternità*, Città Nuova Editrice, Roma 2012; v., inoltre, utilmente, E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2005 e AA.VV., *La fraternità come principio del diritto pubblico*, a cura di A. Marzanati e A. Mattioni, Città Nuova Editrice, Roma 2007. In tema, poi, con diverso orientamento da quello qui accolto, I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Jovene, Napoli 2011.

Per un verso, si è al riguardo immaginato che l'omicidio del consenziente avrebbe ugualmente potuto riportarsi alla previsione di ordine generale di cui all'art. 575, vale a dire all'omicidio *tout court*, dal momento che pur sempre tale è[5]. Un esito interpretativo, questo, che tuttavia parrebbe essere di tutta evidenza improponibile[6], vuoi appunto per il fatto che, non assegnando rilievo alcuno al consenso, risulterebbe *ictu oculi* non rispondente a ragionevolezza e vuoi perché contraddetto *per tabulas* dallo stesso art. 579, nella parte non toccata dall'abrogazione, che espressamente riporta – come si è veduto – sotto la "copertura" della norma generale *unicamente* l'omicidio di persona, sì, consenziente ma a vario titolo particolarmente meritevole di tutela.

Esclusa pertanto questa eventualità, parrebbe inevitabile l'approdo alla sponda opposta, della non punibilità, in via di principio, dell'omicidio, scriminato dal consenso della persona uccisa, che poi – come si sa – era l'obiettivo preso di mira dai promotori. E, tuttavia, residua il dubbio che la manovra messa in atto dai promotori sarebbe davvero riuscita a centrare l'obiettivo prefissosi, in presenza della previsione di ordine generale, di cui all'art. 575, con il carattere suo proprio omnicomprensivo e assorbente, idoneo pertanto a ricomprendere in sé *ogni caso* di uccisione di persona diverso da quelli dallo stesso codice penale altrimenti tipizzati (quale l'infanticidio). La qual cosa, invero, induce a pensare che l'effetto scriminante avrebbe richiesto una previsione *in positivo*, a sé stante, non essendo allo scopo sufficiente il mero silenzio conseguente alla cancellazione dell'*incipit* dell'art. 579, che però di tutta evidenza non c'è.

Il vero è che il sistema delle disposizioni del codice riguardanti le fattispecie di omicidio ha una sua *ratio* interna immanente, una sua complessiva armonia che verrebbe fatalmente turbata per effetto della rimozione di uno dei tasselli essenziali di cui si compone, come invero parrebbe avvalorato dal fatto che l'art. 579, quale

[5] L'ipotesi è formulata da F.P. GARZONE, I. IACOBELLIS, *Perché il quesito referendario sull'omicidio del consenziente non è ammissibile*, in Centro studi Livatino (www.centrostudilivatino.it), 12 novembre 2021.

[6] V., infatti, i puntuali rilievi di R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 9 s.

risultante all'esito della celebrazione referendaria nel senso auspicato dai promotori, si sarebbe, a conti fatti, presentato come meramente ripetitivo dell'art. 575; ed è allora da chiedersi quale senso mai possa avere un precetto penale ridondante. Insomma, se non altro sul piano del *drafting* legislativo il risultato del "taglia e cuci" messo in atto dai fautori del referendum avrebbe denunziato carenze linguistiche e concettuali di non poco momento.

2. *L'alternativa soffocante cui si trova esposta l'autodeterminazione della persona, ora considerata* tutto *ed ora invece* niente, *e la soluzione ragionevole fatta propria dal legislatore penale a presidio del bene primario per eccellenza, la vita*

Si tratta, infatti, di chiedersi se la Costituzione dia modo all'autodeterminazione della persona stessa di privare di rilievo penale il fatto illecito commesso.

Il vero è che, a base dell'orientamento di cui molti si fanno portatori, pur se con posizioni non in tutto coincidenti per impostazione e argomentazione[7], sta una concezione – per dir così – assolutistica dell'autodeterminazione[8], naturalmente portata dunque ad affermarsi in modo tirannico (nell'accezione schmittiana del termine[9]) su ogni altro bene o valore pure costituzionalmente protetto: sta, insomma, l'idea che l'autodeterminazione sia *tutto* e che, al suo cospetto, ogni altro valore che si dimostri con essa inconciliabile sia, assiomaticamente, *niente*, destinato perciò fatalmente a farsi da parte.

[7] In questo indirizzo si riconoscono molti degli scritti riuniti in AA.VV., *Il referendum sull'art. 579 c.p.:* aspettando la Corte costituzionale, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 1/2022, Quad. n. 4, e AA.VV. *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit.

[8] … avverso la quale puntuali rilievi in F. VARI - F. PIERGENTILI, *Sull'introduzione dell'eutanasia nell'ordinamento italiano*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2019, 9 luglio 2019, 1 ss., spec. 6 ss. Paventa il rischio che, una volta resa disponibile la vita, possa prodursi un "effetto domino" incontrollabile coinvolgente altri beni costituzionalmente protetti G. RAZZANO, *Le incognite del referendum c.d. «sull'eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico*, cit., 982.

[9] Il riferimento è, ovviamente, a *Die Tyrannei der Werte*[3], Duncker & Humblot, Berlin 2011.

Avverto subito, prima di andar oltre ed a scanso di ogni possibile equivoco circa il mio pensiero sul punto, che non considero affatto l'autodeterminazione priva di valore alcuno, *niente* appunto[10]. Tutt'altro! Non ho alcuna esitazione a riconoscere in essa un bene prezioso, che va dunque – *fin dove possibile* – salvaguardato, quale condizione per la realizzazione dei progetti di vita del soggetto e, dunque, per la piena maturazione ed affermazione della sua personalità, così come peraltro è espressamente dichiarato dalla Carta costituzionale in quella che, non a caso, costituisce – piace a me dire – la *coppia assiologica fondamentale*, di cui agli artt. 2 e 3[11], espressiva dei valori transepocali e tendenzialmente universali di libertà ed eguaglianza, nonché da altre Carte dei diritti (e ripetutamente ribadito dalle Corti che delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti[12]). È pur vero, però, che proprio la tragica vicenda dell'aggressione militare dell'Ucraina da parte della Russia dell'autocrate Putin dimostra quante indicibili sofferenze comporti la difesa, senza "se" e senza "ma", dei valori in parola che – come questa travagliata vicenda avvalora – fa poi tutt'uno con la difesa della patria che non ha riguardo solo alla salvaguardia della integrità del territorio e delle vite umane che in esso si trovano ma anche, ed inscindibilmente da questa, del patrimonio dei valori fondamentali che fanno l'identità costituzionale di un popolo[13]. Per quest'aspetto, la difesa in parola si volge a dare, per la sua parte, fiato ed alimento a quel dovere di fedeltà

[10] Riprendo qui, con ulteriori precisazioni, quanto ho già avuto modo di dire nella mia voce *Autodeterminazione (principio di)*, in *Digesto/Disc. Pubbl.*, VIII Agg. (2021), 1 ss., alla quale rinvio altresì per indicazioni di dottrina diversamente orientata; cfr., infine, C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *Oss. cost.*, (www.osservatorioaic.it), 1/2022, 1° febbraio 2022, 51 ss.

[11] Sulle mutue implicazioni che tra i valori in parola si intrattengono faccio qui richiamo solo della densa riflessione teorica di G. SILVESTRI, *Dal potere ai princìpi. Liberta ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

[12] Con specifico riguardo alla Corte di giustizia, riferimenti possono aversi da A. DI STASI, *Brevi considerazioni intorno all'uso giurisprudenziale della nozione di dignità umana da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Cacucci, Bari 2019, 861 ss.; per la Corte EDU, v., ora, P. VALENTI, *Il diritto ad autodeterminarsi: il "fine vita" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. fond.* (www.dirittofondamentale.it), 1/2022, 5 gennaio 2022, 12 ss.

[13] Sulla identità costituzionale, riguardata dal punto di vista dei principi fondamentali dell'ordinamento, per tutti, v. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2015.

alla Repubblica che è l'autentico architrave che tiene unite le basi portanti dell'edificio statale e sul quale poggiano i piani sovrastanti[14].

Il punto è, però, che ogni principio fondamentale, in un ordinamento che si autodefinisca democratico e pluralista e che voglia essere davvero tale nei fatti, è soggetto a quotidiane, particolarmente impegnative e non di rado sofferte operazioni di bilanciamento con gli altri principi aventi la sua stessa natura con i quali si trovi occasionalmente in conflitto. Direi, anzi, che uno dei tratti maggiormente espressivi e qualificanti della "fondamentalità" è proprio quello della sua *relatività* o, meglio, *relazionalità* che, in buona sostanza, si traduce e converte nella disponibilità a patire sia pur parziali sacrifici in vista della tenuta complessiva del "sistema". Tutti i principi in parola, infatti, esprimono una congenita ed irrefrenabile vocazione a fare "sistema"; e possono farlo *optimo iure* alla sola condizione di essere tutti pronti a soggiacere a temperamenti della loro naturale vocazione ad imporsi in modo tirannico. Il diritto costituzionale, quale emblematica espressione delle regole stabilite per la civile e pacifica convivenza dei consociati, pone dunque un limite a ciò che in natura sarebbe altrimenti portato a ricercare la propria prepotente affermazione.

Così è, dunque, anche per l'autodeterminazione che è, sì, valore fondamentale ma che è pure obbligata ad arrestarsi davanti ad altri valori non meno di essa bisognosi di protezione, in relazione a talune fattispecie meritevoli di prioritaria protezione[15]. È ciò che, appunto, si ha in forza dell'attuale disciplina dell'omicidio del consenziente, a riguardo della quale si può, certo, discutere della congruità della pena, ancorché dotata – come si è rammentato – di ampia capacità di oscillazione di campo; volendo, si potrebbe infatti assumere che ancora meglio (nel senso di

[14] Allo studio del dovere in parola si è dedicato, dopo G. Lombardi e L. Ventura, part., A. MORELLI, del quale v., almeno, il suo *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

[15] Non può non convenirne anche chi [come P. VERONESI, *Fisionomia e limiti del diritto fodnamentale all'autodeterminazione*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), *Special issue*, 2/2019, 27 ss.] pure inscrive la sua approfondita riflessione in un contesto teorico-ricostruttivo non poco distante da quello in cui io invece ambiento la mia, dovendo comunque ammettere la sussistenza di limiti di vario segno al libero spiegarsi dell'autodeterminazione. Il nodo della questione sta però, ovviamente, nel modo di intenderli, per qualità e quantità; e – com'è chiaro – non è differenza di poco conto.

maggiormente rispondente a ragionevolezza) si sarebbe fatto a darle modo di portarsi oltre i confini in atto assegnatile. Non è di ciò, ad ogni buon conto, che dobbiamo qui tornare a discutere; oltre tutto, di sicuro, la eventualità ora presa in considerazione si sarebbe situata al di fuori della portata del fuoco referendario e semmai potrebbe, dunque, ragionarsi di una eventuale (e, forse, per vero non impossibile) "correzione" della pena, chiaramente solo *in melius*, per mano del giudice costituzionale[16], mentre, com'è chiaro, il legislatore potrebbe, volendo, portarla ancora più in alto, pur sempre però con moderazione, vale a dire *secondo ragionevolezza*.

Come che sia di ciò e senza far debordare ora il discorso *extra moenia*, a me pare che la soluzione fatta propria dal legislatore sia stata giustamente messa al riparo dal raggio d'azione dell'iniziativa referendaria, per il fatto di porsi in funzione servente nei riguardi del bene primario della vita che, in sua mancanza, sarebbe inammissibilmente rimasto sguarnito di tutela alcuna. Non va, infatti, mai perso di vista, neppure per un momento, che è quest'ultima ad essere qui in gioco, non già un altro bene, pure di particolare rilievo ma non comparabile con la vita stessa: confrontarsi sull'idea, *assoluta* ovvero *relativa*, di autodeterminazione equivale

[16] Recenti esperienze della giustizia costituzionale (e penso ora, in special modo, al sostanziale abbandono del limite delle "rime obbligate", inopinatamente convertito – è stato detto – nelle "rime possibili" o nei "versi sciolti"), d'altro canto, danno conferma dell'idea che, alla bisogna, la Corte ormai più non si trattiene dal riscrivere discipline normative pur laddove ciò dovesse comportare apprezzamenti politico-discrezionali ancora fino a poco tempo addietro dalla stessa Corte considerati essere di esclusiva spettanza del legislatore [a riguardo dell'esperienza in parola, v., tra gli altri, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e, dello stesso, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss.; S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293.; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss.; I. GOIA, *Una giustificabile "invasione" di campo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2021, 9 dicembre 2021, 1001 ss., e, se si vuole, il mio *L'uso a fisarmonica del limite della discrezionalità del legislatore nei giudizi di costituzionalità e le sue implicazioni al piano dei rapporti istituzionali ed interordinamentali*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di P. Bilancia*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 4/2022, 2 febbraio 2022, 867 ss.]. In ambito penale, per vero, ciò si riscontra in una misura più contenuta, senza che nondimeno sia esclusa del tutto la eventualità di sostanziali innovazioni apportate *iussu iudicis* a norme preesistenti.

infatti, con riguardo al caso ora nuovamente discusso, a interrogarsi sul senso o valore che si intende attribuire all'esistenza umana. I promotori dell'iniziativa referendaria hanno dato mostra di considerarla in tutto e per tutto subordinata all'autodeterminazione. La disciplina di cui all'art. 579 contraddice frontalmente quest'ordine gerarchico, col fatto stesso di sanzionare penalmente l'omicidio; e, tuttavia, sarebbe errato desumere da ciò che non si sia dato rilievo alcuno all'autodeterminazione, che essa sia cioè *niente*, tant'è che l'entità della pena, minore rispetto alla fattispecie-tipo dell'omicidio, è qui rapportata proprio al consenso venuto dalla stessa persona uccisa.

La vita, insomma, resta un valore *in sé e per sé*, graduabile in ragione delle circostanze, tanto nei profili oggettivi (in ispecie, a seconda che la persona uccisa sia a vario titolo vulnerabile) quanto in quelli soggettivi (e, segnatamente, a seconda che si dia, o no, il consenso della stessa): un valore, ad ogni buon conto, meritevole di protezione penale. Come si viene dicendo, trovo del tutto naturale, necessario, che sia così, riguardando la protezione stessa il bene primario per eccellenza. E, invero, fatico a comprendere come possa ipotizzarsi la eventuale mancanza della "copertura" penale della vita o immaginare che quest'ultima sia una sorta di bene a scomparsa, bisognoso di essere salvaguardato unicamente con riferimento ai casi dallo stesso art. 579 riportati sotto la previsione dell'art. 575 e non pure per altri, malgrado possano esserne riguardate persone comunque vulnerabili, per il solo fatto di desiderare ardentemente di chiudere con la vita, e dunque bisognose di una speciale protezione e di amorevoli cure[17].

3. *Il riferimento fatto dalla Consulta al bisogno di assicurare una "tutela minima" al bene della vita al fine di giustificare l'inammissibilità della consultazione referendaria avente ad oggetto l'*incipit *dell'art. 579, il carattere scivoloso del limite in parola, per l'idea che in via*

[17] Torna qui in rilievo – come si viene dicendo – il valore di solidarietà, specie nel suo farsi tangibile ed operosa fraternità.

dirittifondamentali.it

generale sembra essersene fatta la giurisprudenza costituzionale, e l'opportunità che essa sia complessivamente rivista

Il punto centrale dell'articolata argomentazione presente nella pronunzia con cui è stata dichiarata inammissibile l'iniziativa referendaria non è dato – come pure era stato criticamente prospettato da un'accreditata dottrina[18] – dal carattere manipolativo (o, diciamo meglio *eccessivamente* manipolativo[19]) della manovra referendaria, con ogni probabilità nella consapevolezza di come le manipolazioni stesse abbiano accompagnato e segnato lo sviluppo della giurisprudenza in materia[20], con talune punte francamente abnormi, sì da costituire oggetto di ripetuti e penetranti rilievi critici in dottrina[21]. Piuttosto, si è fatto leva sul carattere della indefettibilità della norma avuta di mira dai promotori, in quanto – come si diceva – volta ad assicurare una "tutela minima" al bene della vita[22]. È singolare, per vero,

[18] Part., A. MORRONE, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, in AA.VV. *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 165 ss. che si sofferma, con opportuni rilievi anche in chiave comparata, sul "*plusvalore performativo*" del referendum poi dichiarato inammissibile; pure *ivi*, R. GIRANI, *Il referendum "eutanasia legale": legalizzazione dell'eutanasia o superamento del divieto di uccidere?*, 130. Di segno opposto la ricostruzione di molti studiosi che hanno risolutamente confutato il carattere manipolativo della domanda referendaria (per tutti, P. VERONESI, *Obiettivo legittimo ma strumento (forse) sbagliato: problemi di ammissibilità per il quesito sull'art. 579 c.p.*, in AA.VV. *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 227).

[19] Ho rimarcato questo punto nel mio *Il referendum sull'art. 579 c.p.; inammissibile e, allo stesso tempo, dagli effetti incostituzionali*, in AA.VV. *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 197.

[20] D'altronde, anche nella tornata odierna, le manipolazioni non sono mancate (così, part., per ciò che attiene al referendum sulla responsabilità civile dei magistrati, di cui alla sent. n. 49 del 2022, ed a quello sulle sostanze stupefacenti, di cui alla sent. n. 51 del 2022, entrambi inammissibili, nonché al referendum sui consigli giudiziari e il consiglio direttivo della Corte di Cassazione, ed a quello sulla elezione del Consiglio superiore della magistratura, ammessi, rispettivamente, con sentt. nn. 59 e 60 del 2022).

[21] Così, in ispecie, per le domande referendarie in materia elettorale.

[22] Sul canone processuale in parola, fatto oggetto – come si sa – di animati e ad oggi non sopiti dibattiti, v., da ultimo e per tutti, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[7], Giappichelli, Torino 2022, 384 ss.

Nella circostanza odierna, è stata affacciata [part., da A. PUGIOTTO, *Intervento* al *forum* su *Il Referendum per l'eutanasia legale*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 29 settembre 2021, cui si richiama anche U. ADAMO, *IL referendum sull'omicidio del consenziente fra ammissibilità e merito*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 33 e nt. 9; dello stesso, v., pure, *Intorno al giudizio sull'ammissibilità del* referendum *per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*, in *Oss.*

che gli artefici della iniziativa stessa non si siano avveduti del fatto che l'esito del verdetto popolare favorevole all'abrogazione avrebbe spianato la via alla soppressione della vita ben oltre l'ambito e le condizioni poste in *Cappato*[23] e che, pertanto, ben difficilmente avrebbe potuto trovare favorevole accoglienza presso la

cost. (www.osservatorioaic.it), 1/2022, 1° febbraio 2022, 232 ss., spec. 240 ss.; v., inoltre, M. D'AMICO - S. BISSARO, *Il referendum sull'art. 579 c.p., tra (presunti) obblighi di penalizzazione ed esigenze di protezione delle persone più fragili*, in AA.VV. *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 97 ss., spec. 103 ss., e R. D'ANDREA, *Brevi osservazioni circa l'ammissibilità del quesito per la parziale abrogazione dell'art. 579 c.p.*, 110, nonché S. BISSARO, *Alla vigilia della decisione della Corte costituzionale, brevi riflessioni sulla natura del presidio penale in materia di fine vita*, in AA.VV., *Il referendum sull'art. 579 c.p.:* aspettando la Corte costituzionale, a cura di M. D'Amico e B. Liberali, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 1/2022, Quad. n. 4, 3 ss. 51 ss.] l'idea che la tutela in parola sarebbe data dalla parte non toccata dall'iniziativa referendaria. La Corte però – come si vede – sposta il tiro, argomentando la carenza della tutela stessa per il caso che dovesse venire meno il precetto di ordine generale fissato in testa all'art. 579 [sul punto, G. LUCCIOLI, *Le ragioni di un'inammissibilità. Il grande equivoco dell'eutanasia*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 8 marzo 2022; si erano lucidamente prefigurati quest'esito, seppur da varie angolazioni e con parimenti varî argomenti, A. D'ALOIA, *Qualche dubbio sull'ammissibilità del referendum sull'eutanasia legale*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 95; pure *ivi*, oltre ad A. MORRONE, nello scritto da ultimo cit., 169, v. C.D. LEOTTA, *Le ragioni della inammissibilità del referendum abrogativo sull'art. 579 c.p.*, 149 s., e R. GIRANI, *Il referendum "eutanasia legale": legalizzazione dell'eutanasia o superamento del divieto di uccidere?*, cit., 134 s. V., inoltre, F.G. PIZZETTI, *L'"aiuto medico alla morte volontaria" in Italia fra via referendaria e via parlamentare*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di P. Bilancia*, cit., 774 ss.; V. ONIDA, *Intervento* al *forum* su *I Referendum per l'eutanasia legale*, cit., 27 settembre 2021, e, pure *ivi*, l'*Intervento* di I.A. NICOTRA, 4 ottobre 2021, e quello di G. CRICENTI, 6 ottobre 2021, che rileva come, all'esito dell'eventuale abrogazione popolare, potrebbe legittimarsi anche l'"eutanasia" delle persone depresse; S. TROZZI, *Aspetti* de iure condito *e prospettive* de iure condendo *in materia di fine vita. La Consulta si pronuncia per l'inammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2022, 2 marzo 2022, spec. 342. Rinviene nella "tutela minima" "il vero *punctum dolens* della richiesta" P. VERONESI, *Intervento* al *forum* su *Il Referendum per l'eutanasia legale*, cit., 1° ottobre 2021, e *Obiettivo legittimo ma strumento (forse) sbagliato: problemi di ammissibilità per il quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 232].

[23] Opportunamente, dunque, un'accreditata dottrina (G. DE VERO, *Omicidio del consenziente, perché la Corte costituzionale non ha tutti i torti*, in *Gazzetta del Sud*, 27 febbraio 2022) ha messo in luce talune carenze strutturali esibite dal quesito referendario, sollecitando piuttosto un intervento urgente del legislatore, avente ad oggetto, però, non già l'art. 579 ma il 580, volto ad ampliare "con la dovuta accortezza" le condizioni riguardanti l'aiuto al suicidio, quali stabilite in *Cappato*, e, allo stesso tempo, prevedendo la non punibilità dell'omicidio del consenziente al ricorrere delle medesime condizioni. Malgrado la cautela esplicitamente auspicata, residua – lo confesso – in me il dubbio che l'ulteriore allungamento del catalogo dei presupposti indicati dalla Consulta possa trovare in quest'ultima favorevole accoglienza. Ho l'impressione, infatti, che quella indicata nella pronunzia del 2019 sia la soglia massima consentita al fine di mantenere entro la cornice costituzionale la disciplina di siffatte dolorosissime esperienze umane. Mi riservo, nondimeno, di dedicare in altro luogo una specifica riflessione al progetto di legge, cui tra un momento farò cenno.

Consulta[24]. È chiaro che i disposti di cui agli artt. 579 e 580 c.p. si riferiscono a fattispecie nondimeno diverse[25], le quali tuttavia si pongono in una non casuale consecuzione sistematica[26] risultando legate l'una all'altra da un filo sottile ma resistente e nitidamente visibile che è, poi, lo stesso messo in chiaro dalla odierna decisione del giudice costituzionale, riportandosi al fine-valore della salvaguardia della vita: il "primo dei diritti inviolabili dell'uomo" – tiene oggi, ancora una volta, a ribadire il giudice costituzionale – che, dunque, si dispone "in posizione apicale nell'ambito dei diritti fondamentali della persona"[27]. Il legislatore penale, insomma, si è fatto premura di assicurare un adeguato rilievo a talune tristissime vicende della vita, mettendo fin dove possibile al riparo l'esistenza umana da ogni tentativo volto alla sua soppressione: si abbia *ab externo*, come nell'istigazione al suicidio, ovvero *ab interiore hominis*, da parte cioè dello stesso soggetto che desideri ardentemente la propria morte, abbisognando tuttavia del sussidio del terzo[28] o, comunque, facendosi da quest'ultimo suggestionare, anche per talune carenze mentali o psichiche di cui il soggetto stesso sia affetto.

Ora, è doveroso qui riconoscere che tra le cause d'inammissibilità delle domande referendarie la più scivolosa ed incerta, teoricamente e praticamente, è, forse, proprio quella evocata in campo dalla Consulta nel caso odierno. Stabilire, infatti, quando ricorrano le condizioni che consentano di riconoscere ad una data disciplina positiva il possesso dell'attributo della idoneità ad apprestare la "tutela

[24] … salvo, naturalmente, il caso, pur sempre astrattamente immaginabile, che il giudice costituzionale avesse rivisto *ab ovo* il proprio orientamento; una eventualità, questa, tuttavia meramente astratta appunto, anche in considerazione del breve lasso temporale trascorso dalla decisione in due tempi su *Cappato*.

[25] A quest'ultimo ed al dichiarato fine di dare seguito alle sollecitazioni venute dalla Corte specificamente si riferisce il testo di legge, frutto della riunificazione di più progetti (n. 2-1418-1586-1655-1875-1888-2982-3101) e contenente "disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita", approvato il 10 marzo scorso dalla Camera ed ora pendente al Senato.

[26] Di un "nesso di contiguità teleologica" degli enunciati in parola ha, di recente, discorso T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 23.

[27] I riferimenti sono tutti tratti dal punto 5.2 del *cons. in dir.*

[28] … non necessariamente però – si badi – perché fisicamente impedito di porre fine da sé ai propri giorni, seppur questo sia verosimilmente il caso maggiormente frequente, ma anche perché non dotato della forza interiore necessaria al compimento del gesto estremo.

minima" in parola è, fuor di dubbio, opinabile. Si danno, tuttavia, talune circostanze – e quella di oggi è, a me pare, una di queste – in cui può aversi obiettivamente riscontro del ricorrere di siffatta condizione: senza il disposto assunto a bersaglio dai promotori, la vita umana si troverebbe sguarnita di *qualsivoglia* protezione *in ogni caso* in cui il soggetto voglia porre fine ai propri giorni, con la sola eccezione di quelli espressamente previsti dallo stesso art. 579. È il carattere generale, omnicomprensivo, della formula posta in testa al disposto suddetto a dare sicura conferma del fatto che, per il suo tramite, prende forma quella "tutela minima" che è dalla Corte annoverata tra i limiti all'abrogazione popolare[29], per quanto – come dirò a momenti – l'idea che della tutela stessa sembra essersi fatta la Corte diverga sensibilmente dalla mia.

Non ho, dunque, alcun dubbio che la condizione indefettibile della tutela in parola ricorra nel caso di cui siamo stati chiamati ancora una volta a discorrere[30]. Un caso che, però, come si accennava all'inizio di questa riflessione, rileva a più piani e, per ciascuno di essi, sotto più aspetti. Tra questi, c'è anche il piano della giustizia costituzionale, specie per il profilo riguardante i meccanismi processuali e i canoni che presiedono al loro funzionamento.

Ebbene, si sa (e la Corte lo ha ribadito anche nella circostanza odierna) che il controllo di ammissibilità delle domande referendarie è da tenere distinto dal sindacato di costituzionalità avente ad oggetto la normativa di risulta[31]; il canone della "tutela minima" si situa tuttavia al confine del campo attraversabile dal

[29] … o, per dir meglio, ad ogni specie di rimozione "secca", anche da parte dello stesso legislatore dunque.

[30] Ho già avuto modo di anticipare questo mio convincimento, nel quale dopo la lettura della pronunzia della Consulta mi radico ancora di più, nel mio *Il referendum sull'art. 579 c.p.; inammissibile e, allo stesso tempo, dagli effetti incostituzionali*, cit., 194 ss.

[31] Hanno insistito sul punto, tra gli altri, A. PUGIOTTO, *Intervento* al *forum* su *Il Referendum per l'eutanasia legale*, cit., e *Il principio di leale collaborazione in materia referendaria (preso sul serio)*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., spec. 182 s., e P. VERONESI, *Obiettivo legittimo ma strumento (forse) sbagliato: problemi di ammissibilità per il quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 231 s. Il carattere irragionevole della normativa di risulta è rilevato da molti studiosi: per tutti, G. RAZZANO, *Le incognite del referendum c.d. «sull'eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico*, cit., 976 ss., e F.G. PIZZETTI, *L'"aiuto medico alla morte volontaria" in Italia fra via referendaria e via parlamentare*, cit., spec. 779 s.

primo, in una zona grigia al di là della quale non v'è (o, meglio, non *vi sarebbe*…), comunque, più spazio perché possa spiegarsi e produrre effetti.

La Corte fatica – e non da ora – a tenere fino in fondo netta e marcata questa linea divisoria, non riuscendo a mascherare fino in fondo l'affanno che connota lo sforzo allo scopo prodotto. Emblematico, al riguardo, un passo che si legge in Corte cost. n. 24 del 2011[32], nel quale, dopo aver ribadito essere estranea ogni valutazione di merito all'accertamento in punto di ammissibilità, la Corte tiene nondimeno a dichiarare essere doveroso in occasione del controllo su quest'ultima la individuazione della normativa di risulta e il riscontro della osservanza da parte della stessa degli obblighi imposti dalla Carta costituzionale[33], un riscontro tuttavia – si faccia caso – che non può scivolare e convertirsi in un "pieno ed approfondito scrutinio di legittimità costituzionale", dovendo piuttosto esprimersi in una "mera valutazione liminare ed inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali"[34].

Non occorre qui rilevare il carattere oggettivamente ambiguo e sfuggente di un controllo che – per riprendere una nota espressione musicale – può (e, forse, deve) essere "andante ma non troppo", aversi sì ma non in modo "pieno ed approfondito". Un carattere che richiama quello, per taluni versi analogo, che – secondo una risalente configurazione teorica – avrebbe, com'è noto, dovuto connotare il sindacato sulla costituzionalità delle leggi, in ispecie quello ("liminare", appunto) posto in essere dal giudice *a quo* in sede di verifica della "non manifesta infondatezza" della questione sollevatagli[35].

---

[32] Vi ha fatto, ancora di recente, richiamo anche M. D'AMICO, *Aspettando la Corte costituzionale: alcune riflessioni sul referendum sull'art. 579 c.p.*, in AA.VV., *Il referendum sull'art. 579 c.p.:* aspettando la Corte costituzionale, cit., 11. Similmente, già, Corte cost. n. 45 del 2005.

[33] Affermazione, quest'ultima, che – come ben si vede – spiana la via ad accertamenti di merito, in buona sostanza, a tutto campo.

[34] V. punto 4.2.2 del *cons in dir.*, con richiamo, quanto all'ultimo passo fedelmente trascritto, di Corte cost. nn. 45 del 2005 e 15 del 2008.

[35] L'accostamento tra i due tipi di accertamento è anche in F. CIRILLO, *Il referendum ammissibile con risultato disarmonico: le reciproche implicazioni tra omicidio del consenziente, aiuto al suicidio e DAT*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 75 s. Riferimenti ed indicazioni a riguardo del modo con cui va intesa la "non manifesta infondatezza" possono, ora, vedersi in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[7], cit., 277 ss.

La fragilità (e, anzi, la vera e propria inconsistenza) teorica della immagine del giudice-"eterno Amleto"[36], roso dal dubbio e obbligato a non avere certezze (o, quanto meno, a non esibirle…), è ormai acclarata da tempo, comunque ha dimostrato di non saper resistere alla prova dell'esperienza, travolta da un autentico tsunami di pronunzie nelle quali non di rado i giudici non si trattengono dal disvelare a tinte forti il loro granitico convincimento in merito alla incostituzionalità delle discipline legislative portate alla cognizione della Corte.

Forse, dunque, è ormai tempo di prendere atto della impossibilità di tenere fermo, perlomeno per l'aspetto ora riguardato, il confine suddetto, spianando di conseguenza, *con riguardo ad esso (e solo ad esso)*, il terreno per un controllo di ammissibilità dei quesiti referendari che è, e non può che essere, intinto nel merito, sì da non doversi più considerare obbligato il giudice delle leggi a dover far ricorso ad acrobatiche argomentazioni a sostegno del proprio operato, in realtà poggianti sulle sabbie mobili di un apprezzamento (presuntivamente) non "pieno ed approfondito", come tale a conti fatti privo della solidità necessaria perché possa reggersi in piedi.

4. *Il disallineamento tra il disposto iniziale dell'art. 579 c.p. e la pronunzia della Corte, con la quale resta pur sempre spianata la via al legislatore per la revisione del primo, alla luce e in svolgimento dei "principi e criteri direttivi" stabiliti dalla stessa Corte*

Sta di fatto che, all'esito della odierna pronunzia della Consulta rimane un palese disallineamento tra il senso complessivo del disposto penale e l'orientamento manifestato dalla Consulta stessa a riguardo della spinosa e vessata questione relativa all'omicidio del consenziente[37]. La qual cosa fa, per vero, pensare che, al fondo, il giudice delle leggi si augura una modifica sostanziale del disposto stesso,

[36] … ancora da ultimo ripresa nell'*op. et loc. ult. cit.*

[37] … e, generalizzando, alle esperienze di fine-vita, com'è stato in *Cappato*.

in linea ovviamente con "i principi e criteri direttivi" dalla stessa somministrati al legislatore[38].

La stessa Corte, infatti, riconosce che, all'indomani della eventuale caducazione del disposto in parola, si sarebbe prodotto l'effetto della "piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, *senza alcun riferimento limitativo*"[39]. Di contro, grazie alla perdurante vigenza del disposto stesso, la vita non può essere *mai* nella disponibilità della persona, neppure dunque qualora la stessa versi in condizioni sommamente precarie in conseguenza di una malattia ormai avanzata e irreversibile.

Il vero è che l'auspicio pure non esplicitamente manifestato ma chiaramente deducibile dall'intero impianto argomentativo della decisione in esame (e già, peraltro, desumibile da *Cappato*) è nel senso dell'apertura, sia pure a condizioni ed entro limiti rigorosamente stabiliti, alla rinunzia alla vita, pur laddove dunque il compimento di questo passo richieda il fattivo sostegno del terzo.

La Corte, nondimeno, si fa premura – e la cosa è, invero, apprezzabile – di mettere quanto meno al riparo da gesti inconsulti persone non colpite da malattie gravemente invalidanti che, ciononostante, versando in situazioni di disagio di vario genere, fino al caso-limite del "mero taedium vitae"[40], potrebbero comunque decidere di farla finita.

Non si arresta, poi, qui la preoccupazione della Corte ma si estende altresì all'esame dei mezzi messi in atto per far luogo all'omicidio[41] (e che tale – non è

[38] … con quella che, una volta di più, si presenta dunque essere – piace a me dire – un'autentica *sentenza-legge di delega*. Si era lucidamente prospettato lo scenario che, pur dopo la dichiarazione d'inammissibilità, l'art. 579 c.p. "esiga un penetrante tagliando e un'altrettanto profonda rimodulazione" P. VERONESI, *Obiettivo legittimo ma strumento (forse) sbagliato: problemi di ammissibilità per il quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 234.

[39] Punto 3.2 del *cons. in dir.* (mia, ovviamente, la sottolineatura).

[40] Ancora punto 3.2., cit.

[41] Opportunamente rimarcato il punto anche da A. ALBERTI, *Analogie impossibili e possibili: perché il quesito sull'art. 579 c.p. è inammissibile*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 38 e R. GIRANI, *Il referendum "eutanasia legale": legalizzazione dell'eutanasia o superamento del divieto di uccidere?*, cit., 132, che hanno fatto notare come, per effetto dell'ablazione popolare, la soppressione della vita potrebbe aver luogo anche al di fuori del contesto sanitario e con le garanzie proprie di questo. Su ciò si è soffermato, a seguito della decisione odierna della Consulta, anche S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla*

inutile ribadire – pur sempre resta, pur laddove sorretto o scriminato dal consenso). Pronta e penetrante è l'obiezione al riguardo mossa dal giudice costituzionale[42] alla tesi dei promotori (e ripresa quindi da alcuni interventori al giudizio) secondo cui il consenso avrebbe dovuto comunque essere manifestato nelle forme previste dalla legge n. 219 del 2017[43]. Non v'è, infatti, traccia alcuna nell'art. 579 né altrove a riguardo di siffatta garanzia, che è di procedura e di sostanza assieme; e, come sappiamo, in sede di verifica dell'ammissibilità delle iniziative referendarie, non ha rilievo alcuno l'intento soggettivo di chi le assume ma solo il significato obiettivo della domanda posta al corpo votante, con gli effetti ai quali l'eventuale accoglimento di questa conduce.

Anche per questo verso, dunque, come si vede, resta spianata la via al legislatore che si disponga a dar seguito alla decisione in commento, apportando le necessarie correzioni ed integrazioni alla normativa vigente, per far luogo a soluzioni di vario segno, mantenendosi nondimeno entro la cornice fissata dalla decisione stessa.

Il vero è che – se ci si pensa –, pur riaffermando in modo insistito la necessità di assicurare una "tutela minima" al bene-valore della vita, la Corte – qui come in *Cappato* – si mostra convinta che la stessa, sia pure a talune condizioni ed entro certi limiti, sia disponibile. Ne dà sicura conferma la circostanza per cui all'art. 579 non è riconosciuto il carattere di disposto espressivo di *norme a contenuto vincolato* ma solo di quello di *norme costituzionalmente obbligatorie*[44], per quanto – come si è fatto da

---

sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale, in *Dir. comp.* (www.dirittocomparati.it), 17 marzo 2022.

[42] … che s'ispira ad una lucida avvertenza fatta da R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., 8, secondo cui le limitazioni stabilite in *Cappato* per dar modo alla pratica volta alla soppressione della vita di potersi spiegare si pongono tutt'al più come un "auspicio per futuri, successivi interventi del parlamento o della Corte costituzionale, ma certamente non potranno essere dedotti dalla c.d. normativa di risulta". A questa indicazione fanno richiamo anche A. D'ALOIA, *Qualche dubbio sull'ammissibilità del referendum sull'eutanasia legale*, cit., 92 e C.D. LEOTTA, *Le ragioni della inammissibilità del referendum abrogativo sull'art. 579 c.p.*, cit., spec. 150.

[43] Punto 3.3. del *cons. in dir.*

[44] Si rilegga quanto al riguardo è scritto al punto 5.3, in relazione alla norma incriminatrice: "non si tratta di una legge a contenuto costituzionalmente vincolato, non essendo quella ora indicata l'unica disciplina della materia compatibile con il rilievo costituzionale della vita umana. Discipline come quella considerata possono essere modificate o sostituite dallo stesso legislatore con altra disciplina, ma non possono essere puramente e

molti notare – la distinzione delle une norme rispetto alle altre appaia talvolta essere in giurisprudenza alquanto incerta e sfumata, mentre a giudizio di altri studiosi essa sarebbe netta e, come tale, dalla Consulta tenuta ferma[45].

Si torna così – come si vede – alla questione iniziale, di cruciale rilievo, riguardante l'ordine giusto nel quale si dispongono autodeterminazione e vita.

La Corte è risoluta nell'affermare che la prima "non può *mai* prevalere incondizionatamente" sulla seconda, richiedendosi pur sempre un "bilanciamento" che comunque assicuri a quest'ultima una "tutela minima". Purtroppo, però, l'esperienza ci offre innumerevoli testimonianze del fatto che il "bilanciamento" in parola, in talune umane vicende particolarmente spinose e travagliate, non si traduce (e non *può* tradursi) in una soluzione autenticamente mediana e conciliante tra due beni-valori costituzionalmente protetti, richiedendosi fatalmente il sacrificio di uno dei due per far posto all'altro.

Qui è, dunque, il cuore della questione oggi nuovamente discussa che – come si vede – interpella, prima ancora che la mente, la coscienza di chi è chiamato a farsene carico, riducendosi alla cruda domanda seguente: *la vita può, sia pure in certi contesti, essere sacrificata, rendendosi disponibile da parte di chi ce l'ha?*

Cappato ha dato, come sappiamo, una risposta affermativa a questo inquietante quesito; e la decisione odierna, in fondo, s'inscrive nel medesimo ordine di idee, trovando ad ogni buon conto gioco facile per replicare alla richiesta dei promotori, in ragione dello scenario che, a darvi altrimenti seguito, si sarebbe delineato, esponendo la vita a rischi micidiali in casi innumerevoli, non astrattamente e rigorosamente predefiniti[46], ben oltre dunque i casi di corpi "prigionieri" di un

---

semplicemente abrogate, perché non verrebbe in tal modo preservato il livello minimo di tutela richiesto dai referenti costituzionali ai quali esse si saldano".

[45] Variamente sul punto, tra gli altri e con specifico riguardo al caso odierno, A. PUGIOTTO, *Intervento* al *forum* su *I Referendum per l'eutanasia legale*, cit.; R. ROMBOLI, nello scritto sopra cit., 16 ss., con richiamo ad una indicazione di P. Carnevale; B. VIMERCATI, *Del referendum sull'eutanasia e della sua ammissibilità(?): in attesa della decisione della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il referendum sull'art. 579 c.p.:* aspettando la Corte costituzionale, cit., 40, e G. RAZZANO, *Le incognite del referendum c.d. «sull'eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico*, cit., spec. 977 ss.

[46] Sollecitano opportunamente a fermare l'attenzione sul punto anche A. ALBERTI, *Analogie impossibili e possibili: perché il quesito sull'art. 579 c.p. è inammissibile*, cit., 36 ss., e A.

male invincibile[47]. Oggi, dopo la 50 del 2022, il campo si restringe – ne convengo – in significativa misura. Sta di fatto, però, che un legislatore attento alle indicazioni date da questa pronunzia potrebbe trarre profitto dalle aperture comunque in essa fatte per rendere dunque disponibile la vita. La regola, nondimeno, a giudizio della Corte, dovrebbe essere quella della prevalenza di quest'ultima sull'autodeterminazione; l'eccezione il rovesciamento di siffatto ordine gerarchico.

Confesso tuttavia, in chiusura delle scarne considerazioni qui svolte, di nutrire non pochi dubbi a riguardo del fatto che il legislatore riesca davvero (e fino in fondo) a tener fermo il rapporto regola-eccezione suddetto, anche per le obiettive difficoltà cui va incontro una mirata ed oculata disciplina positiva allo scopo adottata[48]. Anche per ciò, al fine cioè di assicurare alla vita – perlomeno fin dove materialmente possibile – la massima tutela preventiva, la regolazione di base riguardante le esperienze di fine-vita (e, specularmente, quelle d'inizio-vita in relazione alle quali, nondimeno, si pongono problemi diversi ma non meno lievi di quelli concernenti le prime[49]) dovrebbe – come si è argomentato altrove – risultare

---

ANZON DEMMIG, *È inammissibile il quesito referendario per la cosiddetta "eutanasia legale"*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 41 ss.

[47] Su ciò, part., S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bononia University Press, Bologna 2021.

[48] Dei connotati di una disciplina legislativa avente per specifico oggetto il fine-vita si discorre – come si sa – da tempo: indicazioni in G. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, cit.: R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, cit.; F. VARI - F. PIERGENTILI, *Sull'introduzione dell'eutanasia nell'ordinamento italiano*, cit., 1 ss. e, in prospettiva comparata, P. BILANCIA, *Dignità umana e fine vita in Europa*, in Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, in *ConsultaOnLine* (www.giurcost.org), 7 gennaio 2020, 1 ss., e G. BATTISTELLA, *Le legislazioni sul fine vita: profili di politica legislativa e di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2021, 197 ss.; più di recente, spunti ricostruttivi di considerevole interesse sono stati offerti dal dibattito su *Il fine vita e il legislatore benpensante*, ospitato da *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), cui hanno preso parte accreditati studiosi di varia estrazione. Infine, F.G. PIZZETTI, *L'"aiuto medico alla morte volontaria" in Italia fra via referendaria e via parlamentare*, cit. 780 ss., e S. TROZZI, *Aspetti* de iure condito *e prospettive* de iure condendo *in materia di fine vita. La Consulta si pronuncia per l'inammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., 336 ss., spec. 354 ss.

[49] Riferimenti, nella amplissima lett., possono aversi dagli studi monografici di S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione*

da atti dotati di forma costituzionale[50], in occasione della cui venuta alla luce si abbia cioè riscontro dei più larghi consensi in seno alle assemblee elettive. La procedura aggravata, infatti, è la migliore garanzia – perlomeno sulla carta – di cui si dispone in merito ad un'adeguata ponderazione dei prodotti legislativi pronti per essere varati[51], sì da assicurarne la rispondenza ad aspettative diffusamente ed intensamente coltivate in seno al corpo sociale[52]: prodotti, dunque, giusti per ciò che dispongono e rispettosi della Costituzione, ferma restando ovviamente la sempre possibile loro sottoposizione a scrutinio di validità ad opera della Corte[53].

medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza, Giuffrè, Milano 2017; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali d'inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Roma 2020; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Giappichelli, Torino 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Giappichelli, Torino 2019; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2020.

[50] … ovviamente, conformemente alla propria natura, contenuti per estensione e, dunque, idonei, in buona sostanza, ad esprimersi *per principia*.

[51] Così, per fare un esempio concreto, qualora si fosse adottata la procedura di cui all'art. 138, il testo di legge in materia di morte volontaria medicalmente assistita, cui si è poc'anzi fatto cenno, approvato dalla Camera in una seduta alla quale hanno preso parte 371 dei suoi componenti, con 253 voti favorevoli, 117 contrari e 1 astenuto, non sarebbe in seconda delibera passato.

[52] … idonee, cioè, a dar voce a delle vere e proprie *consuetudini culturali* – come a me piace chiamarle – profondamente radicate nel tessuto sociale in ordine al riconoscimento di bisogni elementari dell'uomo che attendono ad oggi di essere disciplinati a modo e di poter essere, di conseguenza, appagati come si conviene.

[53] La circostanza, poi, per cui quest'ultima si è fin qui trattenuta dal caducare norme di forma costituzionale, al di là di quelle – come si sa risalenti ad un tempo anteriore a quello della venuta alla luce della Carta repubblicana – contenute nello statuto siciliano che apparivano in stridente contrasto con la Carta stessa, non equivale a tacita ammissione della bontà, assiomaticamente affermata, di qualsivoglia prodotto normativo approvato in applicazione dei canoni di cui all'art. 138, quasi che il ricorso a questi ultimi garantisca sempre e comunque la sicura conformità a Costituzione dei prodotti in parola. Di contro, sia la stessa Costituzione e sia le leggi approvate con la procedura di cui all'art. ora richiamato (a partire da quella che ha nel 2001 riformato il Titolo V della Parte II) sono state (e sono) – come si sa – fatte oggetto di continue "modifiche tacite" per via interpretativa, ad opera della Corte così come di altri operatori che ne hanno riscritto, a volte di sana pianta, i contenuti, ricorrendo alle formidabili risorse apprestate dalle tecniche retorico-argomentative e facendo leva allo scopo sulla strutturale apertura semantica degli enunciati costituzionali.

In fondo, se ci si pensa, credo che convenga allo stesso legislatore che abbia a cuore di apprestare la migliore disciplina delle esperienze cruciali della esistenza umana avviarsi lungo la via lunga ed impervia, sì, ma anche maggiormente sicura descritta nel penultimo articolo della Carta. Ciò che conta è, infatti, centrare comunque l'obiettivo, allo stesso tempo fugando per quanto possibile il rischio di varare normative sui cui contenuti le assemblee elettive al proprio interno si siano divise (e possano con facilità sempre dividersi) e che appaiano quindi essere suscettibili, anche in considerevole misura, di riscrittura da parte della Corte o di rifacimento per mano dello stesso legislatore al primo cambio di vento politico.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 28 marzo 2022

Natura delle cose è ciò come esse effettivamente nascono: Emilio Betti e il problema della storia in Vico (III)*

di
Francesco Cerrone**

Sommario: 1. Ius strictum, aequitas naturalis, aequitas civilis. *La storicità come dimensione essenziale dell'analisi vichiana*. – 2. Aequitas civilis *e classe dirigente: il ruolo della* prudentia *nella ragion di Stato.* – 3. *Conflitto sociale e dialettica fra le equità nel* Diritto universale. – 4 . *Età, lingue, giurisprudenze: equità naturale ed equità civile nella* Scienza nuova.

1. *Ius strictum, aequitas naturalis, aequitas civilis. La storicità come dimensione essenziale dell'analisi vichiana*. – Prima di tornare ai testi vichiani è opportuno forse aggiungere qualcosa a proposito della asserita inidoneità della trattazione storica di Vico ad essere ridotta in uno schema. Non si intende con questo negare che Vico si avvalga di strutture tipiche nella sua indagine, e abbiamo visto come proprio Emilio Betti avesse insistito su questo aspetto, affermando che Vico non si interessa all'elemento individuale che è nella storia ma alla struttura tipica che dalla storia medesima si può ricavare[1]. Se Betti, come sappiamo, aveva inteso questi aspetti storici tipici come normalità di sviluppo solo tendenziali e non come leggi ferree, simili a quelle che regolano il mondo della natura, non era mancato chi aveva, anche in polemica con la lettura ermeneutica di Betti, sostenuto che tutta la storia romana di Vico si regge come processo storico evolutivo e, ancor più, che "*Vico*

* Le precedenti due sezioni di questo saggio sono state pubblicate nei numeri 2 e 3 del 2021 di questa *Rivista*.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Perugia

[1] V. *supra*, § 1.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

concepisce la evoluzione come un processo rettilineo, e costante, nell'ambito di ogni singolo ciclo"[2].

Ora, come tutti sappiamo, ci sono tanti Vico[3] quanti sono coloro che l'hanno letto, sforzandosi di cogliere i tratti del suo pensiero, il che vale per Vico forse più che per altri pensatori. E forse c'è del vero in questo Vico tutto preso in un'idea rettilinea della evoluzione, come ce ne sarà nel Vico crociano della filosofia dello spirito, o in quello di Gentile, "*prestato all'attualismo*"[4], e così via. Ma se è parso qui verosimile ritenere, con Emilio Betti, che Vico si interessi molto al tipico e che metta a punto normalità di sviluppo, benché tendenziali e non rigide, per leggere le vicende umane nella storia, vorremmo anche porre l'accento sul fatto che il tipico, in Vico, appare come segno, evidenza della formazione di un uso, costume, tendenza, di una regola o di un modo di vedere le cose. Il segno, però, può cambiare verso, trasformarsi profondamente nei suoi significati, assumere, in contesti storici mutati, un senso diverso. E potremmo aggiungere che questo affiorare di un mutamento del significato di istituti o concetti, nella storia di Vico, è elemento decisivo per qualificare la stessa ricorrenza del tipico: com'è stato finemente notato, "*il 'tipico' di cui lo storico va in cerca, e nel determinare il quale può meglio far prova del suo senso della 'storicità', è anzitutto il differenziale, ciò che serve a contraddistinguere gli uni rispetto agli altri uomini, popoli, epoche, istituzioni*"[5].

---

[2] S. MAZZARINO, *Vico, l'annalistica e il diritto*, Napoli, 1971, p. 13, ma v. anche pp. 21 e 73: "*il metodo vichiano di ricerca va sempre più verso una rigida applicazione dell'idea che la storia procede di grado in grado, come seguendo una linea retta, 'secondo la serie degli umani disidèri'; nella fase più matura del suo pensiero, egli ha cancellato tutto ciò che potesse turbare lo svolgimento rettilineo dell'evoluzione…è qui la sua importanza – e anche, naturalmente, la sua debolezza*".

[3] V. G. CRIFO', *Il Vico di Alessandro Giuliani*, in *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, 2012, p. 131.

[4] Ancora G. CRIFO', *op.loc.ult.cit.*

[5] E. DE MICHELIS, *Il problema delle scienze storiche*, Torino, 1915, p. 103, che accosta senso della storicità e senso dell'individualità, della "*tipicità individuale, la quale fu quello che fu in quel dato momento, e non era mai stata tale per l'innanzi, né più si riprodusse la medesima in séguito*". Concorde lo stesso E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., I, p. 445, n. 12. Questa concordanza di vedute mi pare derivi dalla stessa concezione bettiana dell'interpretazione come compito mai finito, aperto sempre a nuove acquisizioni. E' proprio da questa apertura che possono essere riaffermati i diritti dell'individuale, della variabile singolarità dell'evento storico, nei confronti delle visioni sistematiche, concettuali, che, leggendo Vico, Betti accredita, promuovendo un accostamento del filosofo napoletano allo storicismo tedesco contemporaneo, ed in particolare a Max Weber (v. *supra*, § 1).

Possiamo allora tornare a Vico con il proposito di mostrare come questo avvenga, seguendo ancora alcune tracce, legate all'esperienza giuridica, emerse nel *De Ratione*, e poi dirigendoci anche verso il *Diritto universale e la Scienza nuova*.

Avevamo lasciato la prolusione vichiana alle prese con la repubblica romana e con il suo ordine giuridico, notando come, nonostante la sua rigidità, esso fosse tuttavia in grado di rinnovarsi ed aprirsi alle esigenze di tutela di interessi pubblici senza però sacrificare la sacralità delle leggi. Potremmo notare, nel profilo che Vico ci offre di quell'ordine, una sua vocazione per il lato pubblico, orientato alla conservazione, alla *salus rei publicae*, che implica la salvaguardia delle condizioni di dominio e asservimento. Per questa via, secondo Vico, si realizza il giusto, conforme alla lettera delle leggi, ma anche alla sostanza di interessi che meritano tutela oltre la detta lettera.

E' qui che affiora, nella analisi vichiana, l'uso di una parola, *equità*. Se in quel tempo antico, lo si è visto, erano solo i patrizi a professare la giurisprudenza, tuttavia anche "*novi…homines…obscuro loco nati*"[6] potevano essere oratori, oratori forensi. Costoro, ignari della lettera, si sforzavano di interpretare, oltre quella, la *volontà* della legge, e "*voluntas ad aequum spectat*"[7]. In qualche modo, senza che Vico, come farà poi diffusamente nel *Diritto universale* e nella *Scienza nuova*, ci informi sulle dinamiche sociali che soggiacevano a queste vicende dell'esperienza giuridica, quest'ultima si modella non solo sulla base della lettera della legge e della formula dell'*actio* ma anche per impulso di un'equità che vorrebbe cogliere la volontà, intesa come spirito, oltre la lettera, della legge. Nella società romana dominata dai patrizi sono molto ridotti i margini per l'uso dell'equità perché, come sappiamo, la rigidità della lettera era massima: solo un grande esercizio di eloquenza poteva superare, talvolta, un tale ostacolo e solo i più abili fra gli oratori si avventuravano sul terreno dell'equità, mentre anche i mediocri potevano invocare la lettera.

E' a questo punto della prolusione che Vico presenta il fattore principale del mutamento, che si mostra, a prima vista, come fattore essenzialmente politico-

[6] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 166.
[7] G. B. VICO, *op.loc.ult.cit.*

costituzionale: "*At commutata in Principatum Republica*"[8], avvenuto pertanto questo cambiamento della forma di governo, e passati perciò da una repubblica aristocratica ad un principato, derivarono da ciò trasformazioni ulteriori nel tessuto dell'ordine giuridico che investirono le competenze del senato, dei pretori e di altri organi pubblici, la distribuzione delle funzioni di deliberare norme di diritto privato, di applicarle, e compare, nel testo, un gioco di relazioni fra le forze sociali – ottimati e plebe – sul quale il principe si proponeva di influire ed effettivamente influiva.

Appare qui evidente come, già nel *De Ratione*, Vico consideri il giuridico come fenomeno ben distante dal razionalistico diritto naturale antistorico, assoluto, che corre al di fuori del tempo e dello spazio. Per Vico il diritto è invece "*un diritto storico, un diritto fatto dagli uomini e che si svolge quindi nell'umanità a misura che questa progredisce, un diritto che* corre in tempo *e riflette tutte le vicende delle trasformazioni storiche*"[9]. L'avvento del principato, però, non è in Vico fenomeno che possa ridursi alla sua dimensione politico-costituzionale. Con esso si manifesta la *lex regia*, un elemento cioè che stringe insieme quella dimensione e l'esigenza di ristabilire un equilibrio fra i soggetti sociali che non può essere più quello della vecchia *res publica* aristocratica. Quando si tratta di affrontare la corposa realtà delle trasformazioni sociali che la storia registra, l'"*auttore*" di Vico non può che essere Tacito: Augusto, "*qui cuncta discordiis civilibus fessa nomine principis sub imperium accepit*"[10].

Un quadro complesso è in formazione nella prolusione vichiana: c'è un diritto rigido, formale, affidato alla legge e al processo formulare; questo diritto è arcano ma, in una società dominata dai patrizi, esso assicura un ordine giuridico

---

[8] G. B. VICO, *ibidem*.

[9] V. MICELI, *Il diritto eterno di Vico*, in *Per il secondo centenario della "Scienza nuova" di G. B. Vico (1725-1925)*, 2ª ed., Roma, 1931, p. 112. Secondo Miceli se è immutabile il fondamento ultimo, universale, del diritto, che consiste in un principio di giustizia, l'esperienza giuridica è positiva, storica e "*si trasforma incessantemente col trasformarsi delle esigenze sociali*" (p. 113).

[10] TAC., *Annales*, I, 1, 6. Ma v. anche I, 4, 1: "*Igitur verso civitatis statu nihil usquam prisci et integri moris: omnes exuta aequalitate iussa principis aspectare*"; nonché I, 6, 3: "*eam condicionem esse imperandi ut non aliter ratio constet quam si uni reddatur*". Sulla *lex regia*, come ancora si vedrà più avanti, Vico tornerà ancora nel *De Uno*, CLX, 1, p. 169, ma cfr. anche CCXVIII, 1, pp. 254 s. ; nonché nella *Scienza nuova*, §§ 1007-08, pp. 910 ss.

che si orienta verso il *justum*, ed è perciò in possesso di elementi fondamentali della sua legittimazione. Solo in seguito, con il *Diritto universale* e con la *Scienza nuova*, Vico – come già accennato – esporrà compiutamente una storia sociale romana per convalidare questo ragionamento. Con il trascorrere del tempo, l'ordine si imbatte in nuove esigenze, non tutelabili tramite le sue strutture formali, ma riesce a soddisfarle con finzioni escogitate dai giuristi. Queste finzioni assolvono perciò un ruolo essenziale: assicurano la capacità dell'ordine – nonostante la sua rigidità – di adattarsi ai mutamenti, senza però rimetterne in discussione la sacralità, senza incrinarne il principio di legittimazione[11]. Inoltre, accanto al diritto stretto appare l'equità, che oltre la lettera della legge vorrebbe coglierne, via via, lo spirito, in relazione ad esigenze peculiari che si manifestano nella società. Il *justum*, e con esso la legittimazione dell'ordine giuridico e politico, cercano una loro definizione nel rapporto fra lettera sacra della legge e della formula e spirito della norma, colto dall'equità, un rapporto racchiuso in un equilibrio fragile, nel quale è stretto, esiguo, il margine concesso all'equità. Ancora successivamente, questo equilibrio si infrange: il conflitto sociale fra ottimati e plebe si manifesta così intenso da rendere necessaria la *lex regia*.

[11] Ciò detto, non direi tuttavia che l'arcaica città repubblicana sfugga, nella descrizione vichiana, ad un profilo nettamente storicizzato per ridursi a modello ideale, puro schema concettuale, sintesi di *justum et aequum*, come mi pare sostenga, se ben comprendo, G. GIARRIZZO, *La politica di Vico*, in ID., *Vico la politica la storia*, cit., p. 83: "*Prima (cronologicamente e idealmente) della condizione giuridica e politica, che Vico ha riassunto nella formula dell'equità naturale, egli postula una fase in cui* justum *e* aequum *fossero congiunti – una fase originaria*", secondo Giarrizzo, che permette di impostare uno "*schema concettuale*". Ma Giarrizzo coglie al tempo stesso, esattamente, che se di schema concettuale si tratta, esso si compone di *nomina* ai quali Vico sa dare sempre concretezza, "*assumendoli a simboli*", e, con il "*comporre e scomporre le formule*", riesce a conferire "*di volta in volta ai loro elementi un diverso equilibrio*". Insomma, l'essenziale è intendersi: certamente Vico usa concetti ma non nutre fiducia nella loro capacità di rappresentare una realtà umana; anzi, ne diffida e li sottopone a continui slittamenti e adattamenti di senso. Poiché, infine, è la storia, e in essa l'azione umana in larga misura imprevedibile, che compone, scompone, scompiglia le formule concettuali, altera gli *equilibri* che sulla base di quelle formule erano stati delineati, introduce al loro posto *squilibri*, che ne rimettono in discussione la funzione. Insiste molto sulla dimensione mutevole, in Vico, delle istituzioni umane, e in generale delle forme di vita, B. A. HADDOCK, *Vico's Political Thought*, Swansea, 1986, p. 132, dove il mutamento investe le mentalità: "*A culture, with all its distinctive characteristics, was the product of transient events and would in time give place to a vastly different network of rules, conventions, modes of thinking, feeling and behaving…What the historian needs is a theory of changing models of thought*"; v. anche p. 145.

Con il mutare del regime non scompare però la dialettica fra diritto ed equità: gli imperatori, per consolidare il proprio potere nei confronti dei patrizi ed acquisire il consenso della plebe, "*Praetoribus permiserunt, ut, ubi leges asperiores cum privatis essent, aequitate lenirent; ubi deesent, per benignitatem supplerent: non tamen ita, ut leges ipsa immutarent, sed sub quadam religionis species eas, sua virtute sive effectu, per aliquam fictionem, ad liberae iurisprudentiae exemplum, ut in bonorum possessionibus et actionibus rescissoriis factum videmus, frustrarentur*"[12]. I pretori furono così non solo custodi del diritto civile ma "*aequitatis naturalis ministri*"[13]. Diritto stretto ed equità sono perciò, entrambi, fattori tipici, normalità di sviluppo, diremmo con Betti, della storia romana di Vico. Essi sembrano assumere lo stesso senso già avuto durante la repubblica aristocratica: da un lato un diritto stretto, sacro, che come tale dev'essere rispettato e conservato; dall'altro un'equità che, maneggiata dai pretori, permette all'ordine giuridico di adattarsi ai mutamenti. Un'equità, tuttavia, ora assunta con un elemento qualificativo: naturale. Come dobbiamo intendere l'equità naturale? Esiste un solo significato da ricondurre a questo fattore tipico della storia romana, e come vedremo fra poco, anche alla storia del Regno di Napoli ai tempi di Vico?

Un elemento costante dell'equità naturale sta nel suo rapportarsi alla sfera dei rapporti privati: nel *De uno* Vico scriverà che l'equità, *aequum bonum*, è criterio di misurazione dell'utilità, necessario per pareggiare, appunto, l'utile[14]; e che quando la giustizia equatrice, che è *ratio aliquid iuste agente*"[15] e investe perciò le cose, i beni, per come si acquistano, alienano, conservano; quando questa giustizia è esercitata, "*cives aequo iure inter se agunt*"[16]. Anche nel *De Ratione* affiora questa calibrazione privatistica dell'equità naturale, quando Vico afferma che *optima consilia* sono i provvedimenti che sanno conciliare con l'equità civile anche la naturale e che quelli

[12] G. B. VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, cit., p. 170. Sul rapporto fra *justum* e *aequum* v. A. BATTISTINI, *Alcune fonti di Vico storico e pensatore politico*, in G. COSPITO (a cura di), *Politica e storia in Vico*, cit., pp. 25 ss.

[13] G. B. VICO,*Ibidem*.

[14] G. B. VICO, *De Uno*, XLIV, 2, p. 53.

[15] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, LXIII, 2, p. 66.

[16] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, LXIV, 1, pp. 68 s.

che tutelano solo gli interessi privati, "*quae civibus prosunt, reipublicae nocent, aequitatis naturalis, non civilis consilia sunt*"[17].

Accanto all'equità naturale appare dunque un'equità civile: su questa coppia di concetti, di bettiane normalità di sviluppo, dovremo ancora tornare fra poco, nelle pagine che seguiranno. Ma, per ora, restiamo ancora sull'equità naturale, che abbiamo visto riguardare i rapporti fra privati. Ma questi rapporti, una volta qualificati tali, perché investono l'utilità privata, cambiano profondamente nel corso della storia, e Vico mette a fuoco con grande lucidità questi cambiamenti. L'equità naturale dei tempi repubblicani non è la stessa dell'era del Principato; e quest'ultima, a sua volta, cambia nel tempo, per effetto di una varietà di fattori, sociali, religiosi, politici, giuridici. Si è tentato di attribuirle, per vero, un significato, se non preciso, almeno tendenziale. Si è scritto che essa esprimerebbe "*il vero momento unificante di una ideologia dei ceti subalterni*", e che da essa Vico "*ricava un principio di giustizia che consegue al movimento verso l'eguaglianza*"[18]. Ma è lo stesso autore a dubitare di questa conclusione: attraverso l'equità naturale può esprimersi sì un'aspirazione all'eguaglianza di trattamento che ceti svantaggiati vorrebbero rivendicare contro i privilegiati, ma anche un'esigenza di separatezza dei privati nei riguardi dell'invadenza dei poteri pubblici; e ancora, in essa può annidarsi "*il privilegio d'un ceto particolaristico, e anch'esso per altro verso alieno dallo stato e dall'autorità, che nell'equità trova un nuovo strumento di dominio in una società semifeudale*"[19].

Potremmo dire che nell'espressione equità naturale si condensa una costitutiva mobilità di senso: nei primi tempi della repubblica essa sembra un dispositivo che,

---

[17] G. B. VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, cit., p. 188.

[18] B. DE GIOVANNI, *Il "De nostri temporis studiorum ratione" nella cultura napoletana del primo Settecento*, cit., p. 180. E' tuttavia esatto cogliere in Vico un "*senso di realismo e attenzione alla materialità delle trasformazioni storiche concrete*": v. G. AZZARITI, *Vico e le forme di governo. Una concezione materialistica della storia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, p. 584, e che "*egli guarda alla sostanza dei rapporti di potere*" (p. 585), ma v. anche pp. 598 s., 620 s. Cfr. già N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, 1976, pp. 123 s. e 130. Si v. inoltre M. VANZULLI, *Forme e tempi dello sviluppo giuridico-politico nella* Scienza nuova, in G. COSPITO (a cura di), *Politica e storia in Vico*, cit., pp. 86 ss., e G. COSPITO, *Ancora sulla teoria vichiana delle forme di governo*, ivi, pp. 109 ss.

[19] B. DE GIOVANNI, *op.ult.cit.*, p. 181, n. 83.

tramite l'oratoria, l'ordine giuridico ammette per tutelare interessi degli stessi ottimati, nei loro rapporti reciproci e in quelli con la *res publica*; ma, con l'incedere dei tempi ed il profilarsi di conflitti sociali fra patrizi e plebei, l'equità naturale sembra assumere significati diversi, più complessi. Essa può ancora essere sfruttata nelle controversie fra ceti privilegiati, ma anche essere brandita per rivendicazioni sociali. D'altra parte, essa si dipana storicamente nella dialettica, come si è visto, con lo *ius strictum*, e quest'ultimo, a sua volta, non sta a rappresentare solo il ridotto del privilegio dei patrizi ma, nella sua sacralità, anche un determinante fattore di legittimazione dell'ordine. Senza di esso, senza l'ancoraggio della lettera della legge, l'ordine si priva di un elemento di convalida che, nell'equilibrio con la mobilità dell'equità naturale, realizza le condizioni, sempre precarie, di legittimazione, di stabilità dell'ordine, sotto il profilo sociale, politico, giuridico, culturale.

Al cospetto dell'equità naturale, pertanto, ci troviamo sì davanti ad una normalità di sviluppo, ad una permanenza, che Vico individua nella storia romana, come aveva segnalato Betti. Ma questa normalità è soggetta ad un moto interno che ne cambia continuamente il significato e non permette mai di adagiarsi quieti nell'alveo di un senso[20]. Ciò è interdetto anche rispetto ad un tempo determinato,

[20] Ritiene che l'equità naturale sia intesa, nel *De Ratione*, "*come imperativo immutabile che identifica il contenuto del diritto naturale*", G. REPETTO, *"La gran città del genere umano". Diritto delle genti e categorie dell'autorità politica nell'opera di Giambattista Vico*, in *Rivista AIC*, 3/2018, p. 527. Tuttavia, l'a. è ben consapevole che la dialettica fra *vero* e *certo*, fra ragione e autorità, condusse Vico a concepire un "*diritto delle genti inteso…come un diritto naturale storico, caratterizzato dalla coesistenza in esso di motivi di immutabilità, ma al tempo stesso di variabilità nello spazio e, soprattutto, nel tempo*" (p. 538); e ancora "*Il diritto vichiano è quindi naturale non perché corrisponde ad un'entità sovrastorica, sia essa corrispondente alla volontà divina o all'autoevidenza della legge di ragione, ma perché natura è "nascimento", cioè sviluppo in società, evoluzione secondo un disegno non preordinato e sempre esposto al ritorno della decadenza e all'arretramento della civiltà*" (p. 540). Nell'ordine di idee della mobilità del senso, riconducibile a formule come quella dell'equità naturale, può certo essere condivisa la lettura di P. CRISTOFOLINI, *Vico pagano e barbaro*, Pisa, 2001, p. 16, secondo cui i tempi della storia vichiana "*sono multipli e intrecciati…non si dà un tempo generale della storia*"; v. anche pp. 84 ss. e ID., *La* Scienza nuova *di Vico. Introduzione alla lettura*, Roma, 1195, pp. 63 ss. L'attenzione al tipico nella storia, è stato scritto, non implica che a Vico "*manchi assolutamente la facoltà, il dono, di saper aderire al senso e al valore dell'individualità peculiare*", poiché "*resta sempre viva in lui un'attitudine strettamente 'accertante' della sua 'filologia' che palesa un gusto del rinvenimento e della ricostruzione del particolare…Vico…si fa piuttosto poeta che teorico dell'individuale*": v. E. NUZZO, *Tra ordine della storia e storicità. Saggi sui saperi della storia in Vico*, cit., pp. 49 s., ma v. anche ID., *I caratteri dei popoli nella nuova scienza delle nazioni di Vico*, in M.

poiché l'equità, come s'è visto, tende ad assumere, in certe età, significati molteplici, specie se la si legge nel rapporto con lo *ius strictum*. Vico, per esempio, scrive che, già prima della pubblicazione dell'*Editto perpetuo*, il rapporto fra *ius strictum* ed equità appariva variabile, nell'azione del pretore, a seconda che le leggi fossero o non sufficientemente precise – per il giurista non è difficile cogliere l'elasticità della descrizione, che corrisponde alla variabilità delle situazioni concrete. Dopo l'*Editto* la situazione cambia ancora, l'equità naturale tende a giuocare un ruolo prevalente rispetto al diritto stretto e perciò la giurisprudenza perde la sua funzione di *scientia iusti* per essere solo *ars aequi*[21].

Vico sembra così segnalare l'accentuazione di uno squilibrio che, oltre un certo limite, non permette più di riconoscere, in capo a coloro che dovrebbero amministrarlo in concreto, un senso del *justum*, poiché il prevalere dell'equità naturale sgretola, potremmo dire con parole moderne, ogni funzione della legalità, disgrega la fiducia in essa che dovrebbe ascriversi come elemento di sacertà di un ordine giuridico. Vico condensa in una sintesi, che è una pagina straordinaria del *De Ratione*, una serie di passaggi storici: "*Iurisprudentia prius rigida, arcanum erat potentiae Patriciorum adversus plebem: deinde benigna arcanum fuit Romanorum Principum adversos Patricios*"[22]: la sintesi si porta avanti, con espressioni icastiche, fulminanti. All'interesse della repubblica di tener nascosta la giurisprudenza, segue quello dell'imperatore di renderla nota; *prima*, tutti conoscevano il diritto pubblico ma il privato era segreto, *poi*, la cosa si rovescia; *un tempo*, ci si impegnava in primo luogo per la *res publica*, e solo in un secondo momento per la cura di interessi privati; "*hodie*", scrive improvvisamente Vico, oggi, la professione forense ben esercitata può aprire la strada agli incarichi pubblici, e sappiamo a cosa intendesse riferirsi, per la Napoli dei primi decenni del Settecento, ricordando gli *avvertimenti* di Francesco D'Andrea e quanto via via si è scritto nei §§ 2 e 3.

VANZULLI (a cura di), *Razionalità e modernità in Vico*, cit., pp. 138 s. Scrive di Vico come di un pensatore "*per il quale non esiste nulla di definitivo e di immutabile, perché il mondo dell'uomo è sempre in divenire e dipende dal suo incessante attivismo*" A. BATTISTINI, *Introduzione all'edizione italiana*, in M. MOONEY, *Vico e la tradizione della retorica*, cit., p. 16.

[21] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 172.

[22] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 174.

La sintesi del *De Ratione*, per vero, continua, ma è il suo punto di caduta che ci interessa particolarmente: accantonata ogni remora ad accostare il mondo romano con il suo, l'argomentazione di Vico si spinge ancora oltre per sfociare in una serie di osservazioni comparative. Per esempio, "*Quare leges olim de iis, quae ut plurimum accidunt; nunc de minutissimis factis conceptae sunt: ac proinde olim paucae leges, innumera privilegia; hodie leges ita minutae, ut innumera privilegia esse videantur*"[23]. Affiora così, di nuovo, l'interesse di Vico per il suo mondo che, nell'esempio appena ricordato, segnala non solo il fenomeno dell'inflazione legislativa che, come già sappiamo, affliggeva l'ordinamento napoletano, ma anche quello, connesso, di una legislazione minuta, specifica, che assume le vesti non della regola generale ma del privilegio. Nella crisi dell'ordinamento napoletano si era affermata – com'è stato acutamente rilevato – in un clima di "*anarchia istituzionale*", una "*confusione tra potere legislativo e potere giudiziario*", che era ancora degenerata "*nell' anomia di una 'giurisdizione senza legislazione*'"[24].

Si potrebbe continuare seguendo ancora la pagina della prolusione vichiana, ma è forse più importante annotare che tutta la scansione di questa vicenda che coinvolge la giurisprudenza, fra diritto stretto ed equità naturale, non può essere letta unilateralmente, come una *laudatio temporis acti*. Vico individua pregi e difetti, vantaggi e svantaggi delle condizioni in cui versava la giurisprudenza dei romani, nelle varie fasi da essa attraversate, e delle condizioni in cui era ai tempi suoi, nel primo decennio del Settecento. Emerge un evidente interesse attuale del Vico indagatore del mondo storico romano: per esempio, è bene, secondo Vico, che oggi l'equità, e perciò un'interpretazione giuridica che intenda cogliere lo spirito della legge, sia più semplice da attingere di un tempo, grazie alla migliore opportunità, che si ha nel corso dei giudizi, di mettere in rapporto la lettera con il fatto ("*Deinde commodo dandum, non multa hodie eloquentia opus esse, ut in iuris quaestionibus aequum obtineatur: nam sat est, simplici via in caussis argumenta aequi ex facto invenisse, ut leges non pro verbis, sed ex mente ad facta accomodentur*"[25]). Ma questo vantaggio è tuttavia

[23] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 176.
[24] A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole*, cit., p. 23.
[25] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 180.

compensato dai gravi rischi che corre l'ordine politico-giuridico a causa della crisi della sacertà della legge ("*Sed minor sanctitas legum*", ecc.[26]).

Tutta quanta l'analisi dei vantaggi e svantaggi è sottoposta ad una costante, netta storicizzazione dei fenomeni esaminati. E' come se, continuamente, Vico intendesse avvertire che equità naturale e rispetto della lettera della legge non siano alternative da considerare in astratto, concettualmente, per poi schierarsi a favore dell'una e contro l'altra, secondo preferenza. Per Vico si tratta invece di esigenze che certamente ritornano, in contesti ed epoche distinti, nelle società umane, ma tornano con modalità e secondo combinazioni così diverse da rendere sensato discuterne solo se si ha ben presente una certa società, in un tempo determinato, con tutta la sua tradizione storica, con le sue caratteristiche sociali, politiche, giuridiche, culturali.

Non solo, ma tenendo conto di tutto questo, si aprono tuttavia delicate, complesse alternative, per la necessità di bilanciare interessi privati e pubblici. Si pensi ancora alla pagina, tutta concentrata sull'attualità del tempo e sulla Napoli di Vico, che si sofferma sull'inflazione legislativa: "*Sed illud incommodum nescio,* [confessa Vico] *an ullo commodo rependi possit: quod cum aequitas ex factis spectetur, et facta infinita, et in iis quamplurima levissima sint; leges quoque innumeras, et levissimis de rebus maxima ex parte conceptas habeamus. Atqui nec innumerae servari omnes possunt: et de levibus rebus iussae, facile, ut fit, contemnuntur, et leves contemptae gravissimis quoque detrahunt sanctitatem*"[27]. Se, pertanto, l'equità naturale, in determinati tempi e circostanze, giuoca un ruolo variabile, apprezzabile o non, il relazione al diritto stretto, alla lettera della legge, essa tuttavia è massimamente orientata alla tutela di interessi privati, benché un suo uso equilibrato, o, all'opposto, scorretto, influirà sul complessivo rendimento di un ordine giuridico, con ricadute che investono gli interessi pubblici, e sulla stessa possibilità che l'ordine sia in grado di rispondere ad una domanda di *justum*. E' a questo punto del suo ragionamento che Vico

[26] G. B. VICO, *ibidem*.

[27] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, pp. 182-84, ma v. anche le pp. 184-86, a proposito dell'opera di Accursio e dei glossatori, e della loro attività di "*solertissimi* aequitatis *indagatores*", nell'enucleare da una congerie normativa molto minuziosa e lontana dalle esigenze del diritto privato dei loro tempi, alcuni principi o regole generali invece utilissimi.

accosta all'equità naturale quella civile e orienta, ancor più di quanto non avesse fatto fino a quel momento, la sua argomentazione verso una dialettica fra interessi privati e pubblici.

2. Aequitas civilis *e classe dirigente: il ruolo della* prudentia *nella ragion di Stato.* – La prolusione di Vico aveva già toccato il tema dell'interesse pubblico a confronto con quelli privati. In fondo, a cos'altro allude il *justum*, se non appunto ad una sintesi fra valori ed interessi, sintesi tendenziale, che rappresenta fattore di legittimazione di un ordine politico-costituzionale? E non è, in questo ordine di idee, la *lex regia*, una manifestazione storica del *justum*, date certe condizioni sociali, economiche, culturali, che orienta i percorsi di ricerca della legittimazione verso il potere del principe? Vico riprende la formula della *lex regia*, "*principio Regni constitutionem*"[28], e sostiene che il giurista dovrebbe sintonizzarla, vorrei dire farla combaciare, con l'equità civile. Quest'ultima è un concetto complesso, altamente instabile nei suoi significati, non diversamente dall'equità naturale. In essa può essere ricompresa la *naturalis aequitas*, nel senso che coloro che la conoscono possono certamente, nell'apprezzarla in concreto e conferirle una certa fisionomia, tener conto di politiche e promuovere provvedimenti indirizzati *anche* alla tutela di interessi privati, o al contemperamento di questi interessi fra loro. Ma l' *aequitas civilis* è costitutivamente rivolta a tener conto non della "*privata utilitas, sed commune bonum*"[29]. In italiano si chiama giusta ragion di Stato, avverte Vico. Ragion di Stato, ma giusta.

Siamo pertanto lontani dalla prospettiva machiavelliana e dalle definizioni della trattatistica cinquecentesca, che riducevano la ragion di Stato a "*notizia de' mezzi atti a fondare conservare e ampliare un dominio*"[30]. La ragion di Stato di cui scrive Vico è molto di più ed è, a parer mio, molto più vicina alle sensibilità nostre e ai problemi

[28] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 186.
[29] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 188.
[30] G. BOTERO, *La ragion di stato* (1589), Roma, 1997, 2009, p. 7.

che ci poniamo oggi, molto più attuale[31]. Non solo e non tanto per un'istanza di ordine morale, per cui il principe, elemento costitutivo essenziale ma certo non unico della *lex regia*, è chiamato a considerare e contemperare interessi privati e bene pubblico; bensì, soprattutto, perché Vico pone qui, con grandissima lucidità, il tema dei compiti di una classe dirigente e di un rapporto di questa con il popolo.

L'equità civile, tuttavia, "*lata quidem non est*": cosa intende Vico? Intende che non tutti sono in grado di comprendere ove risieda l'interesse comune, come possa essere contemperato con quelli privati, quali concrete ponderazioni e calibrature di questi interessi possano esprimere la soluzione dotata di miglior equilibrio, una *giusta* ragion di Stato, un'equità civile[32]. E' tema quanto mai complesso, in effetti,

---

[31] B. DE GIOVANNI, *La classe dirigente in G. B. Vico*, in *Riv.int.fil.dir.*, 1954, p. 749, ritiene che per Vico classe dirigente è "*creazione di* Weltanschauung*, ma l'ordine intellettuale e morale che essa crea deve…concretarsi sul piano politico-organizzativo per potere agire socialmente*". Un ordine di cui è importante il lato economico, come per es. nel caso degli antichi ottimati, padroni dei campi. Si costituisce e afferma un valore dell'utilità come formativo del mondo umano; ma v. anche pp. 758 s.

[32] Hanno avvertito distintamente questa dimensione complessa dell'equità civile N. BADALONI, *Introduzione a G. B. Vico*, cit., pp. 337 s., che è consapevole della storicità anche di questo segmento della prolusione vichiana, storicità sulla quale si tornerà anche qui fra poco. Per Badaloni Vico intendeva sollecitare "*i gruppi dirigenti napoletani che si erano battuti nel secolo passato per le libertà civili*" ad assumere "*coscienza dello interesse generale, sotto forma di* salus reipublicae", e a tradurre in azione politica questa coscienza; B. DE GIOVANNI, *Il "De nostri temporis studiorum ratione" nella cultura napoletana del primo Settecento*, cit., pp. 185 ss., secondo cui "*Vico certamente guarda all'esperienza in formazione degli Stati nazionali europei*"; una visione che mostra "*quanto avanzata sia la consapevolezza antifeudale di Vico*", ma che vorrebbe al tempo stesso superare le soluzioni compromissorie care a larga parte del ceto civile, propenso ad *infeudarsi* e a non contestare i fondamenti di un sistema legato alla rendita, per sporgersi invece verso un "*reale svolgimento civile, dei ceti allora dominanti*" (p. 187); v. anche ID., *La vita intellettuale a Napoli*, cit., pp. 496 ss.; dubita che Vico avesse maturato una consapevolezza dei problemi attinenti alla costruzione degli stati nazionali P. PIOVANI, *Apoliticality and Politicality in Vico*, cit., p. 81. V. altresì G. GIARRIZZO, *La politica di Vico*, cit., pp. 78 ss. che, sebbene tenda a tratti ad irrigidire il discorso vichiano, coglie però benissimo "*il problema del* vulgus *e della sua obbedienza alla legge*", poiché se il saggio riconosce e segue "*senza resistenza*" la virtù, "*che in politica equivale al* commune bonum", invece "*il volgo, che è rozzo e stolto*" non è capace di farlo, se non con una "*operazione…grandiosa e profonda di pedagogia politica*" (pp. 80 s.). Ma Vico non può essere ascritto, potrebbe obiettarsi a Giarrizzo, al "*grande movimento dell'illuminismo riformatore*", che su questo tema della pedagogia politica "*dovrà provarsi e fallire*" (p. 81). In queste profonde e acute annotazioni di Giarrizzo sembra tuttavia mancare la consapevolezza che Vico volle certamente porre la questione del rapporto fra l'equità naturale e gli orientamenti o le preferenze del *vulgus*, ma che allo stesso tempo si interrogò sul tema del ruolo e della responsabilità della classe dirigente, ed in particolare dei giuristi, intesi come veri filosofi, come già ricordato nel testo: "*Philosophi autem Romanorum ipsi erant Iurisconsulti, ut qui in una legum peritia omnem sapientiam posuerunt, sive sapientiam heroicorum temporum meram conservarunt*" (v. G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 160) Piuttosto, è da meditare l'osservazione di Giarrizzo, che una volta contestato, da parte di

questo della giusta ragion di Stato, così arduo da mettere a punto, poiché essa, come già si notava, non esclude affatto l'equità naturale, non vorrebbe prescindere dalla considerazione dell'intreccio degli interessi privati. Poiché, infatti, la migliore sua versione è quella che sa unire interesse pubblico e privato e sa contemperarli, benché sia specialmente attenta al *commune bonum*. Segue, nel *De Ratione*, una gerarchia dei *consilia* dell'equità civile, che va da quelli che sacrificano in tutto o in parte l'interesse privato ma arrecano un vantaggio significativo a quello pubblico, ancora ai provvedimenti che non nuocciono (né giovano) alla *Respublica* ma sono di vantaggio per i privati. Se i *consilia* dell'equità giovano ai *cives* ma nuocciono alla *Respublica* non sono espressione di *civilis aequitas*, ma di equità naturale; infine, se pregiudicano sia gli interessi pubblici che i privati sono *dominationis flagitia*[33], misfatti del potere, degni del tiranno, che calpestano il diritto e trascinano la *Respublica* e il pessimo principe verso la rovina[34]. Non si creda, tuttavia, che con questa gerarchia Vico abbia inteso irrigidire un'articolazione interna della *civilis aequitas*, rendendola assimilabile a qualcosa come un diritto naturale razionale, immutabile. E' vero il contrario, come appare subito nella prolusione vichiana, di nuovo impegnata nel mettere a confronto le vicende dell'impero romano, "*Principatus Romani originem, stabilimen, formam, auctum, statum, interitum*" con quelle di un regno moderno.

Vico, alla filosofia il dominio del vero e riservata ai giuristi la competenza sul probabile, per mezzo di valutazioni prudenziali, "*come fare poi per sottrarre queste* artes *civili per eccellenza, come la giurisprudenza, la medicina, la politica alla banalizzazione e ai pericoli dell'empiria*"? (p. 89). E forse i pericoli non risiedono solo nell'empiria. Ma, a proposito del ruolo dei giuristi sono fondamentali le annotazioni di G. CRIFO', *Ulpiano e Vico. Diritto romano e ragion di Stato*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, 5, Napoli, 1984, pp. 2061 ss. Secondo Crifò, la "*fine costruzione politica vichiana nasce dal cuore stesso della storia più antica della ragion di Stato ed ha per risultato una riflessione teorica generale che, per essere una reinterpretazione delle fonti giurisprudenziali romane*" (p. 2065), in queste trova non solo le proprie origini ma l'impostazione stessa del tema attinente al ruolo dei giuristi. Si ricorderà ancora – lo abbiamo appena ripetuto – che, per Vico, a Roma, a differenza che tra i Greci, ad essere filosofi erano i giureconsulti e Crifò si sofferma su Ulpiano come fonte di Vico, dal quale egli prende la stessa nozione di *civilis aequitas*. Sul contributo di Crifò torneremo ancora più avanti. E' chiaro però, fin d'ora, che Crifò aveva colto il nesso fra ruolo del giurista, elaborazione dell'equità civile e formazione (e responsabilità) delle classi dirigenti. Si v. anche ID., *Vico e la storia romana. Alcune considerazioni*, cit., pp. 589 ss., 594.

[33] Cfr. TAC., *Ann.*, 14, 11, 2.

[34] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 188.

Questa comparazione richiede, di nuovo, un grande sforzo di storicizzazione: vantaggi e svantaggi che i *consilia* dell'equità civile possono arrecare ad un regno come quello di Napoli debbono essere considerati, in rapporto a ciò che avvenne ai tempi dell'impero romano, tenendo conto della natura e della particolare configurazione del regno moderno. Non tragga in inganno la prima serie di interrogativi che seguono nella prolusione, interrogativi che paiono impostare in termini astratti alcuni problemi giuridici e politici: per esempio, cos'è la giustizia, la giurisprudenza, il diritto naturale, ecc. Dopo poco, essi lasciano luogo ad interrogativi via via più concreti, impostati ad un netto senso della storicità. Perché, chiede Vico, furono abolite la *libertas Latina* e quella *dediticia*? Perché fu concessa la cittadinanza romana a tutti i liberti manomessi? O ancora: "*Cur peculia filiisfamilias patrimonii iure permissa?...Cur legitimationes institutae?...Cur dominium ex iure Quiritium et ius bonorum, usucapio in Italia et longi temporis possessio in provinciis olim distincta, nunc confusa? Cur omnes imperio Romano subiecti civitate Romana donati?*"[35]. Le risposte di Vico sono, nella concisione che armonicamente si lega a quella delle domande, saldamente situate nella storia sociale, politica, economica, del costume, relativa a periodi distinti dell'impero romano, e sono perciò risposte aderenti alla concretezza e variabilità delle situazioni e dei tempi.

Il tratto comune che, tuttavia, le stringe insieme non concerne l'oggetto dell'indagine, la materia dei *consilia* – che, siccome storica, individuale, non si sarebbe prestata a forzate unificazioni – ma aspetti ricorrenti della natura umana[36]. S'intende, aspetti che ritornano, che possono descriversi come permanenze, ma che non si manifestano mai nella storia in configurazioni identiche e che attengono ad uno strato profondo di quella umana natura, intessuto con materia della fantasia e dell'immaginazione, come bisogni, desideri, paure. Per esempio, la *civilis aequitas*, che come già sappiamo, *lata quidem non est*, per la natura delle cose è arcana, impervia, e il *vulgus*, che "*non videt, nisi ante pedes posita, et particularium duntaxat*

[35] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 190.

[36] Mette l'accento sul nesso fra istituzioni, consuetudini, leggi, che mutano nella storia, e natura umana L. POMPA, *Giambattista Vico*, cit., p. 137.

intelligens, ignorat"[37]. La sola equità naturale è percepita dal *vulgus*, l'utile o ciò che gli appare tale. Ma, quando si tratta di ponderare quest'utile in un quadro più complesso, che comprende quello altrui e il comune, sono necessarie risorse intellettuali e spirituali che non tutti sono in grado di attingere[38]. Allo stesso modo, il giurista che intenda inoltrarsi nei *penetralia* della ragion di Stato, deve approfondire "*doctrinam de republica monarchica*"[39], ciò che richiede non solo studio ed applicazione ma anche esercizio della *prudentia*, che presuppone, a sua volta, tutta un'adeguata formazione, non solo critica ma anche topica, che sappia tener conto del vero ma anche del verosimile, e perciò del senso comune, per poter valutare la variabilità delle situazioni che sono offerte dalla vita civile, nella quale dominano l'occasione e la scelta. Gli antichi, a differenza dei moderni – ammonisce Vico – erano consapevoli della peculiarità delle cose attinenti alla prudenza: "*Recte igitur sapientissimi Romani in prudentiae rebus, qui videretur, spectabant; et cum Iudices, tum Senatores per verbum* videri *suas sententias concipiebant*"[40].

Un tema fondamentale di queste pagine vichiane – tema che, come vedremo, troverà ulteriori svolgimenti nel *Diritto universale* e nella *Scienza nuova* – è perciò quello dell'equità civile, da intendersi, da un lato, nel suo nesso con l'equità

---

[37] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 188. Sulla esigenza di considerare l'equità civile non come "*un principio universale ed eterno, latente negli animi degli uomini in quanto tali*", ma come esempio, espressione di una "*forma di vita*" nella sfera sociale v. I. BERLIN, *Vico ed Herder. Due studi sulla storia delle idee*, cit., p. 111.

[38] Si v. le pagine dedicate da A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole*, cit., pp. 35 ss., al rapporto fra equità naturale ed equità civile ed al ruolo di un tribunale supremo, indipendente dal potere politico, giudice di equità. Nel costante rinvio alla lezione vichiana, Giuliani sosteneva che un tribunale supremo "*deve ricavare dalle leggi fondamentali canoni ermeneutici per la soluzione dei 'casus enormes et extraordinarii*": problematica, questa, vicina alla odierna *interpretazione politico-costituzionale della legge*"(p. 38); e che i giudici di questo tribunale "*non sono ingegneri sociali che impongono un ordine razionale: essi sono garanti della procedura con cui si affermano i nuovi valori nella società civile, introducendoli – anche dal punto di vista del momento opportuno per il mutamento – nella continuità dei princìpi dello* ius commune"(p. 39).

[39] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 186.

[40] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 134. Sul rapporto fra mutamento sociale, delle istituzioni e delle mentalità umane secondo Vico v. L. POMPA, *Giambattista Vico*, cit., pp. 66 ss. Sull'uso della prudenza nell'esperienza giuridica v. M. MOONEY, *Vico e la tradizione della retorica*, cit., pp. 216 s., che esattamente coglie nel mutamento dei valori la difficoltà precipua della valutazione giuridica prudenziale. V. anche D. P. VERENE, *Vico. La scienza della fantasia*, cit. pp. 123 s., secondo cui solo una mente immaginatrice, non logico-concettuale, può essere capace di valutazione prudenziale: "*l'evento umano va colto nell'immagine*" (p. 124).

dirittifondamentali.it

naturale, dall'altro per i problemi che pone sia rispetto alla promozione di un'attenzione e di una, sia pur limitata, sensibilità del popolo per l'interesse comune, sia rispetto alla formazione e responsabilità della classe dirigente[41]. Temi formidabili, mai esauriti. E' stato Giuliano Crifò a segnalare l'importanza dell'ascendenza ulpianea delle riflessioni vichiane in merito, e anche la significativa mediazione di Hermann Vultejus[42]. Secondo Crifò, la tesi di Vico è che "*i pochi che sanno sono, infatti, quei giuristi*, sacerdotes justitiae, *settatori della vera filosofia, chiamati ad essere uomini di stato, teorizzatori della legittimazione del potere, assertori*

[41] Un'esigenza "*di equilibrio tra l'*equità civile*…e l'*equità naturale*, tra le ragioni dello stato e le esigenze dell'individuo, tra l'autorità e la libertà*" pare al centro della meditazione vichiana su politica e storia, dal *De Ratione* alla *Scienza nuova*, secondo G. GIARRIZZO, *Alle origini della medievistica moderna. Vico, Giannone, Muratori*, in ID., *Vico la politica la storia*, cit., pp. 20 ss.

[42] G. CRIFO', *Ulpiano e Vico. Diritto romano e ragion di Stato*, cit., pp. 2061 ss. L'intero saggio dell'a. è dedicato a mettere in luce l'apporto di Ulpiano, e di altri giuristi romani, come Gaio, Papiniano, Paolo, ecc., alla elaborazione vichiana. Quanto a Vultejus, v. le pp. 2082 s., dove compare il nesso specifico fra le sue tesi a proposito dell'equità civile e quelle di Ulpiano da un lato, di Vico per l'altro. L'intermediazione di Vultejus era stata segnalata già da A. MAZZACANE, *Umanesimo e sistematiche giuridiche in Germania alla fine del Cinquecento: "equità" e "giurisprudenza" nelle opere di Hermann Vultejus*, in *Ann.st.dir.*, XII-XIII, 1968-1969, pp. 257 ss., dove a p. 315, con esplicito riferimento al *De Ratione*, affermava che "*Giambattista Vico ricorreva probabilmente all'opera di Vultejo in uno dei suoi testi dedicati al capitale concetto di 'equità civile'*". Mazzacane ha del resto rilevato come, in Vultejus, "*l'unica possibilità (una volta esclusa la 'rappresentanza' come modulo giuridico generale)*" – s'intende, qui, la rappresentanza per ceti o per altre forme corporative – "*di saldare insieme nella 'giurisprudenza' le norme relative al comportamento dell'individuo 'ut homo' e 'ut civis', si affidava ad un'equità ch'era di volta in volta 'equità naturale' o 'equità civile', principio di mediazione fra due sfere diverse (identificandosi con la giustizia), oppure criterio interpretativo di norme 'positive'*" (p. 300). Mazzacane mostrava inoltre come la trattazione del problema dell'*aequitas*, in Vultejus, implicasse non solo il ricorso al concetto aristotelico di *proportio*, e dunque di valutazione ponderata fra utilità, di pertinenza dell'attività giudiziaria, ma altresì ad una assimilazione dell'equità nella *justitia*. Questa assimilazione veniva da ciò, che se la giurisprudenza si propone come fine l'equità "*raggiunge pienamente il suo scopo se ottiene la conservazione dell'equità e della giustizia 'in communi vitae societate', se cioè riesce a riferire 'quae in illius cognitione sunt posita, ad communem Reipublicae utilitatem, sive publicae id fiat, sive priuatim'. Scopo naturalmente che non attingono 'qui solis sibi sapiunt*" (p. 282): e subito dopo Mazzacane notava la sintonia di Vultejus con Ulpiano. Insomma, in Vultejus affiora un duplice valore del concetto di *aequitas*, che può riferirsi al criterio interpretativo aderente alla concretezza di una determinata situazione giuridica, per un verso; e, per l'altro, alla valutazione della *communis Reipublicae utilitas* (p. 290). Non sembrano dubbie, pertanto, già in Vultejus, implicazioni della sua dottrina attente a cogliere spiragli per un'analisi giuridica capace di fronteggiare i complessi problemi politici legati al passaggio da una civiltà feudale a regimi fondati sulla sovranità di un principe. A distanza di più di cento anni, Vico esprimerà anch'egli una consapevolezza antifeudale, ma lo farà in un contesto, quello del Regno di Napoli, per molti aspetti ben diverso da quello in cui operava Vultejus, che prestò un'intensa collaborazione al langravio Maurizio, principe di Assia-Kassel, nel cuore del Sacro Romano Impero.

dell'idea che a base dello stato vi sia il diritto, anche nello stato che da res publica civium *sia trasformato in monarchia*"[43].

Aveva perciò Vico sposato la causa del ceto ministeriale, intendeva celebrare la sua potenza, anche con la nuova dominazione austriaca, da poco instaurata a Napoli? Direi, solo in parte. Certo, il ruolo del giurista appare decisivo in queste pagine del *De Ratione* e Vico, concludendo il capitolo XI, non manca di tributare onori alle funzioni esercitate dal Sacro Regio Consiglio napoletano e alla saggezza di prudentissimi giudici ed avvocati, che avevano saputo, in molte controversie, far prevalere l'equità civile su quella naturale. Ma se questo esito fosse reso vincolante "*ex instituto regni…cum summa reipublicae utilitate perenne erit*"[44]. Vico non era, evidentemente, inconsapevole dei problemi che affliggevano l'amministrazione giudiziaria del regno e la sua struttura normativa e suggeriva una soluzione legislativa, potremmo dire una soluzione costituzionale,[45] alla ricerca di un equilibrio fra poteri dei giudici e compiti del potere politico. Una soluzione che favorisse la prevalenza dell'interesse comune su quello privato; una soluzione, però, che promuovesse, al contempo, una *giusta* ragion di Stato, in modo che alla base dell'apprezzamento della *civilis aequitas* si installasse il giuridico, inteso nelle sue varie implicazioni, che alludono alla considerazione della lettera e dello spirito della legge, degli obiettivi che si perseguono sia emanando che applicando norme.

La prospettiva vichiana nel *De Ratione* è perciò sensibile, soprattutto, ed ispirata ad una netta storicità, che gli inibisce di irrigidire concetti, tipi ideali, se si preferisce: se, come aveva suggerito Betti, le permanenze vichiane, le sue leggi di tendenza, ricordano gli idealtipi weberiani, bisogna però insistere su ciò, che l'interesse di Vico per il tipico riguarda non la storia ma certi aspetti dell'umana natura. E' una prospettiva, altresì, da cui traspare un vivo interesse dell'autore per il suo mondo, per i problemi che lo travagliavano. Direi eccessiva la tesi di Giarrizzo, secondo cui "*Vico sembra propendere per l'urgenza di una codificazione, che tuttavia non gli riesce*

[43] G. CRIFO', *op.ult.cit.*, pp. 2083 s.

[44] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, p. 194.

[45] V. A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole*, cit., pp. 33 ss., che ipotizza l'influenza baconiana sulla proposta di Vico.

facile concepire sotto il profilo della aequitas"[46]. A Napoli, durante tutto il secolo XVIII, com'è noto, non ci fu "*alcun riordinamento generale della legislazione ufficialmente sanzionato e che abbia avuto almeno la parvenza di un codice moderno*"[47], ma il tema qui non può essere quello di leggere il Vico del *De Ratione* come travagliato dall'incertezza fra un esito illuminista e il richiamo di un antico *ordo iuris*. Piuttosto, egli diffida di soluzioni affidate interamente a criteri di pura razionalità, e il suo richiamo alle esigenze della valutazione prudente nelle cose civili lo sospinge verso ipotesi che adeguatamente bilancino interessi privati e pubblici, azione dei giudici e dei legislatori. Ma, più in profondità, Vico si avvide che avanzare queste ipotesi significava porre il problema della idoneità della classe dirigente ad incarnare il proprio ruolo e, al tempo stesso, indicò a coloro che avrebbero voluto rivestirlo, un obiettivo di fondo: la valutazione dell'equità civile, oltre che richiedere studio, dottrina, esperienza delle cose, moralità, deve perseguire l'obiettivo del *justum*, deve ispirarsi ai valori di fondo di un ordine giuridico e politico. Solo così essa potrà costituire, attraverso il suo esercizio concreto da parte di uomini di Stato, fattore di legittimazione del potere e di stabilità di un ordine. Ma la meditazione vichiana intorno a questi problemi non si arresterà con il *De nostri temporis studiorum ratione*.

3. *Conflitto sociale e dialettica fra le equità nel* Diritto universale. – Il capitolo XVIII della *pars posterior* del *De constantia iurisprudentis* (quest'ultima, a sua volta, seconda parte del *De universi iuris uno principio et fine uno*, *Diritto universale*) intitolata *De constantia philologiae*, opera che, uscita alle stampe nel 1721, precede di soli quattro anni la prima *Scienza nuova*, avvia tutta un'articolata serie di analisi della storia romana, che danno una profondità di esplorazione sociale alle tesi di Vico prima sconosciuta e che troverà ancora ulteriore compimento con le *Scienze nuove*. Basterà, a questo proposito, ricordare, per esempio, che è con quest'opera che Vico,

[46] G. GIARRIZZO, *La politica di Vico*, cit., p. 81.

[47] R. AJELLO, *Legislazione e crisi del diritto comune nel Regno di Napoli. Il tentativo di codificazione carolino*, in ID., *Arcana iuris*, cit., p. 29.

partendo dai tempi oscuri, avvia un'indagine sugli *elementa historiae*: "*Igitur haec, non verbo, sed re ipsa, quae sint historiae elementa statuimus*"[48], un'indagine che prende le mosse, come detto, dal tempo oscuro, che si spinge indietro, verso un *nascimento* delle cose umane, che indaga sull'origine delle parole, delle religioni e del sentimento del sacro, della preghiera, del rapporto umano con la natura che lo avvolge; che cerca il *nascimento* delle prime istituzioni umane nei rapporti matrimoniali e filiali, nell'istinto di dominio sulle cose e nelle necessità legate allo scambio e nelle manifestazioni del conflitto fra uomini[49].

Poi, nella seconda epoca dei tempi oscuri, dopo che coloro che si erano sottratti all'erramento ferino nella *ingens sylva* e che "*sub theocratia his moribus vivebant…certis haererent sedibus*"[50], avevano iniziato a coltivare la terra – sottraendola alle foreste che incendiavano, dopo aver scoperto il fuoco – comincia a delinearsi il profilo di una società di *optimi*. Erano uomini temperati, poiché "*uxores et certas unas et perpetuas sibi habebant*"; prudenti, ché sceglievano moglie e luoghi dove vivere seguendo il consiglio della divinità; forti, "*qui agros domuere coltura*", e giusti, "*qui mortuos terrae redderent*", ciò che "*prima iustitia in terra fuit*"[51].

La fortezza degli ottimi, dapprima mostrata nel dissodare i campi, si manifestò poi nel proteggere i più deboli dai violenti, che ancora conducevano vita randagia. Per sottrarsi alla brutalità di questi, i *miseri*, *infirmiores*, si rifugiavano nelle are degli ottimi[52]. Gli ottimi, o ottimati, iniziarono a convivere con genti a loro soggette e "*lege potentiae a natura meliore dictata, ius agrorum optimum seu fortissimum condidere.*

---

[48] G. B. VICO, *De Constantia Iurisprudentis, pars posterior*, XVIII, 5, p. 410. E' stato acutamente notato da A. MASULLO, *La libertà e le occasioni*, Milano, 2011, pp. 18 e 45 s., che, in Vico, "*la socialità non è un dato naturale, incorporato dell'uomo, ma un suo acquisto mentale…non consiste nella coappartenenza biologica ma dipende dalla* consapevolezza della coappatenenza", e perciò l'essere umano non è "*assolutamente determinato dalle forze esterne…né si determina da sé arbitrariamente, ma la sua determinazione è ogni volta la* sua *risposta alle 'occasioni' che il mondo bene o male offre*".

[49] Sembra svalutare questo grande interesse di Vico per il *nascimento* L. BUFFONI, *Vico tra juris-ditio e juris-dictio (tra legislazione e giurisdizione*), cit., p. 597: "*Ha l'assillo, l'idolo, tipicamente scolastici, delle origini, della genealogia e, quindi, del fondamento delle cose e delle parole*". Sulla dimensione sociale dell'indagine genetica di Vico v. N. BADALONI, *Introduzione*, in G. B. VICO, *Opere filosofiche*, cit., pp. XXXIV ss.; ID., *Introduzione*, in G. B. VICO, *Opere giuridiche*, a cura di P. Cristofolini, Firenze, 1971, pp. XL s.

[50] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, XXI, 1, p. 450.

[51] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, XXI, 3, pp. 450 s.

[52] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, XXI, 5, p. 451 e 25, p. 460.

Quod postea, romana civitate constituta, ius civile a Romulo – in divos relato appellatoque Quirino – consecratum et 'ius romanorum quiritium' dictum est"[53].

Il primo formarsi di un'esperienza giuridica romana, come già si è visto nel *De Ratione*, è espressione delle relazioni sociali che si instaurano fra ottimati e *infirmi*, *clientes* [54] che, per aver chiesto rifugio presso i forti, "*aequum erat ut recepti agris adsignatis sibi ad sustentandam vitam, quam salvam cupierant, contenti essent*"[55], e nacque così la prima legge agraria. Lo stesso Vico rinvia, a proposito di questa, al capitolo CXXVII del *De uno* [56], ma è nel precedente CIV[57] che sono tratteggiati i primi rapporti fra ottimati e *clientes*, descritti i primi soprusi, il nascere dello *ius nexi*, crudelmente esercitato dai *patres* nei confronti delle plebi. Di qui, perciò, le prime ribellioni, il primo manifestarsi di conflitti sociali, da cui nacque la *prima lex civilis agraria*[58], una legge costituzionale, potremmo dire, perché fondativa di un rapporto costitutivo dell'ordine politico e giuridico e, proprio per questo, elemento di legittimazione del potere, una legge che permise ai *clientes*, dietro pagamento di un censo o tributo, di poter coltivare per sé i campi loro assegnati.

Insomma, il sorgere e l'affermarsi, poi le trasformazioni di un ordine giuridico a Roma sono immersi in tutta una trama di relazioni sociali dove il conflitto è protagonista, insieme però al tentativo ripetuto di ricerca di fattori di stabilità dell'ordine, insidiato dal conflitto. Così, dalla prima si passò alla *agraria posterior*, ma Vico colloca queste vicende in una trama fittissima e sinuosa di miti, riti, lingue

[53] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, XXI, 21, p. 458, cfr. *De uno*, XCV (potere del più forte, Brenno, p. 89); CIV (appaiono le clientele, ecc., pp. 95 ss.); CXXVIII (sul rapporto fra diritto *ius optimum* e diritto delle genti, pp. 118 s.)

[54] *Cliens unde?*: G. B. VICO, *De Constantia Iurisprudentis*, *pars posterior*, XXI, 36, p. 465.

[55] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, XXI, 32, p. 464.

[56] G. B. VICO, *De uno*, CXXVII, pp. 116 s.

[57] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, CIV, pp. 95 ss., ma v. spec. CIV, 12 ss., pp. 98 ss. Da notare che in questo capitolo CIV, 3 (p. 95) Vico, tornando su quanto aveva scritto già nel *Proloquio* dell'opera (§ 3 ss., pp. 26 ss.) contestava l'errore secondo cui i primi governi furono monarchici (e non repubbliche aristocratiche) e che i soli fondamenti di quelle società furono le famiglie (e non anche le clientele). Questi errori, scriveva Vico, enunciando un principio fondamentale della sua storiografia, derivarono dalla *distractio* fra filosofia e filologia, "*ex qua factum ut historia nondum sua hactenus haberet principia, quae non alia sane forent quam res gestae temporis obscuri*".

[58] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, CXXVII, pp. 116 s.

in trasformazione, istituzioni, costumi, leggi, giurisprudenze, formazioni politiche, popoli, dottrine, religioni.

Ora, nel passaggio dal *De Ratione* al *Diritto universale*, che ne è dell'*aequitas naturalis* e della *civilis*? All'equità naturale è intitolato il capitolo CLXXXIX del *De uno*: "*Eiusque iurisprudentiae regula aeterna est aequitas naturalis, quae multa contra communes iuris regulas recipit et admittit ac iuris civilis rigores temperat*"[59]. La *naturalis aequitas* è subito contrapposta al diritto stretto, come suo fattore di temperamento, e il suo esercizio presuppone l'*honestas*, poiché essa è applicazione, nel concreto delle situazioni, di una regola di parità, eguaglianza fra esseri umani. La sua natura benigna si manifesta in specie nei confronti di un rigore di legge, che altro non è che un'*aequitas civilis iniusta*. E' stato in effetti acutamente osservato che, con il *Diritto universale*, le sorti dell'*aequitas naturalis* e dell'*aequitas civilis* – che nel *De Ratione* apparivano collegate, nel confluire della prima nella seconda – si separano, appare fra loro un solco più rigido[60], e la prima sembra "*tener conto unicamente della* civilis utilitas"[61]. A sua volta, l'*aequitas civilis*, come visto, sembra aver perso un suo ruolo propulsore di un ordine politico e giuridico e pare confinata in una dimensione deteriore, *impium praesidium*, come confermato dalla *definitio* del capitolo CLXXIX[62].

Vico arriva a contrapporre l'equità civile al regolo lesbio, essa è "*regulae ferreae similis*", ma lo è perché espressione della rigida giurisprudenza degli antichi, già considerata nel *De Ratione*, una giurisprudenza che è dominata dai soli interessi degli ottimati: "*Et ob id ipsum romani patricii iurisprudentiam rigidam principio et diu in republica libera, ut in optimatium republica, qualis spartana fuit, ex utilitate civili excoluere*"[63]. Il *justum* della *res publica* dei patrizi sembra qui lasciare il passo ad un'analisi più orientata a cogliere le contraddizioni sociali ed economiche di un ordine fondato sullo sfruttamento. L'equità civile si lega a questa analisi, diventa

[59] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, CLXXXIX, pp. 219 s.

[60] G. CRIFO', *Ulpiano e Vico. Diritto romano e ragion di Stato*, cit., pp. 2074 ss.

[61] G. CRIFO', *op.ult.cit.*, p. 2074.

[62] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, CLXXIX, p. 198: "*Atque haec est aequitas civilis, qua Iustinianus in* Novellis *dicit niti usucapiones, et 'impium praesidium' eleganter appellat, quam itali elegantiori phrasi vertunt 'ragion di Stato*".

[63] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, CLXXVII, 1, p. 197.

schema rigido, rispetto rigoroso di formule, che nasconde tuttavia il trattamento iniquo: "*Unde in caussis quammultis, quae ius postulabant, leges surdae erant et ius iners feriebatur: contra, quamplurimis, quae ius recusabant, leges obtrudebantur et ius aderat importunum*"[64]. Quando la repubblica da aristocratica si fa popolare, per effetto della pressione plebea, l'azione dei pretori romani dà origine ad una *benigna iurisprudentia*, espressione di una *naturalis ratio*, non *civilis*. Questi cambiamenti si perfezionano *sub principatu*, "*Quae – non rigida et rudis ut spartana, non sinuosa et benigna ut atheniensis, sed elegans et gravis, totam ad honestatem composita, in singulis caussis propria aequitatis naturalis momenta expendens – nullas formulas verborum sed formulam mentis, non certum sed verum, non aequum civile sed aequum naturale sive aequum aeternum bonum, utile in quibusvis caussis aequale*"[65].

L'equità civile – è ancora Crifò a sottolinearlo[66] – mantiene tuttavia il suo carattere arcano e la plebe, che è consapevole delle conseguenze dell'equità naturale, resta "*aequitatis civilis imperita*"[67]. I patrizi fondarono un ordine giuridico tutto formale, o per dir meglio formalista, "*cuius forma est custodia iuris*"[68], un ordine prestato ad esclusivo interesse dei fondatori, nel quale la *civilis ratio*, l'*aequitas civilis*, vuole attenersi ad una prospettiva di pura conservazione[69]. Ora, non può sorprendere questo ridimensionamento dell'equità civile, se il suo profilo deve ridursi a mero *instrumentum regni*: essa assume tratti negativi in corrispondenza al sostegno che presta ad un regime ingiusto, oppressivo. In questo ordine di idee, essa non può, in sé, esprimere il *justum* di un ordine, poiché è invece preordinata a perpetuarne i tratti iniqui, che ne provocheranno, infine, la dissoluzione.

Con tutto ciò, non può dirsi che, dal suo canto, l'equità naturale, lasciata libera da ogni collegamento con la civile, e anzi contrapposta ad una sua versione empia, dia solo buona prova di sé. Anche nel *Diritto universale*, come già nel *De Ratione*, è

---

[64] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, CLXXVII, 2, p. 198.

[65] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, CLXXXVII, 10, pp. 218 s.

[66] G. CRIFO', *op.ult.cit.*, p. 2075.

[67] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, CLXXXVII, 1, p. 215; cfr. CXCI, 1, p. 220: "*multitudo aequitatem naturalem tantum intelligit*", e CXCIII, 3, p. 223: "*Respublica mere libera tota ex ordine naturali est, quia multitudo, quae ibi regnat, solam aequitatem naturalem intelligit*".

[68] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, CXCI, 3, p. 221.

[69] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, CXCIII, 4, p. 224.

segnalato, per esempio, l'abbinamento nocivo fra l'affermazione storica di una repubblica popolare, in cui è esteso il margine concesso all'equità naturale, e l'inflazione legislativa. Infatti, "*aequitas naturalis pro singulis caussarum meritis aestimatur, et caussae pro circumstantiarum infinito numero semper sunt aliae, et populus liber quicquid vult per leges iubet, – in republica libera legibus, et quidem innumeris, vivitur*"[70]. Anche nel *De uno*, come già nell'orazione sul metodo degli studi, appare la critica vichiana di un ordine giuridico in cui la confusione dei ruoli fra legislazione e giurisdizione, l'anarchia istituzionale, il prevalere degli interessi privati su quelli pubblici, conduce verso una crisi profonda dei rapporti sociali e verso la dissoluzione delle condizioni di legittimazione dell'ordine stesso.

A ben riflettere, non siamo affatto al cospetto, perciò, di uno schema rigido che contrappone le due equità e, del resto, la stessa equità civile non è forse irrevocabilmente delineata in un profilo solo deteriore. In fondo, tutto dipende dalla variabilità delle condizioni storiche e dall'azione delle forze sociali. Così, nella quarta epoca del tempo oscuro, secondo Vico è l'azione dei patrizi che corrompe l'ordine: infatti "*extra ordinem quisque, impotenter se gerere cum plebe optimates coeperunt, tot minuti extitere tyranni*"[71]. La crisi, è stato notato, "*insorge da abusi signorili*"[72], e di nuovo qui appare un tratto distintamente antifeudale della sensibilità politica di Vico, che proviene certo dalla sua esperienza attuale, dalla valutazione del suo mondo.

Si può forse soggiungere che il maggiore investimento, che traspare nel *Diritto universale*, sull'equità naturale, è probabilmente da attribuirsi ancora al ruolo che si vorrebbe affidato al giurista-prudente, un ruolo che dovrebbe indirizzarsi nel cercare, per dir così, il *justum* nell'*aequum*, cioè nell'esercitare con la necessaria moderazione l'equità naturale, così da non dar adito ai suoi eccessi, o a ridurne l'impatto sull'ordine civile. Per esempio, contribuendo ad un contenimento della legislazione minuta, combattendo la moltiplicazione degli stili di giudizio dei

[70] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, CXCI, 1, p. 221, ma v. anche *Notae in Librum priorem*, n. 25, pp. 605 s.

[71] G. B. VICO, *De Constantia Iurisprudentis, pars posterior*, XXV, 1, p. 502. Per una rigida contrapposizione fra equità civile e naturale, "*termini ideali del movimento storico dell'istituzione di governo*", v. A. R. CAPONIGRI, *Tempo e idea. La teoria della storia in Giambattista Vico*, cit., p. 321.

[72] G. GIARRIZZO, *La politica di Vico*, cit., p. 120.

singoli tribunali, accettando di motivare le sentenze, combattendo i fenomeni corruttivi e le disfunzioni dell'organizzazione giudiziaria.

Del resto, come si diceva, l'equità civile può anche assumere di nuovo, benché non espressamente, la qualificazione di *giusta*, com'è stato notato ancora da Giuliano Crifò[73]. In uno degli ultimi capitoli del *De uno* Vico riprendeva la riflessione sul ruolo, nell'impero, dei pretori, con i loro editti provinciali. Lo *ius civile*, che da quegli editti derivava, si trasformò nello *ius naturale gentium*, "*humanissimarum ius*", e l'azione dei prìncipi, oltre le loro intenzioni e per effetto della provvidenza, si trasformò da distruzione delle libertà in ragion di Stato capace di attingere il vero[74]. Ma una ragion di Stato capace di tanto non può che essere *giusta*, dotata di equilibrio, versata nell'apprezzare la natura delle cose, maturata dopo studio paziente ed ispirata dalla *prudentia*, che suggerisce valutazioni nel mondo del probabile, a cui appartiene l'azione umana. Ritorna dunque un'equità civile intesa in termini anche positivi, accanto ad altre sue modulazioni, e torna altresì la questione non solo di come, ma di chi possa maneggiarla, cioè la questione della classe dirigente: di nuovo, mi pare, le tendenziali leggi di struttura, di cui scriveva Betti a proposito della storia di Vico, sono leggi che non esprimono rigide permanenze nel mondo delle *res gestae*.

4. *Età, lingue, giurisprudenze: la dialettica fra equità naturale ed equità civile nella* Scienza nuova. – Con la *Scienza nuova* tutta questa materia assume una profondità ed un vigore straordinari. Si pensi alle pagine della *Spiegazione della dipintura* dedicate alle origini delle repubbliche, "*le quali nacquero al mondo di forma severissima aristocratica, nelle quali i plebei non avevano niuna parte di diritto civile*"[75]. Si pensi, ancora, ai loro sviluppi civili e sociali, dalla tirannide di Tarquinio a Giunio Bruto, alla *lex Publilia*, con la quale "*Publilio Filone dittatore…dichiarò la repubblica romana esser divenuta popolare di stato*"; e poi alla *lex Poetelia*, "*la quale liberò affatto la plebe dal*

[73] G. CRIFO', *Ulpiano e Vico. Diritto romano e ragion di Stato*, cit., pp. 2076 s.
[74] G. B. VICO, *De uno*, CCXVIII, 1, pp. 254 s.
[75] G. B. VICO, *Princìpi di Scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni*, cit., § 26, p. 434.

diritto feudale rustico del carcere privato, ch'avevano i nobili sopra i plebei debitori: sulle quali due leggi, che contengono i due maggiori punti della storia romana, non si è punto riflettuto né da' politici né da' giureconsulti né dagl'interpreti eruditi della romana ragione"[76], cioè del diritto romano. Sfogliando ancora poche pagine, assistiamo al trascorrere dei governi aristocratici in governi umani, prima popolari, poi – come conseguenza delle guerre civili promosse dalle "*fazioni de' potenti*" – monarchici, questi ultimi stabiliti "*con una legge regia naturale…con tal legge o più tosto costume naturale delle genti umane, vanno a ripararsi sotto le monarchie, ch'è l'altra spezie degli umani governi*"[77].

Nella varietà delle cose umane, dei popoli, delle lingue, dei costumi, ecc., ecco apparire qualcosa che davvero ricorda le tendenziali leggi di struttura di cui ha scritto Betti. Ma si tratta non tanto di una legge ma di un costume naturale delle genti umane, un aspetto della loro natura, da intendersi non come elemento razionalisticamente ricondotto ad uno *ius* naturale astratto, ma tutto interamente confisso nella storia, legato alle sue vicende, come un elemento che in essa torna ad accadere, con modalità, forme, svolgimenti che cambiano, sempre diversi, e tuttavia con qualcosa che appare comune.

Vico, sin dal *De constantia philologiae*, aveva però in animo qualcosa di molto più grande: *nova scientia tentatur* [78], e una scienza nuova, imbastita già in quei primissimi anni venti del Settecento, appare infine nel 1725, e nel 1730 è data alle stampe una versione completamente rielaborata, con già le celebri degnità. Vico, com'è noto, continuerà a lavorare sul testo ancora per anni e la terza edizione uscirà solo alla fine del luglio 1744: egli era scomparso il dieci gennaio di quell'anno. Alcuni fondamentali caposaldi erano già stati messi a fuoco con il *De constantia*: è sufficiente leggere il § 1 del *Caput* I, del *De constantia philologiae*: "*Est enim philologia sermonis studium et cura quae circa verba versatur eorumque tradit historiam, dum eorum origines et progressus enarrat, et sic per linguae aetates dispensat, ut eorundem teneat proprietates, traslationes et usus. Sed, cum rerum ideae quibusque verbis*

[76] G. B. VICO, *ibidem*.
[77] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, § 29, pp. 436 s.
[78] G. B. VICO, *De Constantia Iurisprudentis*, *pars posterior*, I, p. 308 (titolo).

appictae sint, ad philologiam in primis spectat tenere rerum historiam"[79]. Il grande tema della storia mette di fronte ad una materia forse ancor più vasta, quella del rapporto fra le parole e le cose, fra le origini, le proprietà, gli usi e le modificazioni delle lingue e delle cose, e a queste ultime, alle loro vicende, deve rivolgersi, prima di tutto, la filologia. Così, "*historia autem est temporum testis*"[80].

Da questa meditazione proviene la scienza nuova ed è da qui che nascono le celebri *discoverte* vichiane, è per questo che, meditando la comune natura delle nazioni, Vico esplora le "*tre sorte di natura e di governi*", le "*tre spezie di lingue*": la prima, geroglifica, "*muta per cenni o corpi ch'avessero naturali rapporti all'idee ch'essi volevan significare*"; la seconda, simbolica, "*per imprese eroiche, o sia per simiglianze, comparazioni, immagini, metafore e naturali descrizioni*"; la terza, pistolare o volgare, "*per voci convenute da' popoli*". Una lingua, quest'ultima, che permise ai popoli di dar "*sensi alle leggi, a' quali debbano stare con la plebe anco i nobili*", cosicché, "*portate le leggi in lingue volgari, la scienza delle leggi esce di mano a'nobili*", anche se questi ne conservarono "*una lingua segreta…ch'è la ragion natural dell'arcano delle leggi appo i patrizi romani, finché vi surse la libertà popolare*"[81]. Alle tre lingue corrispondono le tre età, degli dei, degli eroi e degli uomini, e alle tre lingue ed età, finalmente, tre giurisprudenze. La prima fu una "*teologia mistica*"[82], si legò all'interpretazione degli oracoli, cioè ad un sapere arcano così spesso frainteso dagli eruditi, che supposero,

[79] G. B. VICO, *op.loc.ult.cit.*

[80] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, I, 5, p. 312. Ha richiamato attenzione sul rapporto storia-filologia P. PIOVANI, *Pensiero e società in Vico*, in ID., *Invito a Vico*, cit., pp. 65 ss.: "*Vico guarda con esemplare costanza alla filologia come alla sola forma di conoscenza capace di cogliere da vicino le nature nel loro irripetibile formarsi, quindi nel segreto della loro essenza costitutiva. La filologia è la vera garante della scientificità raggiunta ormai dalla storia: essa non è una superficiale scienza di parole, ma osservata nel significato suo centrale, è, per eccellenza, una sostanziosa scienza dei fatti, da capire in quel loro individuale svilupparsi che è il solo essere dinamicamente conoscibile dalla filosofia nuova*" (p. 66).

[81] G. B. VICO, *Princìpi di Scienza nuova*, cit., § 32, p. 439. Irrigidisce concettualmente, mi sembra, questa analisi vichiana A. C. 'T HART, *La metodologia giuridica vichiana*, in *BCSV*, XII-XIII, 1982, pp. 23 ss. Nello sforzo costante di mettere in chiaro ciò che in Vico è oscuro, 'T Hart scrive di "*una dottrina vichiana del diritto come strumento di lotta sociale*" (p. 26). Ma, in Vico, il diritto è questo ma anche molto più di questo. E' strumento, certamente, ma anche forma di vita con suoi valori, come le lingue, i miti, i costumi, le religioni. Sfugge poi, probabilmente, a 'T Hart il rapporto, delineato in queste righe da Vico, fra lingua volgare in cui si esprime la scienza delle leggi e lingua arcana, che resta prerogativa dei nobili, rapporto di cui si dirà subito nel testo, a proposito dell'equità civile. Sulla scienza delle leggi che "*resta arcano possesso dei nobili*" v. G. GIARRIZZO, *Alle origini della medievistica moderna. Vico, Giannone, Muratori*, cit., p. 23.

[82] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, § 37, p. 442.

per la *boria de' dotti*[83], che fosse *sapienza riposta*, concettuale, quando era invece *sapienza volgare*, sapere immediato e privo di riflessione, legato alle immagini e non ai concetti. Una giurisprudenza che "*estimava il giusto dalla sola solennità delle divine cerimonie; onde venne a' romani tanta superstizione degli atti legittimi*"[84], retaggio questo che si mantenne nella seconda giurisprudenza, che fu *eroica*, "*tutta scrupolosità di parole…la quale guardava quella che da' giureconsulti romani fu detta '*aequitas civilis*' e noi diciamo 'ragion di Stato'*"[85].

Ritroviamo qui l'*aequitas civilis* e un ordine di idee ormai familiare, dal *De Ratione* al *Diritto universale*, ora alla *Scienza nuova*. Già trattando della lingua volgare, o pistolare, come s'è visto, Vico scriveva che con essa cade un fattore cruciale di inclusione del giuridico nell'esoterico: non è più necessario un potere visionario, o un'iniziazione misterica alle pratiche della divinazione, per la scienza delle leggi. Eppure qualcosa indugia nell'arcano, continua a sfuggire ai più, è una lingua segreta, che tale resta, in tempi diversi, per ragioni diverse. Nei tempi eroici, che corrispondono a quelli della repubblica aristocratica romana, essa è arcana e rozza insieme, propria di uomini di "*corte idee*", di un gruppo ristretto di individui che "*estimarono appartenersi loro naturalmente quello diritto, ch'era ciò, quanto e quale si fusse con le parole spiegato; come pur tuttavia si può osservare ne' contadini ed altri uomini rozzi, i quali, in contese di parole e di sentimenti, ostinatamente dicono la lor ragione star per essi nelle parole*"[86]. Leggi e formule delle *actiones* restano ancora nella sola disponibilità dei patrizi, che agivano nel rispetto di esse per la convinzione che osservarle fosse loro "*sommo privato interesse*", come soli cittadini di quelle patrie, veri monarchi delle loro famiglie, spietati per come "*trattavano gl'infelici plebei*". Fu opera della *divina provvedenza* se questi "*vizi privati*", coltivati da uomini le cui menti "*essendo particolarissime, non potevano naturalmente intendere ben comune*"[87],

[83] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, IV degnità, § 127-28, pp. 495 s.

[84] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, § 938, p. 868, cfr. anche la "*seconda spezie*" di giudizi, tutti "*ordinari*", perché strettamente legati ad una "*somma scrupolosità di parole*", con "*formole consagrate, che non si possono d'una letteruccia alterare*", il "*diritto naturale delle genti eroiche*" (§ 965, p. 884).

[85] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, § 38, p. 442.

[86] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, § 38, p. 443.

[87] G. B. VICO, *op.loc.ult.cit.*

riuscirono ad essere anche virtù pubbliche, a trasformarsi in azione eroiche a difesa della patria e perciò di interessi della repubblica.

Tutta questa impostazione è confermata nel quarto libro dell'opera dove, a proposito dei governi eroici, governi "*d'ottimati*", si dice che in essi "*tutte le ragioni civili erano chiuse dentro gli ordini regnanti de' medesimi eroi, ed a' plebei, come riputati d'origine bestiale, si permettevano i soli usi della vita e della natural libertà*"[88]. Nell'epoca dei governi eroici la giurisprudenza è tutta legata ad un "*cautelarsi con certe propie parole*" e a questo criterio si attenevano i giureconsulti, sia che difendessero in giudizio, sia che esprimessero pareri, circostanziando con precisione i fatti e facendo sì che "*le formule dell'azioni vi cadessero sopra a livello*". Così avvenne di nuovo, nei tempi barbari ritornati, ove "*tutta la riputazion de' dottori era in truovar cautele d'intorno a' contratti o ultime volontà*"[89]. L'ordine giuridico di quest'epoca, che si lega alla sua struttura politico-costituzionale, si esprime con la ragion di Stato, con l'equità civile, che, nei tempi eroici, era "*scrupolosissima delle parole con le quali parlavan le leggi; e, con osservarne superstiziosamente le lor parole, facevano camminare le leggi diritto per tutti i fatti, anco dov'esse leggi riuscissero severe, dure, crudeli*"[90]. Ma una civile equità non è propria solo dei tempi eroici e crudeli della giurisprudenza rozza, formalista, e qui, come scrive Vico, "*nasce un problema, che sembra assai difficile a solversi*"[91]. Vico torna ad avvalersi dell'autorità di Ulpiano, il quale, per i suoi tempi illuminati, non arcaici e rozzi, scrive che di equità civile "*s'intendono soli e pochi pratici di governo*"[92].

---

[88] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, § 926, p. 863.

[89] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, § 939, pp. 868 s.

[90] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, § 950, p. 874, ma si v. altresì la degnità CIX, secondo cui "*Gli uomini di corte idee stimano diritto quanto si è spiegato con le parole*" (§ 319, p. 538).

[91] G. B. VICO, *ibidem*.

[92] G. B. VICO, *ibidem*, ma anche § 949, pp. 873 s., con riferimento alle degnità CIX, CX e CXI. La prima, per cui "*Gli uomini di corte idee stimano diritto quanto si è spiegato con le parole*" (§319, p. 538); la seconda che riporta "*la diffinizione ch'Ulpiano assegna dell'equità civile: ch'ella è 'probabilis quaedam ratio, non omnibus hominibus naturaliter cognita (com'è l'equità naturale), sed paucis tantum, qui, prudentia, usu, doctrina praediti, didicerunt quae ad societatis humanae conservationem sunt nercessaria'. La quale in bell'italiano si chiama 'ragion di Stato'*" (§ 320, p. 538); la terza, per la quale "*Il certo delle leggi è un'oscurezza della ragione unicamente sostenuta dall'autorità*", un "*principio di ragion stretta, della quale è regola l'equità civile, al cui certo, o sia alla determinata particolarità delle cui parole, i barbari, d'idee particolari, naturalmente s'acquetano, e tale stimano il diritto che lor si debba*" (§ 321-22, p. 539).

Il fatto è che, come già nel *De Ratione* e nel *Diritto universale*, e anzi con maggior estensione, vigore, profondità di penetrazione che in quelle opere, così nella *Scienza nuova* l'equità civile è parola che descrive situazioni diverse, per tempi distinti. Nell'età eroica, simbolica, essa corrisponde ad una mentalità ancora molto rozza, primitiva, è mera espressione degli interessi dei patrizi, si manifesta in un'esperienza giuridica arcana, prerogativa dei soli ottimati, tutta concentrata sulle parole e sulle formule. Essa riesce, peraltro, per virtù della *divina provvedenza*, ad incarnare anche virtù pubbliche. Nei tempi umani, della lingua pistolare, la situazione cambia in profondità, prima di tutto perché la *civilis aequitas* coesiste con un quadro sociale profondamente mutato, per esempio come ai tempi di Vico. Così, "*son oggi gli uomini naturalmente portati ad attendere all'ultime circostanze de' fatti, le quali agguaglino le loro private utilità*". Essi sono, come già sappiamo, in grado di apprezzare l'*aequitas naturalis*, "*della quale sola è capace la moltitudine*", attenta a considerare "*gli ultimi a sé appartenenti motivi del giusto, che meritano le cause nell'individuali loro spezie de' fatti*". Ma solo "*pochi sappienti di Stato*" sono in grado, nelle monarchie, di "*consigliare con equità civile le pubbliche emergenze ne' gabinetti*"[93]. Questi *sappienti* non sono più giureconsulti o, se lo sono, il loro ambiente di lavoro è ormai il gabinetto del sovrano: il ceto togato, quando esercita funzione di giudice, non amministra equità civile. Dovrebbe invece condurre la *terza spezie* di giudizi, quelli umani, concentrati sull' equità naturale e che "*sono tutti straordinari, ne' quali signoreggia la verità d'essi fatti, a' quali, secondo i dettami della coscienza, soccorrono ad ogni uopo benignamente le leggi in tutto ciò che domanda essa uguale utilità delle cause*"[94]. Questa *terza spezie*, contrapposta alla seconda, è di giudizi straordinari, invece che ordinari. Ordinari, come s'è detto[95], questi ultimi, perché compressi in formule e in un rigoroso rispetto della lettera; straordinari i primi, perché liberati dal feticcio formalistico del diritto stretto ed imperniati sulla aderenza alla "*verità d'essi fatti*".

Vorrei concludere ancora tornando sull'elemento di continuità che si dipana lungo le opere vichiane, e che pervade la storicità delle espressioni esaminate, equità

[93] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, § 951, p. 875.
[94] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, § 974, p. 889.
[95] V. *supra*, n. 232.

dirittifondamentali.it

naturale e civile. Di tale elemento Vico è profondamente consapevole e lo scriverà a chiare lettere nel terzo capitolo della sezione nona, libro IV: "*Le cose qui ragionate d'intorno alle tre spezie della ragione posson esser i fondamenti che stabiliscono la storia del diritto romano. Perché i governi debbon esser conformi alla natura degli uomini governati*"[96], come stabilito con la Degnità LXIX, cui si collegano le precedenti, LXIV-LXVIII[97]. Questo elemento di continuità che Vico rintraccia nella storia del mondo sta nel *nascimento* delle cose: è la ricerca attorno a questo *nascimento* che permette a Vico di individuare, poi, le permanenze che si registrano nel tempo storico, dove pure ogni accadimento è variabile, contingente. Il *nascimento* investe la natura umana, tutti i variabili stati, condizioni, modificazioni che la riguardano, non però in astratto, ma nelle relazioni sociali cui gli esseri umani hanno dato vita[98]. La storia ideal eterna ha rapporto con aspetti della natura umana, storici sempre, mutevoli, eppure non privi di *guise*, modalità, manifestazioni che denunciano tratti comuni.

Tutta la difficoltà di questa ricerca sta appunto in un ossimoro, nella indagine sull'individualità tipica, sulla differenza ricorrente. Dicevamo già, trattando questo tema del *nascimento* nel corso del primo paragrafo, che risiede qui il nocciolo della *historische Frage* vichiana. La storia delle idee umane non dovrebbe essere storia delle idee dei filosofi, ha il compito di superare la *boria de' dotti* e di rivolgersi ad

[96] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, § 952, p. 876.

[97] Sulle degnità LXVII e LXVIII v. *supra*, § 1. Qui si vuole ricordare solo il tenore della fondamentale LXIV degnità: "*L'ordine dell'idee dee procedere secondo l'ordine delle cose*" (§ 238, p. 519), proposizione questa tutta compresa, nell'ordine di idee di Vico, del corso che fa la storia, a partire dalle altre proposizioni di apertura del *De constantia philologiae*, ricordate *supra*, § 8 e nn. 226-28.

[98] V. A. R. CAPONIGRI, *Tempo e idea. La teoria della storia in Giambattista Vico*, cit., p. 190: "*La spontaneità e la riflessione, il senso, la fantasia e la ragione non designano…i modi della coscienza umana in astratto, ma i principi di organizzazione e di coerenza nelle istituzioni sociali, nei complessi legami della comunità*". Si v., soprattutto, la prima delle sette tesi con le quali, I. BERLIN, *Vico ed Herder. Due studi sulla storia delle idee*, cit., p. 22 ha inteso esprimere in sintesi il pensiero di Vico: "*La natura umana non è, come a lungo si è supposto, statica, inalterabile, o persino inalterata; essa non contiene neppure un nucleo centrale o essenza, che rimanga identica nel mutamento; gli sforzi degli uomini per capire il mondo in cui si trovano e per adattarlo ai loro bisogni fisici e spirituali, trasformano continuamente e il mondo e se stessi*"; ma si v. anche le pp. 64 ss., e l'affermazione per cui la natura umana è *nascimento* (p. 67), nonché le pp. 92 ss., dove si sottolinea che, per Vico, "*lo sviluppo della vita mentale degli uomini è…lo sviluppo della vita istituzionale della società*" (p. 93), e le pp. 110 ss. V. anche, dello stesso a., *Vico e l'ideale dell'illuminismo*, cit., pp. 184 s.

un'investigazione che cerchi l'insorgere, nella natura umana, di qualcosa come un desiderio, un interesse, un timore, un'aspirazione, una speranza. Questo insorgere accade, secondo Vico, "*d'allora ch'i primi uomini cominciarono a umanamente pensare*"[99], superato il *divagamento ferino*. Mi pare pertanto necessario prestare attenzione a questo aspetto costitutivo della storicità, per come la intende la *Scienza* vichiana: la ricerca intorno al tipico, alle leggi di struttura, a ciò che permane nel mondo umano, dovrebbe al contempo farsi costantemente attenta a registrare il variante, l'individuale, il differenziale, come appunto ci siamo sforzati di fare indagando sull'equità naturale e sull'equità civile.

Non direi, infine, che sia scomparsa, nella *Scienza nuova*, l'attenzione di Vico per il suo mondo. Certo, quattro anni dopo la pubblicazione della *Scienza* del 1730, ha termine anche la dominazione austriaca e inizia il regno dei Borbone. L'epoca 'eroica' di questo regno, grosso modo coincidente con i suoi primi dieci anni, si conclude con la morte di Vico. Furono anni in cui si cercò di intervenire sull'inflazione legislativa e si pensò ad un riordinamento delle strutture giudiziarie, ma il tentativo fu osteggiato non solo dalla nobiltà ma anche da larga parte del ceto ministeriale, e fallì, come fallirono anche altri ambiziosi progetti di riforma sociale ed economica[100].

Tuttavia, Vico aveva sempre ritenuto essenziale il ruolo delle giurisprudenze e, per le epoche umane, com'egli considerava la sua, una giurisprudenza acconcia avrebbe dovuto guardare "*la verità d'essi fatti*" e piegare "*benignamente la ragion delle leggi a tutto ciò che richiede l'ugualità delle cause*"[101]. Una giurisprudenza, perciò, che non si fermasse al rispetto formale della lettera ma che sapesse cogliere, ricorrendo alla *naturalis aequitas*, il proprio, peculiare carattere dei fatti dedotti nel giudizio e maneggiare, nei loro confronti, non il regolo ferreo ma quello lesbio, tenendo in vista "*l'ugualità delle cause*"[102]. I problemi non derivavano perciò dall'esercizio

[99] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, § 347, p. 551.

[100] R. AJELLO, *Legislazione e crisi del diritto comune nel Regno di Napoli. Il tentativo di codificazione carolino*, cit., pp. 34 ss.

[101] G. B. VICO, *op.ult.cit.*, § 940, p. 869.

[102] G. B. VICO, *ibidem*.

dell'equità naturale da parte dei tribunali ma da un mancato equilibrio fra questa e l'equità civile.

A Napoli la crisi del diritto comune, l'anarchia istituzionale e la connessa inflazione legislativa, la confusione dei ruoli fra politica e giurisdizione, lo smarrimento delle condizioni di certezza della legislazione[103], erano segnali di un disorientamento più profondo, che toccava i presupposti etici, politici, economici, culturali della società napoletana e del suo ordine giuridico, rendendo assai fragile la sua legittimazione. La prevalenza dell'equità naturale sull'equità civile segnava l'imporsi dell'*utilitas singulorum* sugli interessi pubblici e, correlativamente, l'inettitudine del ceto togato ad indossare le vesti di classe dirigente del regno. Un ordine giuridico entra in una fase di declino e forse di crisi irrevocabile se mancano risorse umane capaci non solo di mettere a fuoco la complessità dei problemi ma anche di offrire composizioni adeguate alle relazioni di potere ed ai delicati equilibri che costituiscono altrettanti punti nervralgici del medesimo ordine e rappresentano perciò essenziali fattori di legittimazione di un sistema politico-costituzionale. Di tutto questo Vico deve essere stato profondamente consapevole. Forse è possibile cogliere, nel graduale concentrarsi della sua attenzione sulla dimensione speculativa, filosofica – oltre che la naturale estrinsecazione del suo genio – anche una certa disillusione[104] sulle prospettive del Regno e sulle sorti del suo popolo.

---

[103] Molto importanti le riflessioni di A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole*, cit., pp. 23 ss.: "*Se non viene rispettata la prima condizione della certezza della legge – ossia la sua generalità – risulta precaria la distinzione tra legislazione e giurisdizione: e viene meno la benefica dialettica tra 'lex' ed 'interpretatio', tra diritto stretto ed equità, tra regola ed eccezione. Un legislatore – come quello contemporaneo – che pretendeva di avere tante leggi quanti sono i casi – finiva per determinare il disordine delle istituzioni. La inflazione legislativa è dunque contro la legge della ragione; essa porta alla svalutazione della legge nel suo aspetto più generale; privilegiando la giustizia del caso singolo, si finisce per perdere di vista la unità del diritto, la utilità pubblica, e gli stessi princìpi del diritto*" (p. 24).

[104] G. GIARRIZZO, *Alle origini della medievistica moderna. Vico, Giannone, Muratori*, cit., p. 21, ha sostenuto che nel "*Vico, come in tutti i grandi storici del Settecento, la polemica pirronistica ha però distrutto la fiducia nella stabilità d'un difficile equilibrio politico e sociale…la fiducia nella ragione si infrange contro la lezione delle cose, la storia è storia di errori, di illusioni, di piani falliti, storia della ragione sconfitta prima e più della ragione trionfante*". Nella storia di Vico, tuttavia, opera la *divina provvedenza* e inoltre, se manca una cieca fiducia nella ragione umana, essa è anche sfiducia nelle capacità della mente di cogliere un filo tragico nelle *res gestae*. In fondo, opporre la lezione delle cose alla fiducia nella ragione significa proprio confermare le doti di questa.

Due mesi dopo la pubblicazione della *Scienza nuova prima* Vico scriveva all'abate Esperti, tramite prezioso per far arrivare il libro fuori Napoli, a Roma e Venezia. Un passaggio della sua lettera sembra confermare non solo quella disillusione, ma anche l'ipotesi avanzata da Alessandro Giuliani, cioè che Vico fosse consapevole di una crisi dell'ordine giuridico napoletano sia per i suoi aspetti istituzionali e politico-costituzionali che per quelli, collegati ai primi, di ordine gnoseologico[105]: "*Ma oggi il mondo o fluttua ed ondeggia tra le tempeste mosse a' costumi umani dal 'caso' di Epicuro, o è inchiodato e fisso alla 'necessità' del Cartesio; e così, o abbandonatosi alla cieca fortuna o lasciandosi strascinare dalla sorda necessità, poco se non pur nulla si cura con gli sforzi invitti di una elezion ragionevole di regolare l'una o di schivare, e ove non possa, almeno di temprar l'altra*"[106].

dirittifondamentali.it

[105] A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole*, cit., p. 24: "*La crisi del diritto comune – secondo Vico – aveva motivazioni più profonde: alla anarchia istituzionale corrispondeva una anarchia gnoseologica, che aveva eliminato i presupposti stessi della possibilità di conoscenza del giuridico*".

[106] G.B. VICO, *Lettera all'abate Esperti in Roma (primi del 1726)*, In ID., *Opere*, I, cit., p. 323.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 31 marzo 2022

Libertà e autorità nel costituzionalismo moderno

di
Claudia Cipolloni*

Sommario: 1. La dottrina del costituzionalismo nella dogmatica del potere: primo inquadramento teorico. – 2. Brevi cenni sulle origini del costituzionalismo: dalla teoria della costituzione mista allo Stato costituzionale di diritto. - 2.1. *Segue*: l'evoluzione del paradigma costituzionale nel corso del XX secolo. – 3. Il costituzionalismo moderno e l'avvento del processo di globalizzazione. – 4. Per un nuovo ordine "umano": appunti conclusivi.

1. La dottrina del costituzionalismo nella dogmatica del potere: primo inquadramento teorico

L'indagine sul rapporto tra libertà e autorità si inscrive entro una più ampia riflessione relativa a quel complesso di principi, insieme giuridici e politologici, intorno ai quali si è forgiata la dottrina del costituzionalismo; una dottrina che, generalmente, viene fatta coincidere con l'elaborazione di congegni di limitazione del potere in funzione della garanzia delle libertà[1], ed è perciò declinata nelle forme di "una tecnica della libertà contro il potere arbitrario"[2].

*Dottoressa di ricerca

[1] Si v. P. Ridola, *Diritto comparato e Diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 2, il quale, per il vero, problematizza la ricostruzione che assorbe l'intera vicenda del costituzionalismo in un processo di limitazione del potere asserendo, piuttosto, che nell'ideologia del costituzionalismo il tema della limitazione sia complementare a quello della legittimazione.

[2] N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2016, 20; analogamente, J.K. Lieberman, *Constitutionalism*, cit., 730: "*Constitutionalism rejects arbitrary government; it recognizes and respects people's rights despite the contrary will of officials or even popular majorities*"; U.K. Preuss, *Constitutionalism*, in E. Craig (Ed.), *The shorter routledge encyclopedia of philosophy*, London and New York 2005, 147: "*Constitutionalism comprises a set of ideas, principles and rules, all of which deal with the question of how to develop a political system which excludes as far as possible the chance of arbitrary rule*".

Contributo sottoposto a referaggio

Tuttavia, se è vero che la tutela dei diritti fondamentali costituisce "il baricentro"[3] del moderno costituzionalismo, è altrettanto indubbio che la fisionomia del processo di costituzionalizzazione appaia tuttora contrassegnata da una certa fluidità.

In effetti, che il costituzionalismo non sia un concetto di piana e univoca definizione[4] risulta evidente già solo confrontando la varietà di nozioni, spesso divergenti tra loro, con cui gli studiosi hanno tratteggiato i contorni della scienza costituzionale, analizzandone origini ed elementi costitutivi.

Esemplificativa è, in quest'ottica, l'opposta teorizzazione del costituzionalismo[5] formulata, ancora agli inizi degli anni '30 del Novecento, da parte di *Gino Solazzi* nell'*Enciclopedia Italiana*[6] e di *Walton H. Hamilton* nell'*Encyclopaedia of the Social Sciences*[7]: il primo asseriva che con l'espressione "costituzionalismo" si è soliti indicare il complesso dei principi, di origine inglese, che caratterizzano la forma di governo costituzionale e, tra questi, il principio della divisione dei poteri e della rappresentanza politica, ma anche della pubblicità e della responsabilità dei governanti; quanto alla tutela dei diritti fondamentali, l'Autore affermava invece: "[a]i cittadini viene anche assicurata una sfera di libertà individuale con la determinazione di limiti allo stato nell'esplicazione della sua attività in rapporto a certi campi di attività individuale".

Al contrario, *Hamilton* sosteneva che l'idea del costituzionalismo derivasse dalla prospettiva di una "nuova libertà" sancita nella Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 1776 e che i suoi principi ispiratori fossero tre: "[t]*he first is a greater law (…) The second in an individual right. (…) The third is a charter*"; in

[3] A. D'Atena, *Le stagioni del costituzionalismo nel suo rapporto con la tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, n. 1/2017, 1.

[4] G. Casper, *Constitutionalism*, University of Chicago Law Occasional Paper, No. 22 (1987), 3: "*Constitutionalism is a term not altogether congenial to American lawyers. It seems to share the characteristics of other "isms": it is neither clearly prescriptive nor clearly descriptive; its contours are difficult to discern*".

[5] Così come evidenziata da N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. II, Roma, 1992, 521 ss.

[6] G. Solazzi, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia italiana*, Roma, 1949, ristampa fotolitica del vol. XI pubblicato nel 1931, 653.

[7] W.H. Hamilton, *Constitutionalism*, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. III, New York, 1937, 255 ss.

altri termini *"[a] law for the government, safeguarding individual rights, set down in writing – that is the constitution*".

È perciò evidente come quello del costituzionalismo non sia un modello definito e storicamente determinato ma configuri, piuttosto, un principio di razionalizzazione del potere che si è articolato sulla scia di alcuni nuclei forti, ciascuno dei quali variamente declinato secondo le mutevoli ricostruzioni che della storia, e nella storia, hanno offerto i loro interpreti[8].

Non è un caso, ad esempio, che il sostrato del costituzionalismo, originariamente incardinato sui principi della tutela dei diritti di libertà e della separazione dei poteri, sia stato nel tempo plasmato da ulteriori principi, come quello federativo e rappresentativo, che ad oggi si pongono, accanto ai primi, tra gli elementi indefettibili di una forma di Stato costituzionale[9].

Ad ogni modo, sebbene la nozione del "costituzionalismo" presti tuttora il fianco ad alcune incertezze ricostruttive, è ragionevole supporre che il filo conduttore dell'intera vicenda tratteggi i confini della questione, ancor oggi insoluta, del rapporto "fra chi detiene il potere e coloro che ne rimangono assoggettati, e quindi il vario modo di realizzarsi della correlazione fra autorità e libertà"[10].

[8] J.K. Lieberman, *Constitutionalism*, cit., 731: "*Despite the general agreement on the essential norms and practices of constitutionalism, there is no definitive model and some basic questions remain unsettled*".

[9] Cfr. S. Mangiameli, *Stato, integrazione europea e globalizzazione. Le nuove sfide del costituzionalismo*, cit., 230 s.; P. Ridola, *Diritto comparato e Diritto costituzionale europeo,* cit., 6 s. Oltre questi, molti altri sono stati i principi ritenuti coessenziali alla genesi del moderno costituzionalismo, alcuni dei quali invero concepiti alla stregua di mere variabili del processo di costituzionalizzazione, come tali depotenziati di ogni valenza descrittiva e prescrittiva del fenomeno: tra questi, l'approvazione di una costituzione scritta e la previsione di una garanzia giurisdizionale della costituzionalità delle leggi che, a giudizio di alcuni autori, non figurerebbero tra i componenti necessari di uno Stato di diritto costituzionale. In argomento, e più esattamente sul concetto documentale e politico di costituzione, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, I, Introduzione al diritto costituzionale italiano,* Padova, 1970, 87 ss., affermava che quest'ultimo sia piuttosto da intendersi "come ordinamento supremo dello Stato informato a determinati principi e articolantesi nelle strutture organizzative ad essi adeguate". Per quanto i due modelli siano destinati tendenzialmente a coincidere nella gran parte delle esperienze costituzionali successive al secondo dopoguerra, è altrettanto noto che l'Inghilterra, culla dei principi del costituzionalismo e al contempo priva di una carta scritta, rappresenti l'esempio più evidente di scollamento tra i due paradigmi.

[10] C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1975, 135.

dirittifondamentali.it

Un rapporto, la cui evoluzione ha attraversato diacronicamente la storia delle comunità politiche, snodandosi lungo un percorso che, a partire dalla concettualizzazione del governo misto di età greco-romana, ha infine contrassegnato l'origine e lo sviluppo dell'organizzazione statualistica moderna.

2. Brevi cenni sulle origini del costituzionalismo: dalla teoria della costituzione mista allo Stato costituzionale di diritto

Quanto alle origini del fenomeno in parola, si è soliti ritenere che il costituzionalismo affondi le sue radici negli eventi rivoluzionari che, sul finire del XVIII secolo, portarono al riconoscimento dei diritti di libertà in un assetto statuale organizzato secondo il principio della divisione dei poteri; principi che sono stati espressamente compendiati all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, ove si afferma: "Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione".

Invero, quella del costituzionalismo è una storia molto più antica, ed è una storia della tensione dialettica che ha attraversato il rapporto tra libertà e autorità nel corso di un lungo processo evolutivo, i cui prodromi appaiono addirittura riconducibili alla teoria della "costituzione mista" di età greco-romana, all'origine della quale si poneva l'idea che la forma di governo migliore derivasse da un processo di mescolanza tra gli archetipi della monarchia, dell'aristocrazia e della democrazia[11].

Neppure trascurabile, ai fini di una lettura diacronica del costituzionalismo, appare essere l'influenza spiegata dalla tradizione particolaristica e consuetudinaria di età medievale[12]. E ciò, sia con riferimento allo statuto delle prime città imperiali che,

[11] Per una più puntuale considerazione della dottrina del governo misto si rimanda a N. Bobbio, *Governo misto*, in *Dizionario di politica*, Torino, 1983, 491 ss.: "La dottrina del G. misto consiste nella enunciazione e nella relativa argomentazione a favore del principio secondo cui la degenerazione di una forma buona in una cattiva può essere evitata dalla costituzione di un governo che risulti da una mescolanza o combinazione o contemperamento o reciproca integrazione o addirittura fusione delle tre forme buone".

[12] Sulla quale, e senza alcuna pretesa di esaustività, si v. più ampiamente J. Ellul, *Storia delle Istituzioni. Il Medioevo*, Milano, 1976; E. Cortese, *Le Grandi Linee della Storia Giuridica Medievale*,

proprio in virtù dell'autonomia loro concessa, favorirono l'emersione di un primo nucleo concettuale di libertà in capo ai cittadini[13]; sia con riferimento alla natura dell'ordine giuridico medievale, che era un ordine incardinato sul valore della consuetudine, alla cui osservanza si riteneva perciò fosse vincolato anche il *princeps* nell'esercizio della sua attività di *iurisdictio*[14].

È a tutti noto però come tale processo embrionale di limitazione giuridica del potere - la cui massima estrinsecazione si ebbe nella genesi della monarchia limitata inglese - venne presto scalfito, intorno al XIV secolo, dall'irrompere dello Stato moderno[15] e dall'imposizione di una nuova struttura di potere che era quella

---

Roma, 2012; M. Michetti, *Territorio e organizzazione del potere. Livelli di governo e legittimità dello Stato*, Torino, 2021.

[13] *Ex multis* F. Calasso, *Origini italiane della formola «Rex in regno suo est imperator»*, in *Riv. sto. dir. it.*, 1930, 213 ss., anche in *Annali di storia del diritto*, IX, Milano, 1965, 111 ss.; M. Weber, *La città*, trad. di O. Padova, Milano, 1950; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006; A. Zorzi, *Le libertà delle città italiane nel tardo medioevo: qualche riflessione*, in *Edad Media. Revista de Historia*, n. 21/2020, 11 ss.; Id., *Le declinazioni della libertà nelle città comunali e signorili italiane (secoli XII-XIV)*, in Id. (a cura di), *La libertà nelle città comunali e signorili italiane*, Roma, 2020, 11 ss. In buona sostanza, la "città era libera in quanto immune e autonoma, e la sua libertà si rifletteva sui suoi membri" (A. Santangelo, *Il diritto di cittadinanza tra medioevo e prima età moderna*, Intervento presentato al convegno "Cittadinanza e nazione in prospettiva storica" tenutosi a Milano nel 2018, consultabile all'indirizzo https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/711679/1471254/cittadinanza.pdf, 8); i cittadini infatti erano "liberi in quanto membri di una città che aveva conquistato la sua autonomia, che godeva di *iura propria*, che aveva costruito un proprio ordinamento" (A. Santangelo, *Il diritto di cittadinanza tra medioevo e prima età moderna*, cit., 8). Una condizione, quella delle città comunali, che sarà meglio cesellata dalla formula "*Civitates superiorem non recognoscentes*" utilizzata da *Bartolo* per descrivere tali ordinamenti particolari dotati della più ampia autonomia politico-giuridica, sì da apparire quali "*perfectae et per se sufficientes communitates*" (le citazioni sono riportate da S. Trentin, *Stato – Nazione Federalismo*, Milano, 1945, 5).

[14] La consuetudine era, in altri termini, la primitiva *lex non scripta*, mentre le *leges scriptae* assolvevano per lo più ad un ruolo certificatorio del materiale consuetudinario, rispetto al quale il *rex* era tenuto ad un'attiva ordinativa e conservativa: "la *consuetudo* è una *lex* in potenza, e la *lex* è una consuetudine certificata e sistemata; l'una e l'altra in continua osmosi" (così P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 90). Alla funzionalizzazione della *iurisdictio* si contrapponeva invece l'esercizio del *gubernaculum*, per tale intendendosi un potere di natura discrezionale, *extra legem*, di cui il re disponeva per fronteggiare situazioni di particolare necessità, riguardanti i rapporti con gli altri Stati e l'ordine interno o, più in generale, gli affari di Stato. Sul punto, N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, cit., 36.

[15] Sin troppo nota, e ampiamente esaminata in letteratura, è l'evoluzione storica che ha condotto alla nascita dello Stato moderno. In questo limitato spazio di indagine sia almeno consentito accennare alla circostanza per la quale il processo di costruzione degli Stati moderni si colloca nel solco della crisi che, sul finire del XIII secolo, ha investito gli ordinamenti giuridici e politici di età medievale i quali, come più sopra accennato, avevano mancato di imprimere una vocazione totalizzante al potere politico. Sicché, a partire dal XIV secolo, contro il moto

propria dell'assolutismo monarchico; e infatti, l'elaborazione della categoria politico-giuridica della sovranità (ad opera di alcuni grandi teorici come *Jean Bodin* e *Thomas Hobbes*) si colloca entro una realtà istituzionale che rispondeva ad una rinnovata esigenza di unificazione e di concentrazione del potere nelle mani del sovrano, attraverso il monopolio della forza legittima e dell'attività di produzione del diritto[16] (la sovranità è, per definizione, "*summa legibusque soluta potestas*"[17]).

Pertanto, può essere facilmente intuito come, nello Stato assoluto, la condizione dei sudditi risultasse interamente soggiogata dall'autorità statale e, per conseguenza, come anche il principio di libertà fosse relegato in una dimensione prettamente effettuale[18], costretto ad una vita precaria e ai margini dell'ordinamento[19].

D'altro canto, sebbene lo stesso *Hobbes* non avesse mancato di formulare una dottrina dei "doveri della sovranità"[20], è appena il caso di ricordare come questa

---

centrifugo del potere diffuso e parcellizzato di età medievale, si è innescato il moto centripeto del potere unificato di età moderna, canalizzato entro le strutture di un'autorità, come quella statuale, che si qualifica come un ente superiore ad ogni altra istanza, sia sul piano interno sia su quello internazionale; in altri termini, e per effetto di una concettualizzazione che giungerà a piena maturazione con la pace di Westfalia - "lo Stato classico europeo divenne l'unico soggetto della politica" (così C. Schmitt, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1933), trad. it. in G. Miglio, P. Schiera (a cura di), *Le categorie del politico,* Bologna, 1972, 24). Conseguentemente, si è assistiti ad una proiezione dell'autorità statale sulla dimensione geofisica del territorio, poiché la struttura monolitica del potere rivendicava a sé un ambito spaziale di effettività che ricomponesse a sintesi ogni lacerazione delle residue autonomie politiche di ascendenza medievale. Coessenziale alla formazione dello Stato moderno sarà dunque la teorizzazione della categoria politico-giuridica della sovranità che, pur nell'ambiguità delle innumerevoli definizioni, conserva immutato il suo legame con il fenomeno statuale e ne ritrae un attributo costitutivo, rappresentando "il modo di essere proprio del potere statale" (C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 98).

[16] N. Matteucci, *Lo Stato moderno*, Bologna, 1993, 81.

[17] Definizione contenuta nel testo latino del 1586, 78: "*Maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas"* (vd. J. Bodin, *I sei libri dello Stato*, a cura di M. Isnardi Parente, Torino, 1964, vol. I, cap. VIII, 345, nota 2).

[18] Secondo la nota definizione di A. D'Atena, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, in Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, IV ed., Turin, 2018, 6, il quale ha utilizzato l'espressione "libertà effettuale" per descrivere la condizione dei sudditi dell'*ancien régime* i quali, pur non essendo materialmente ridotti in catene, fruivano di una libertà soltanto *effettuale*, che non costituiva oggetto di un diritto da rivendicare nei confronti dello Stato.

[19] P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed., Torino, 1991, 107.

[20] Come noto, è la sola dottrina dei fini, compendiata nella disamina dei "doveri della sovranità", ad apportare un qualche temperamento nella teoria dello Stato leviatano, disponendosi che il sovrano fosse vincolato ad esercitare il potere in funzione della sicurezza del popolo: "Tutti i doveri di chi ha il potere sono compresi in questo solo detto: *la salute del popolo è la legge suprema*" (T. Hobbes, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino*, a cura di T. Magri,

non contemplasse la garanzia della libertà dei sudditi giacché la libertà - da intendersi quale "assenza di impedimenti esterni"[21] - avrebbe potuto estrinsecarsi solo nel silenzio della legge: "la libertà di un suddito risiede (…) soltanto in quelle cose che il sovrano ha trascurato nel disciplinare le azioni dei sudditi"[22].

Piuttosto, fautore di una nuova e diversa concezione della libertà al confronto con l'autorità sarà *John Locke*, la cui dottrina dello Stato, invece, accluderà i diritti di libertà tra le cause di legittimazione e di funzionalizzazione del potere politico. E infatti quella di *Locke* è una concezione che poggia la pietra angolare dell'intero sistema sul principio di libertà, ancorando il fondamento di legittimità del potere politico alla salvaguardia di un nucleo intangibile di diritti - e, tra questi, la vita, la libertà personale e la proprietà privata - che le leggi di natura avrebbero conferito alla titolarità di ciascun uomo[23].

Roma 2018, cap. XIII, 193). In particolare, *Hobbes* riteneva che la "salute del popolo" non avesse riguardo alla conservazione della vita in genere, ma alla conservazione di una vita "per quanto possibile felice", facendosi obbligo al detentore del potere supremo "di procurare in abbondanza ai cittadini tutti i beni necessari non solo alla vita, ma anche al diletto" (T. Hobbes, *De Cive*, cit., cap. XIII, 194). Più esattamente, lo Stato era fondato e giustificato dall'adempimento di alcuni compiti che avrebbero dovuto assicurare ai cittadini il conseguimento dei seguenti vantaggi: "1. che siano difesi dai nemici esterni; 2. che la pace interna sia conservata; 3. che si arricchiscano per quanto è compatibile con la sicurezza pubblica; 4. che godano di una libertà innocua" (… "Infatti, chi ha il potere supremo non può meglio concorrere alla felicità dei cittadini, che facendo sì che possano godere delle ricchezze prodotte con la loro industria, sicuri della guerra esterna e civile", T. Hobbes, *De Cive*, cit., cap. XIII, 195). "La pace dei sudditi con se stessi e la loro difesa contro un comune nemico"[20] sono perciò il fine dell'istituzione della sovranità e tale è la sua vocazione che una possibile distorsione dall'obiettivo avrebbe legittimato, pure nell'impostazione teorica di *Hobbes*, il riconoscimento in capo ai sudditi di una facoltà molto simile al diritto di resistenza al sovrano: "L'obbligo dei sudditi verso il sovrano, si intende che dura fino a che dura il potere per il quale esso è in grado di proteggerli e non più a lungo, poiché il diritto che gli uomini hanno per natura di proteggere se stessi, quando nessun altro può proteggerli, non può essere abbandonato con nessun patto" (T. Hobbes, *Leviatano*, trad. di G. Micheli, Milano, 2018, cap. XXI, 230 e 234).

[21] T. Hobbes, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, 2019, cap. quattordicesimo, 173.

[22] T. Hobbes, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, cit., cap. ventunesimo, 177. Nel medesimo senso T. Hobbes, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino*, a cura di T. Magri, Roma, 2018, cap. XIII, 201: "si dice che ciascuno gode della sua libertà; e la libertà deve venire qui intesa in questo senso: quella parte del diritto naturale che viene concessa e lasciata ai cittadini dalle leggi civili".

[23] Ne consegue che il superamento dello stato di natura - per nulla assimilabile a quello belligerante di tradizione hobbesiana - si giustifichi in ragione della necessità di attribuire ad un'autorità politica il compito di preservare e ampliare diritti e libertà afferenti alla condizione

Il giusnaturalismo, dunque, "trova nell'individuo non solo un limite e una barriera, ma anche un principio positivo di organizzazione politica. È, in embrione, il nuovo stato fondato sulla stessa libertà, che ha per fine di contemperare i diritti di ciascuno con quelli di tutti gli altri"[24].

Ne consegue che la società e lo Stato, piuttosto che come armi del dispotismo, iniziano ad essere pensati quali strumenti istituzionali di libertà giuridica, funzionalmente orientati alla garanzia di quei diritti che per primi si definiscono quali attributi fondamentali e inalienabili dell'uomo[25]; lo Stato serve alla loro difesa e trova in ciò la giustificazione della sua esistenza[26].

Nondimeno, ad imprimere una vigorosa sottolineatura della personalità individuale saranno le battaglie per la tolleranza e per la libertà religiosa condotte in Europa a partire dal XVI secolo[27] che, oltre ad affermare l'intangibilità della coscienza individuale ("foro interno"), hanno segnato la genesi della libertà di manifestazione del pensiero ("foro esterno"), così paventandosi la pretesa fondativa di un nuovo ordine sociale e politico che avrebbe collocato al centro i diritti e le libertà individuali[28].

Occorre peraltro aggiungere che le idee di emancipazione civile e politica, innestatesi sul tronco delle lotte per la libertà religiosa, siano essenzialmente promanate dalle rivendicazioni di un ceto sociale in ascesa, come quello borghese,

---

naturale di ciascun uomo, altrimenti esposti alla precarietà di uno stato di natura in cui è dato riscontrare la mancanza di un potere che garantisca, contro le violazioni, l'adempimento delle leggi e l'esecuzione delle sentenze di un giudice comune (J. Locke, *Il secondo trattato sul governo,* trad. it. a cura di A. Gialluca, Milano, 2019, cap. XI - 136, 246 s.). La genesi dell'autorità, quindi, è pur sempre riconducibile ad un'obbligazione politica contratta dai consociati ma, in tal caso, il *pactum societatis* si estrinseca nelle forme di un *pactum unionis*, e non già *subiectionis*, che non implica alcuna necessaria soggezione senza libertà: al contrario, "contenuto del patto sono i diritti fondamentali dell'uomo; suo fine è il riconoscimento e la difesa di tali diritti" (G. Solari, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Napoli, 1990, 51).

[24] G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, Roma-Bari, 2003, 26.

[25] G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, cit., 31.

[26] C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, 220.

[27] Afferma ancora C. Schmitt, *Cattolicesimo romano e forma politica*, trad. it. a cura di C. Galli, Bologna, 2010, 56 s. che il "primo diritto individuale, nel senso dell'ordinamento sociale borghese, era la libertà religiosa; e questa resta l'inizio e il principio di tutto quel catalogo di diritti di libertà - di fede e di coscienza, d'associazione e di riunione, di stampa, di commercio e d'industria - che si è sviluppato in séguito".

[28] Cfr. P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, 32.

che (contro il retaggio medievale dei privilegi) auspicava il riconoscimento di una posizione di parità giuridica fra tutti i soggetti operanti nel mercato e reclamava la garanzia di una sfera di libertà, prevalentemente economiche, sottratta all'ingerenza del dispotismo statale[29].

Si erge così, sullo sfondo del processo di costituzionalizzazione, la nascente teoria politica del liberalismo giuridico ed economico, che appunto identificava nello Stato non solo un garante delle libertà individuali ma anche un possibile usurpatore delle stesse, contro il quale apprestare un complesso sistema di garanzie giuridiche dei diritti e delle libertà fondamentali[30]: "[i] diritti di libertà sono il perno dello Stato immaginato, prima del sopravvento dei Parlamenti, dalla cultura della borghesia"[31].

Progressivamente, quindi, il movimento costituzionalista liberale erode le fondamenta dell'assolutismo statale, disarticolando l'accentramento strutturale dello stato-apparato in funzione di una migliore organizzazione dei poteri per il riconoscimento e la tutela delle libertà della persona; il liberalismo, dunque, "fu principalmente una sfida agl'interessi costituiti, resi sacri dalla tradizione di un mezzo millennio"[32].

I principi qui solo rapidamente accennati troveranno massima esplicazione nell'evoluzione di quella particolare forma statuale, meglio nota come Stato liberale di diritto, che si consoliderà all'indomani della grande stagione rivoluzionaria compiutasi in Inghilterra, America del Nord e Francia tra il XVII e il XVIII secolo e all'esito della quale l'originaria fisionomia assolutistica della sovranità verrà sagomata dall'erompere di una nuova e diversa concezione del potere, non più illimitato nella sua estrinsecazione ma funzionalizzato al riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo.

[29] G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, cit., 35.

[30] Sulla distinzione corrente tra concezione pre-liberale e liberale della libertà si v. M. Barberis, *Liberalismo, costituzionalismo, pluralismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2006, 80.

[31] G. Amato, *Libertà (dir. cost.)*, voce in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Torino, 1974, 274.

[32] H.J. Laski, *Le origini del liberalismo europeo,* trad. it. a cura di P. Vittorelli, Londra, 1962, 2.

dirittifondamentali.it

La stagione rivoluzionaria è perciò definita come il "crinale del moderno costituzionalismo"[33], per effetto della quale il riconoscimento e la proclamazione dei diritti fondamentali dell'uomo all'interno dei primi documenti costituzionali si avranno congiuntamente all'introduzione di alcuni principi di organizzazione e razionalizzazione delle strutture di potere, tra i quali figurano il principio della divisione (verticale e orizzontale) del potere, il principio democratico, convogliato entro il circuito della rappresentanza parlamentare, e il principio di legalità, che si esprime nel dovere di conformità alla legge dell'azione dei pubblici poteri.

Tuttavia, ciò che preme sottolineare in questa sede è soprattutto l'idea, veicolata dalla tradizione statualistica liberale, per la quale la legittimazione dello Stato moderno sia fondata sulla capacità dell'ordine politico di realizzare i diritti dei cittadini; in altri termini, il potere dello Stato, che almeno teoricamente si afferma essere limitato, misurabile e controllabile, viene funzionalizzato alla garanzia della libertà del singolo[34].

Un principio, quello di funzionalizzazione dell'autorità alla garanzia della libertà, che, all'indomani dell'"implosione" dello Stato liberale e alla fine dei regimi totalitari, acquisirà piena realizzazione nello Stato costituzionale di diritto, quando il problema della ricerca di un più saldo fondamento della libertà rivestirà piena centralità strategica.

2.1. *Segue*: l'evoluzione del paradigma costituzionale nel corso del XX secolo

È solo con l'evoluzione dello Stato costituzionale di diritto che la persona assumerà una vera e propria precedenza sostanziale rispetto ad ogni istituzione politica e ad ogni potere costituito[35], consolidandosi il principio della "preesistenza o anteriorità

[33] Secondo la definizione di F. Rimoli, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Roma, 2011, 98.

[34] C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 173.

[35] In proposito, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte generale*, II ed., Padova, 1992, 1 ss.; S. Mangiameli, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale. Nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario,* Milano, 2006, ora in Id., *I diritti costituzionale: dallo Stato ai processi di integrazione,* Torino, 2020, 175 ss.

logica"[36] dei diritti inviolabili della persona sugli assetti costitutivi dell'ordinamento statuale; una persona che, nell'impianto costituzionale del secondo dopoguerra, fa astrazione da quella polarità isolata della tradizione individualistica liberale per concretizzarsi entro una dimensione più spiccatamente sociale, nella quale il problema della libertà si interseca necessariamente con quello dell'eguaglianza dinamica o sostanziale[37], evocandosi uno specifico intervento dello Stato a garanzia della piena estrinsecazione dei diritti di libertà, positiva e negativa, del cittadino[38].

Difatti, con il passaggio allo Stato costituzionale del XX secolo, si attenua quella *separazione* tra Stato e società che, al contrario, aveva costituito uno dei presupposti di pensabilità dello Stato liberale; lo Stato costituzionale, invece, diventa "la forma giuridica della democrazia pluralista"[39], rispetto alla quale il principio di *neutralità* cede il posto a un processo di integrazione della composizione pluralistica di una "società aperta"[40], entro la quale si intrecciano le *legature sociali*[41] dell'individuo.

Il superamento dell'impostazione statocentrica passa dunque per la considerazione che la persona, in quanto fine del sistema delle libertà[42], è il perno che legittima e funzionalizza il nuovo assetto statuale nel quale "ogni azione deve essere indirizzata verso il *centro*, ossia verso la *persona*"[43]; in quest'ottica, "la libertà viene a svolgere quasi la funzione di centro di gravità su cui poggia, insieme con

[36] A. Baldassarre, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, 1, anche in Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 1 ss.

[37] Sul punto, V. Crisafulli, *Individuo e società nella Costituzione italiana,* in *Dir. lav.*, 1954, 73 ss.

[38] Cfr., A. Pace, *La variegata struttura dei diritti costituzionali*, in *Associazione per gli studi parlamentari,* Quaderno n. 8, Seminario 1997, Torino, 1998, 22 s.

[39] E. Cheli, *I fondamenti dello "Stato costituzionale". Relazione al Convegno su "Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela", organizzato dall'Istituto della Enciclopedia Italiana – Roma 27-28 ottobre 2005*, 1, consultabile in *www.astrid-online.it*.

[40] *Ibidem.*

[41] P. Ridola, *Diritti costituzionali* (voce), in *Diritto costituzionale*, in S. Mangiameli (a cura di), Milano, 2008, 399.

[42] G. Guarino, *Lezioni di diritto pubblico,* Milano, 1969, 90 ss.

[43] E. Di Salvatore, *Appunti per uno studio sulla libertà nella tradizione costituzionale europea*, cit., 46, sulla scia della riflessione di E.-W. Böckenförde, *Staat und Gesellschaft*, in *Staatslexikon Recht – Wirtschaft – Gesellschaft*, V Band, 7. Aufl., Freiburg-Basel-Wien, 1995, 231.

dirittifondamentali.it

l'equilibrio istituzionale dell'ordinamento giuridico, la legittimità stessa di un determinato assetto statuale"[44].

E infatti, la premessa concettuale del *nuovo* rapporto tra individuo e Stato si fonda sulla presupposizione che "le libertà diventano forme essenziali, modi di essere della sovranità; strumenti e condizioni dell'autorità che si giustifica solo in quanto attuazione pratica (…) di esse"[45].

Ciò che ne discende è l'instaurarsi di una *circolarità* nella relazione costitutiva tra i diritti fondamentali e l'ordinamento giuridico: la suesposta anteriorità dei diritti dell'uomo, infatti, non si erge *nei confronti* dell'ordinamento in funzione difensiva ma si radica *entro* il medesimo ordinamento dal quale scaturiscono sia la *pretesa fondativa* sia la *garanzia di effettività* dei diritti inviolabili della persona.

Una garanzia che si compie anzitutto per il tramite di uno strumento di ordine formale, consistito nella solenne proclamazione dei diritti fondamentali all'interno di carte costituzionali rivestite del carattere della *rigidità*, a corredo del quale non solo viene statuito un procedimento aggravato di revisione costituzionale ma si provvede altresì alla configurazione dei primi sistemi europei di giustizia costituzionale, sul modello del sindacato accentrato di legittimità introdotto con la Costituzione austriaca del 1920.

L'affermarsi del principio di rigidità costituzionale importa con sé l'idea di una *superiorità* della Costituzione che si estrinseca nel dovere di conformità ad essa del contenuto e della forma di ogni altro atto dei pubblici poteri, ivi compresa la legge del Parlamento[46]. È quindi in *nuce* l'enucleazione del *principio di legalità in senso costituzionale* che, sovrapponendosi al principio della "legalità legale", supera il dogma ottocentesco del primato della legge[47].

È dunque il principio della legalità costituzionale che, in ultima analisi, salda quell'ancipite rapporto costitutivo tra diritti fondamentali e Costituzione,

[44] G. Lombardi, *Libertà (Diritto costituzionale),* voce in *N.mo Dig. It*., vol. IX, Torino, 1963, 845.

[45] G. Volpe, *La legge ferrea delle corporazioni e i magistrati*, in *Foro. it.*, 1976, 603.

[46] Sul concetto di superiorità formale e sostanziale delle costituzioni rigide A. Pace, *Costituzioni rigide e costituzioni flessibili*, in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, 265 ss.

[47] M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann. IX, Milano, 2016, 463.

dirittifondamentali.it

placidamente sintetizzato nell'idea che "se (…) non c'è Costituzione senza diritti, non ci sono nemmeno diritti senza Costituzione. È, infatti, la Costituzione a rendere i diritti dell'uomo diritti in senso giuridico"[48].

Per conseguenza, posto "che qualsiasi diritto di libertà per i cittadini non può derivare se non dallo Stato inteso come ordinamento giuridico statale (…) non è ipotizzabile, né presenterebbe alcuna plausibile ragion d'essere, una contrapposizione fra la '*sovranità*' del secondo e l''*autonomia*' dei primi"[49].

In quest'ottica, può cogliersi appieno la natura demiurgica del costituzionalismo che, operando quale tecnica della libertà, ha plasmato l'organizzazione del potere in senso strumentale alla tutela della persona, instaurando un rapporto condizionante di mezzo a fine tra i due distinti poli della libertà e dell'autorità: e infatti, mentre la libertà individua nell'organizzazione statuale uno strumento essenziale e privilegiato per il suo riconoscimento e la sua protezione[50], l'esercizio dei pubblici poteri cessa ogni sostantivo di arbitrarietà e assume una prospettiva di servizio nei confronti della persona.

Appare perciò evidente che il *proprium* del costituzionalismo consiste nell'essere, a un tempo, tecnica di *limitazione* e di *organizzazione* del potere statuale, nella misura in cui lo Stato, mediante una "certa" organizzazione del potere, razionalizzata dal principio della divisione, si è rivelato lo strumento più adatto, e storicamente anche il più efficace, per una migliore garanzia e protezione dei diritti fondamentali dell'uomo[51]; una protezione che è stata ulteriormente rafforzata a livello

[48] A. D'Atena, *Le stagioni del costituzionalismo nel suo rapporto con la tutela dei diritti fondamentali*, cit., 7.

[49] P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 157 s.

[50] U. Allegretti, *I diritti fondamentali fra tradizione statale e nuovi livelli di potere*, in P. Barcellona, A. Carrino (a cura di), *I diritti umani tra politica filosofia e storia*, Tomo II, *I diritti umani nella costruzione del nuovo ordine mondiale,* Napoli, 2003, 12. Analogamente, A. D'Atena, *Le stagioni del costituzionalismo nel suo rapporto con la tutela dei diritti fondamentali*, cit., 8 s.: "La prima tecnica di tutela di cui il costituzionalismo fa uso per garantire i diritti fondamentali è quella della loro copertura organizzativa. (…) Parlando, nel contesto del costituzionalismo, di copertura organizzativa, si fa riferimento alla circostanza che l'elenco dei diritti da solo non è in grado di conseguire gli scopi in funzione dei quali è stato concepito. A questo fine è indispensabile una "certa" organizzazione del potere statale".

[51] Cfr. C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, 2001, 80. S. Bonfiglio, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Torino, 2016, 46: "Per evitare di cadere negli errori e negli orrori del passato, nelle Costituzioni democratiche europee del

dirittifondamentali.it

internazionale e, soprattutto, europeo con la creazione di un livello di governo sopranazionale che, negli anni, ha assunto le fattezze di una vera e propria *Comunità di diritto*.

3. Il costituzionalismo moderno e l'avvento del processo di globalizzazione

Se quello appena tratteggiato è il corso della relazione instauratasi tra libertà e autorità - almeno sino alla seconda metà del Novecento - occorre interrogarsi (seppure entro un limitato spazio di indagine) in merito alle conseguenze scaturenti dal processo di globalizzazione cibernetica sugli assetti istituzionali forgiati dal moderno costituzionalismo; difatti, quello globale è un fenomeno che ha imposto una certa ritrazione della capacità decisionale degli Stati al confronto con i nuovi soggetti, pubblici e privati, della globalizzazione, decostruendo la convergenza stabilitasi tra norma e luogo, tra diritto e localizzazione, tra autorità e territorio: in una parola, il *nomos* di schmittiana derivazione[52].

Una decostruzione rispetto alla quale lo sviluppo delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione avrebbe esercitato un'influenza dirompente, imprimendo una tale accelerazione sulla circolazione di merci e persone e sulle transazioni finanziarie da innescare una massiccia dislocazione del potere verso nuovi spazi e soggetti distinti da quelli propriamente statuali[53].

Invero, il punto di svolta della nuova era globale andrebbe collocato intorno alla metà degli anni Settanta quando la virtualizzazione dell'attività bancaria e finanziaria, unitamente a un processo di redistribuzione interna del potere a

---

secondo dopoguerra (…) l'organizzazione del potere statuale è *strumentale* al riconoscimento e alla tutela della dignità della persona e dei diritti umani inviolabili e inalienabili".

[52] Per quanto sconfinato sia il riferimento al concetto del *nomos* nella produzione *schmittiana*, sia almeno consentito rinviare a C. Schmitt, *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, trad. di G. Gurisatti (titolo originale *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*), II ed., Milano, 2002; Id., *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, Milano, 1991.

[53] Così come osserva Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, trad. di G. Bettini, Milano, 2000, 79: "Il nostro tempo rivela una spiccata tendenza a *separare il potere dalla politica*: il potere vero, capace di stabilire la portata delle scelte pratiche, *fluisce*; grazie alla sua mobilità sempre meno vincolata, esso è praticamente globale; o meglio, extraterritoriale".

vantaggio del circuito esecutivo[54], avrebbe orientato "una *collocazione del politico* al di fuori del quadro categoriale dello Stato-nazione"[55]; il potere politico, infatti, "non pertiene più solo alle tradizionali strutture, in gran parte statali, ma tende a disperdersi e insediarsi in nuove sedi, che spesso non hanno una configurazione statale o esplicitamente istituzionale"[56], sollevando più di una criticità circa la tenuta dei principi di democraticità, trasparenza e *accountability*.

Il tratto di maggiore peculiarità della *governance* globale risiederebbe dunque nella circostanza che il mercato non cerca semplicemente di sfuggire alla regolazione politica dello Stato ma tenta invece di "*conformarla*", limitando la libertà di azione dei governi e degli Stati: il mercato "rivendica il *potere di dare una forma allo Stato e alla società*, ponendo così in questione i tradizionali schemi ricostruttivi del fenomeno statale e lo stesso valore ermeneutico del paradigma statualista"[57]. È, in altri termini, "l'epoca del *turbocapitalismo*", l'epoca dell'assenza di contenimento dell'economia da parte dello Stato[58].

E infatti, l'attuale struttura finanziaria internazionale, nel contesto di una globalizzazione sempre più avanzata, avrebbe innescato una progressiva dematerializzazione della componente territoriale, disarticolando quella

[54]Sulla questione si veda più ampiamente S. Sassen, *Territorio, autorità, diritti*, Milano, 2008, 200 ss.

[55] U. Beck, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999, 13.

[56]M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 53.

[57] G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 15 s. Sul punto, osserva S. Ortino, *Il nuovo nomos della Terra*, Bologna, 1999, 114 s., che oggi è il mercato globale a ponderare le politiche fiscali e monetarie dei singoli governi; infatti, "la rapidità e il volume delle transazioni del mercato finanziario globale hanno reso palese che oramai i tassi di cambio e il valore delle valute dipendono da persone e da istituzioni su cui i politici nazionali non hanno controllo"; e ancora: "Forse, il vincitore in assoluto della rivoluzione nell'informazione è il capitale finanziario. Come le società, così gli investitori finanziari sono in grado di portare al massimo il profitto sul capitale senza tener conto degli interessi nazionali o delle conseguenze sociali, ma sono anche in grado di punire le società, nel caso i loro profitti diminuiscano, ed i governi, nel caso si accorgano che le loro economie stanno creando ostacoli ad affari proficui o spiacevoli sorprese al capitale" (116). Analogamente Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone. Le conseguenze sulle persone*, Bari-Roma, 2020. 75, il quale osserva come l'economia stia progressivamente sfuggendo al controllo politico: "Quanto resta della politica dovrebbe essere affrontato, come ai vecchi tempi, dallo stato, ma lo stato non può toccare nulla che riguardi la vita dell'economia; qualsiasi passo in quella direzione vedrebbe una immediata e furente reazione punitiva dei mercati mondiali".

[58] Cfr. P. Barcellona, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Troina, 2001, 116.

connessione esistente tra diritto, diritti, potere e territorio sulla quale era stato plasmato il tradizionale formante statale[59], imperniato sul dogma della sovranità territoriale.

Non a caso, il modo più consueto di rappresentare queste trasformazioni consiste nel sottolineare l'erosione del carattere sovrano del potere statuale, evocandosi un progressivo svuotamento di quel concetto politico-giuridico di sovranità che, al cospetto dei fenomeni globali, sarebbe regredito al punto da precipitare lo Stato in una condizione ormai irreversibile di crisi, preconizzandosene addirittura la morte[60].

Parimenti, così come osservato da un noto economista, la globalizzazione avrebbe lasciato trasparire tutta l'inidoneità degli Stati nel dare una risposta alle nuove domande scaturenti dal processo di integrazione mondiale delle economie[61], affiorando palmare l'incapacità dello Stato di riassumere in sé i processi di formazione ed esecuzione delle decisioni e di governare le conseguenze (anche) sociali che si riverberano nelle "reti di raccolta dello Stato nazionale"[62]; ciò con grave nocumento della garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali della persona - tanto civili e politiche quanto e soprattutto sociali[63] - che, nonostante le nuove minacce derivanti dallo spazio globale, stentano a riconoscere nello Stato quella forza propulsiva della loro tutela che si era invece consolidata con l'evoluzione dello Stato costituzionale di diritto.

[59] Cfr. M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., 42 s.

[60] In aperta antitesi alla profezia di morte dello Stato è la critica di A.C. Amato Mangiameli, *Ripensare lo Stato. Osservazioni preliminari*, Presentazione a O. Höffe, *Persino un popolo di diavoli ha bisogno dello Stato*, a cura di A.C. Amato Mangiameli, Torino, 1998, 3 ss.

[61] J.E. Stiglitz, *Globalizzazione*, Roma, 2011, 37.

[62] Cfr. U. Beck, *Che cos'è la globalizzazione*, cit., 29.

[63] Così minacciando la tenuta del sistema di *welfare state*; *ex multis*, M. Castells, *Il potere delle identità*, Milano, 2014, 335 ss. Osserva ancora G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibile nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2013, 907, che l'"equilibrio tra diritti sociali - in una situazione di maggiore o minore penuria delle risorse - è determinato dalla politica economica degli Stati, tracciata dagli organi costituzionali politici democraticamente legittimati. Il problema drammatico che pone la globalizzazione è il seguente: come ricomporre, al di là dei confini degli Stati, il sistema dei diritti fondamentali *nella sua interezza* (diritti civili, politici e sociali)?".

D'altro canto, se "lo Stato ha o ha avuto la sua missione migliore nella protezione e promozione dei diritti degli esseri umani, il problema del suo ridimensionamento è il problema della sua relazione con la più decisiva questione dei diritti"[64].

La dislocazione del *Politico* al di fuori del contenitore dello Stato-nazione avrebbe dunque esercitato un impatto dirimente sulla capacità di azione delle istituzioni statali, deprivate del monopolio sul governo dell'economia nazionale e sul controllo della ricchezza sociale, al punto da ritenersi che il processo di globalizzazione possa essere raffigurato come una "perdita non compensata o ancora in cerca di adeguata compensazione"[65].

In buona sostanza, da "*oggetto* delle regole e dei limiti del *governo dello stato sociale*"[66], il potere economico ne diventa oggi il principale *artefice*, disperso all'interno di "reti transnazionali di *governance* deterritorializzata"[67] che hanno esautorato, per primi, i sistemi di protezione sociale a livello statale, erodendo il fulcro delle politiche di *welfare state*[68]; una erosione che, come noto, ha pure intaccato il già labile sistema di tutela dei diritti sociali a livello internazionale e, soprattutto, europeo, così come è parso evidente nella svolta impressa dalla Corte di Giustizia al cammino giurisprudenziale sul bilanciamento tra i diritti sociali e le

[64] U. Allegretti, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Enna, 2002, 17.

[65] P. Caretti, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione. Atti del XXVII Convegno annuale. Salerno, 22-24 novembre 2012*, Napoli, 2014, 14.

[66] M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, n. 1/1996, 160, il quale, con riferimento alle costituzioni democratiche del secondo dopoguerra, parla di *Ergreifung*, ossia di "cattura costituzionale dell'economico" (161).

[67] La locuzione è di G. Scaccia, *La sovranità statale nell'era della globalizzazione*, in V. Mastroiacovo (a cura di), *Le sovranità nell'era della post globalizzazione. Atti del Convegno di Foggia 1° marzo 2019*, Pisa, 2019, 78.

[68] Cfr. M. D'Alberti, *La crisi globale e la sorte dei diritti fondamentali,* in *Riv. it. sc. giur.*, n. 4/2013, 195 ss. Sul punto, osserva meglio M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., 170 s. che "la prima a farsi drammatica è la situazione dei sistemi di protezione sociale, che per un verso, a livello statale, «non sono più finanziabili e si trovano dappertutto in uno stato di erosione progressiva», e per l'altro, a livello internazionale, sono collocati ai margini dell'attenzione, un po' per il difficile accesso di interessi di questo tipo alle più importanti sedi internazionali di decisione, un po' perché la questione sociale è discretamente priva di interesse per le istituzioni sovranazionali. Un elemento essenziale dello stato sociale rischia, così, di essere travolto".

libertà economiche (il cd. *Laval quartet*), generalmente conclusosi a discapito dei primi[69].

Il mercato diventa così l'elemento dominante del mondo globale e rispetto ad esso i soggetti appaiono ridotti a "mere 'funzioni', come figure o variabili di un processo che li sovrasta con le proprie leggi oggettive"[70], segnando una rottura con quella "tradizione umanistica della modernità"[71] foggiata sul "legame privilegiato che passa tra i diritti e l'esperienza statuale"[72].

La riedizione del paradigma del liberismo economico, sotto la rinnovata veste di un "liberismo globale"[73], avrebbe dunque coltivato il germe di un "individualismo spersonalizzato"[74] che, oltre a minare le radici della "cultura comunitaria"[75], avrebbe determinato uno "svuotamento di senso del costituzionalismo e, per il tramite di questo, della democrazia pluralista"[76], nella misura in cui l'ordinata convivenza sociale si era invece servita di apposite garanzie istituzionali per affermare il riconoscimento e la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali della persona[77].

[69] S. Mangiameli, *Stato, integrazione europea e globalizzazione. Le nuove sfide del costituzionalismo,* in Id., *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, Torino, 2020, 127 ss.

[70] A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, 244.

[71] *Ibidem.*

[72] A.C. Amato Mangiameli, *Stati post-moderni e diritto dei popoli*, Torino, 2004, 66. Parimenti, di "legame privilegiato tra i diritti e l'esperienza statale" scrive U. Allegretti, *I diritti fondamentali fra tradizione statale e nuovi livelli di potere*, in P. Barcellona, A. Carrino (a cura di), *I diritti umani tra politica filosofia e storia*, Tomo II, *I diritti umani nella costruzione del nuovo ordine mondiale,* cit., 11.

[73] Secondo la definizione di A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., 248.

[74] P. Barcellona, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Troina, 2001, 118, il quale sostiene che "la globalizzazione realizza (…) una individualizzazione o, meglio, una privatizzazione dell'intero mondo, che viene tutto ricondotto al parametro della logica utilitaristica. Questa logica utilitaristica è, tuttavia, impersonale; è, come si potrebbe dire heideggeriamente, la logica del *man*, del chiunque. È un individualismo spersonalizzato che si risolve in una mobilitazione psicologica continua degli individui su tutto il pianeta verso stimoli di consumo, con le conseguenza della frantumazione, dell'isolamento e del nomadismo. La globalizzazione, corrisponde, dal punto di vista dell'individuo, a uno sradicamento, a una perdita della localizzazione territoriale, dell'appartenenza di gruppo, dell'identità culturale ecc.". In argomento, sui processi di individualizzazione della seconda metà del Novecento, si v. U. Beck, *I rischi della libertà. L'individuo nell'epoca della globalizzazione*, Bologna, 2000.

[75] A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., 273.

[76] A. Baldassare, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., 272.

[77] Cfr. A. Baldassare, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., 272 s.

Senonché, quello appena delineato costituisce un modello fallimentare sotto molteplici punti di vista che emergono non solo ad un'analisi più strettamente empirica e fattuale[78], come quella sulla mancata riduzione della povertà[79] o sulla drammatica instabilità degli equilibri economico-finanziari, ma anche ad una riflessione di più ampio respiro che si propone di indagare gli effetti della globalizzazione sotto la lente del moderno costituzionalismo, allo scopo di verificare le conseguenze prodottesi sulla *persona* nel mutato assetto dei poteri.

Il tempo globale, infatti, "tanto compie il movimento di sradicamento dell'ordinamento eurocentrico nella *Mobilmachung* dell'apparato tecno-scientifico e della libertà economica quanto riafferma l'impossibilità di- un ordinamento totalmente informe, di un «un caos senza alcuna struttura (*ein strukturloses Chaos*)»"[80], in cui la *persona*, smarrita la bussola del proprio orientamento, sia costretta ad un'esistenza nomade e raminga[81], preda di un sistema che ha eretto il mito del tecnocentrismo sulle spoglie dell'antropocentrismo.

D'altronde, e per come sottolineato da ampia letteratura, "l'idea di ordine fa riferimento non tanto alle cose come esse sono, quanto invece al modo di trattarle; alla capacità di *ordinare*, piuttosto che a qualsiasi capacità intrinseca delle cose così

[78] Cfr. C. Pallanch (a cura di), *Le promesse tradite della globalizzazione. Intervista a Joseph Stiglitz*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2005, 1: "La diagnosi è nota: per milioni di persone la globalizzazione non ha funzionato, molti hanno visto peggiorare le proprie condizioni di vita, hanno perso il lavoro, il reddito, la sicurezza. Dal crollo di Wall Street, alla recessione economica degli Stati Uniti e alla guerra in Iraq, la crisi è evidente (…)".

[79] G. Contaldi, *Cosa resta della globalizzazione?*, in Id. (a cura di), *Sovranità e diritti al tempo della globalizzazione*, Roma, 2021, 11 s.: "La globalizzazione, infatti, ha aumentato la ricchezza globale; ma l'incremento della stessa risulta attribuito in maniera disomogenea, sia a livello internazionale, sia all'interno dei singoli Stati. Si riporta, infatti, che nel mondo vi siano diciotto milioni e mezzo di milionari (intesi come famiglie o di dinastie economiche), corrispondente all'1% della popolazione mondiale: tale percentuale di individui detiene ben il 47% della ricchezza globale".

[80] E. Dallari, *Il problema del politico. Saggio su Hegel e Schmitt*, Padova, 2017, 155.

[81] Come avverte G. Azzariti, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-Nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione. Atti del XXVII Convegno annuale. Salerno, 22-24 novembre 2012*, cit., 149, il "pericolo maggiore proviene dalla dispersione dell'individuo singolo nello spazio globalizzato, che, per forza di cose, dissolve il radicamento sociale della persona e non contiene in sé istituzioni in grado di riequilibrare le disuguaglianze ulteriormente aggravate dai processi di globalizzazione".

come esse sono per caso ed in un determinato momento"[82]; una *capacità* che le forze della globalizzazione hanno dimostrato di non possedere, sprigionando all'opposto una carica disgregatrice dell'ordine mondiale che ha frustrato molte delle ambizioni di progresso ed eguaglianza originariamente riposte nel fenomeno di *universalizzazione*.

E allora, in un momento di *interpunzione* della storia come quello attuale[83], in cui il nuovo (dis)ordine globale non appare in grado di scalzare i vecchi modelli di stabilità, occorre domandarsi quali siano le istituzioni incaricate di governare i fenomeni globali verso la edificazione di un nuovo ordine che restituisca alla persona una posizione di centralità nella rete globale dei poteri; un interrogativo la cui soluzione non può prescindere, almeno a parere di chi scrive, da una *riemersione* del paradigma dello *Stato costituzionale di diritto* - trattandosi dell'unica forma istituzionale che possa consentire una "convivenza accettabile nel sistema globale"[84] - così come del *Politico*[85] e della tradizione del costituzionalismo democratico, come l'unica, possibile risposta istituzionale al problema della garanzia dei diritti fondamentali nella costruzione del nuovo ordine mondiale; e

[82] Z. Bauman, *Sulla glocalizzazione: o globalizzazione per alcuni, localizzazione per altri*, in Id., *Saggi scelti*, a cura di P. Beilharz, Roma, 2005, 336.

[83] Cfr. A.C. Amato Mangiameli, *Stati post-moderni e diritto dei popoli*, cit., 3. Come fa notare anche G. Scaccia, *La sovranità statale nell'era della globalizzazione*, cit., 86: "Il Politico, mentre perde il suo radicamento nella territorialità statuale, non muove verso altro luogo nel quale trovare albergo, ma sembra quasi disperdersi, divenire inafferrabile. La scomparsa dei tradizionali luoghi di formazione democratica delle decisioni non si accompagna all'individuazione di arene di partecipazione e discussione democratica - e dunque di integrazione politico-sociale - analoghe a quella statale. E si registra un non compiuto allineamento del principio democratico con la logica dei *non luoghi*".

[84] S. Mangiameli, *Stato, integrazione europea e globalizzazione. Le nuove sfide del costituzionalismo*, in Id., *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, cit., 243.

[85] Cfr. C. Galli, *Spazio e politica nell'età globale*, in *Fil. Pol.*, n. 3/2000, 363: "La globalizzazione è quindi reale ma contraddittoria, e non può essere letta come un processo unidirezionale: la vittoria della società e del mercato sullo Stato, posto che sia già maturata, è sì la vittoria dell'economia su di una modalità della politica (oltre che sulla sfera culturale e della critica) ma, ovviamente, la politica permane sia nelle nuove fenomenologie del potere sia nelle ancora aperte, benché problematiche, esigenze di giustizia".

ciò sul presupposto che "i diritti non si possono scindere da un rapporto con il Potere che li garantisce"[86].

4. Per un nuovo ordine "umano": appunti conclusivi

Le osservazioni appena condotte muovono nella direzione di ritenere che il processo di globalizzazione, per come gestito sinora, abbia impresso più di una torsione sulla dinamica del rapporto tra libertà e autorità, asservendosi la persona all'accrescimento del potere delle nuove *élite* economico-finanziarie.

In questa luce, affiora perciò palmare l'esigenza di restituire un "volto umano"[87] alla globalizzazione, imprimendo su di essa il tratto demiurgico del costituzionalismo che ha fatto della *persona* - con la sua dignità e libertà - il principio, l'oggetto e il fine delle istituzioni statali, funzionalizzando l'esercizio del potere al rispetto della "persona umana"[88].

Una prospettiva di "servizio" che - per quanto sin qui dedotto - sembra sfuggire alle logiche di assestamento del potere globale, insuscettibile di assumere quella connotazione democratica che tale può aderire unicamente ad un *potere* che si imponga come "garanzia di supporto per la libertà e per le condizioni materiali della persona umana"[89].

In verità, allo stato dell'arte, neppure le istituzioni di governo sovranazionali appaiono nella condizione di incarnare quello spirito di servizio che dovrebbe essere coessenziale ad un'Autorità politica incaricata di guidare la transizione dell'attuale scenario verso l'orizzonte di un nuovo umanesimo; difatti, pur ammettendosi gli enormi progressi conseguiti sul piano della

[86] P. Barcellona, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Troina, 2001, 134, proprio perché i "diritti possono funzionare soltanto se si dispone del potere corrispondente per realizzarli, se si possono effettivamente esercitare (139)".

[87] J.E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, trad. it. a cura di D. Cavallini, Torino, 2002, 250.

[88] Cfr. S. Mangiameli, *Appunti sullo "Stato sociale sussidiario"*, in Id., *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, cit., 77; U. Allegretti, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, cit., 17: lo Stato è dunque considerato "come organizzazione e funzione per i diritti dei soggetti umani e per l'adempimento dei doveri e delle responsabilità verso quei diritti".

[89] S. Mangiameli, *Appunti sullo "Stato sociale sussidiario"*, in Id., *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, cit., 77.

costituzionalizzazione dell'Unione europea, permangono alcune criticità che insidiano il processo di integrazione politica e che, di fatto, rendono il sistema istituzionale europeo ancora politicamente debole e privo di un'autentica legittimazione democratica[90].

E dunque, pure nella mutata geografia globale dei poteri, riemerge insostituibile il ruolo del paradigma statuale che figura ancor'oggi come il più autentico e privilegiato interprete della tradizione del costituzionalismo democratico[91], rappresentando il modello istituzionale di riferimento per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo[92].

Per conseguenza, si è a convenire con quell'impostazione teorica, largamente condivisa in dottrina, secondo la quale "*l'État n'est pas mort ni en train de mourir*"[93], tuttora incarnando una *realtà politica potente*[94] sulla quale grava l'oneroso compito di

[90] In argomento, e senza alcuna pretesa di esaustività, S. Mangiameli, *Covid-19 and European Union. The answer to the health crisis as a way for resuming the process of European Integration*, cit., *passim*; A. Ciancio, *Democrazia e sovranazionalità: ripensare il Parlamento europeo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016; R. Alibrandi, *Extra ordinem. Breve storia del costituzionalismo multilivello tra volontà d'integrazione, dialettica delle differenze, globalizzazione e trasformazione dello stato,* in *Foro, Nueva época*, vol. 19, n. 2/2016, 57 ss.; G. Pasquino, *Deficit democratico*, in *Riv. it. sc. pol.*, n. 3/2012, 417 ss.; N. Lupo, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 1 ss.

[91] In tal senso, più di recente M. Michetti, *Organizzazione del potere e territorio. Legittimità dello Stato e livelli di governo*, cit., 157: "Solo lo Stato potrebbe perciò dare e *trasferire* - attraverso il principio democratico, il principio pluralista e soprattutto la tutela dei diritti - "sostanza costituzionale" all'ordine globale o comunque indirizzare la globalizzazione verso la tradizione del costituzionalismo".

[92] S. Mangiameli, *Stato, integrazione europea e globalizzazione*, cit., 244: "la c.d. crisi della sovranità dello Stato (intesa come espressione della totale autonomia di questo), dovuta alle interconnessioni e ai condizionamenti determinati dalla dimensione globale, non solo non causa la scomparsa dello Stato come garante dei diritti fondamentali, ma anzi va vista nel collegamento tra lo Stato e l'ordine internazionale (…)".

[93] L'espressione, tratta da L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état*, Paris, 1922, 40, è ripresa da A. Amato Mangiameli, *Stati post-moderni e diritto dei popoli*, cit., 65. In senso analogo, G. De Vergottini, *La persistente sovranità* (marzo 2014), in *Consulta online*, 5: "In realtà, va sottolineato che le notazioni circa la crisi dello stato vertono propriamente sull'indebolimento del potere statale (cioè della sua sovranità) più che sul concetto stesso di stato, istituzione che permane ed è impossibile sostituire in radice con altre soluzioni organizzative. È nostra convinzione, fondata su elementi probanti, che lo stato non sia scomparso dalla scena. Lo stato esiste nonostante la sua sempre ricordata *crisi* ed esiste quella forma di potere che si definisce come sovranità nonostante sue cessioni e limitazioni legali o di fatto".

[94] Cfr. A.C. Amato Mangiameli, *Stati post-moderni e diritto dei popoli*, cit., 65 s.: "Se è vero che nel contesto di una società internazionale complessa (…) mutano la natura e il ruolo dello Stato,

rifondare il "patrimonio genetico" della globalizzazione - finalizzandolo al benessere collettivo - e riorganizzare la *governance* dell'intero processo secondo un assetto maggiormente aderente a quello spirito di "servizio" che è proprio delle istituzioni politiche democratiche.

Quindi, piuttosto che di "crisi" o ancor peggio di "estinzione", sarebbe forse più esatto discorrere di una *ridefinizione* del ruolo dello Stato nell'arena globale dei poteri[95] affinché esso acquisisca nuova e diversa consapevolezza del carattere *aperto* della propria statualità[96], per indirizzare l'ordine giuridico globale verso i principi organizzativi del costituzionalismo democratico[97].

---

altrettanto vero è che le pressioni sociali e culturali (al contrario delle economiche) rendono tutt'oggi lo Stato e la nazione *realtà politiche potenti*, capaci pur sempre di fronteggiare all'occorrenza le diverse logiche e le complesse dinamiche della globalizzazione". Parimenti, riflettendo sulle trasformazioni subite dallo Stato nella mondializzazione, U. Allegretti, *Diritti e stato nella mondializzazione*, cit., 17, afferma: "Certamente le sue funzioni e le sue strutture cambiano e il ruolo stesso non è più quello di prima. Ma il suo peso resta imponente: molti lo riconoscono e non ritengono prevedibile che il suo deperimento debba compiersi rapidamente. Si osserva dunque che esso va «ripensato» piuttosto che superato". V. Roppo, *Verso un mondo globalizzato: trasformazioni economiche, mutamenti sociali, risposte politiche*, in *Pol. dir.*, n. 3/2001, 520: "La politica: ecco il punto cruciale in cui inevitabilmente s'imbatte il discorso sulla globalizzazione. Per parte mia, non esito ad affermare con chiarezza che la politica può e deve misurarsi con la realtà della globalizzazione, senza patire la *deminutio* che vorrebbero infliggerle le ideologie della globalizzazione. Alla politica (…) deve rivendicarsi un ruolo decisivo per contrastare gli aspetti viziosi della globalizzazione, e valorizzarne gli aspetti virtuosi". Analogamente S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, 48: "gli Stati dimostrano di sapersi adattare al nuovo contesto, dominato dalla globalizzazione. Come è stato osservato, gli Stati sono camaleonti, capaci di mutare; (…) Esso costituisce ancora la macchina di governo più potente, mostra una enorme capacità di espansione (…)".

[95] Così come affermato anche da E. Dallari, *Il problema del politico*, cit., 158: "La dissoluzione del νόμος della terra concretizzatosi ad opera delle forze economiche e tecniche, che lacerano l'ordinamento del diritto internazionale dilatando irrimediabilmente le aporie che *ab origine* lo innervano, seppur indichi essenzialmente il divenire da parte dello Stato da potenza ordinatrice del reale a *variabile dipendente* del "sistema" economico e tecnico-scientifico, non conduce affatto alla considerazione dell'annullamento dell'azione del Politico in quanto tale o di una sua mera subordinazione, bensì produce una *ridefinizione strutturale* delle possibilità della sua operatività immanente alla non totalità in cui giunge a determinarsi".

[96] D'altro canto, il principio di apertura della statualità - se rettamente inteso - deve essere interpretato come un elemento di *forza* e non già di *debolezza* della sovranità perché è solo attraverso la cooperazione internazionale ed europea che gli Stati possono ambire al soddisfacimento di numerosi e svariati compiti che ciascuno di essi appare ormai incapace di assolvere singolarmente, soprattutto se si tratta dell'esigenza di governare fenomeni di natura e portata globale - di cui l'emergenza epidemiologica pandemica Covid-19 costituisce soltanto l'ultima ma incontrovertibile testimonianza.

[97] Cfr. M. Michetti, *Organizzazione del potere e territorio. Legittimità dello Stato e livelli di governo*, cit., 157. In senso analogo sembra esprimersi S. Mangiameli, *Stato, integrazione europea e*

Senz'altro formidabile è dunque la sfida che si impone alla capacità ordinatrice dello Stato, chiamata ad estrinsecarsi non più soltanto *verso l'interno*, rinvigorendo la tutela dei diritti fondamentali, ma anche e soprattutto *verso l'esterno*, entro quella struttura reticolare nella quale si articolano "molteplici e multiformi processi di *governance* globale"[98], tentando l'impresa, nient'affatto agevole, di ridisegnare la mappa dei poteri globalizzando "il principio personalista, che dei sistemi costituzionali contemporanei si pone come l'autentico cardine"[99].

In definitiva, ciò che si vuole affermare è l'idea che la realizzazione dei diritti fondamentali necessiti di un *aggiustamento strutturale*[100] di quello che è l'odierno scenario, affollato e convulso, di poteri globali, affinché la geometria *multilivello* e *interlivello* della globalità venga sagomata da strumenti di *limitazione* e *concertazione* del potere che, oltre a ripristinare il primato della *persona*, rendano *certa* ed *effettiva* la protezione dei diritti[101].

Un aggiustamento che non può non implicare un *ritorno* al "*diritto politico*"[102] come strumento di regolamentazione di un potere, quale è quello globale, che oggi si sfrangia nel disordine pluriverso di un diritto a-territoriale, liquido, anomico e

---

globalizzazione, cit., 245: "la tradizione del costituzionalismo, così come richiede che lo Stato sia conformato secondo precise regole organizzative, che determinano la pratica democratica e la decisione prossima quanto più possibile ai cittadini, a sua volta esige anche che, quando la sovranità degli Stati si apra – come mostrano molte costituzioni – verso un ordine internazionale che "assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni", i governi degli Stati diano vita a istituzioni sopranazionali e internazionali di collaborazione e di promozione dei principi universali".

[98] L. D'Andrea, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione. Atti del XXVII Convegno annuale. Salerno, 22-24 novembre 2012*, cit., 182.

[99] L. D'Andrea, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, cit., 181.

[100] U. Allegretti, *I diritti fondamentali fra tradizione statale e nuovi livelli di potere*, cit., 21.

[101] Come osservato anche da G. Azzariti, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-Nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione. Atti del XXVII Convegno annuale. Salerno, 22-24 novembre 2012*, cit., 149: "I due aspetti sono strettamente collegati, giacché il costituzionalismo - sin dal liberalismo originario di Locke – non persegue la limitazione del potere in sé e per sé, ma allo scopo di rendere effettiva la tutela dei diritti dei cittadini".

[102] L'espressione è ripresa da A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2018, 107, la quale utilizza la predetta sineddoche per indicare il "diritto come prodotto di un processo di integrazione politica nel contesto di un ordinamento statale democratico-pluralistico".

proteiforme[103], intriso di una *fattualità* economica che al primato della *persona* ha sostituito il primato dell'*homo oeconomicus*[104].

Ciò che si impone è, in altri termini, l'esigenza di una *ri-territorializzazione* del diritto[105] e, *a fortiori*, di una *ri-politicizzazione* di poteri e funzioni[106] - e *in primis* di quella regolatoria, ma anche redistributiva e sociale - che, sul calco del moderno costituzionalismo, assicurino il rispetto della *persona umana* pure nell'irreversibilità del fenomeno globalizzante[107], sulla scorta di un intreccio ormai inestricabile tra globale e locale che è stato meglio sintetizzato da *Robertson* con il termine di *glocalizzazione*[108].

È in un simile contesto, pertanto, che la dottrina del costituzionalismo potrebbe ancora giocare un ruolo decisivo in funzione della costruzione di un ordine globale incardinato sul principio personalista, fissando nello Stato il *punto archidemico* di un

[103] Di "diritto come realtà proteiforme" scrive ancora A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul* diritto, cit., 57.

[104] S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, 14: "La nuova richiesta di regole, che comincia a manifestarsi sempre più largamente e che segue una fase dominata dall'opposta invocazione della *deregulation*, rispecchia anche una percezione dei rischi di questo stato delle cose o, almeno, manifesta la consapevolezza dell'impossibilità di uno sviluppo dominato unicamente dalla logica di poteri non imbrigliati. Si pone di nuovo, e ovunque, una questione di legalità".

[105] Esemplificativamente scrive N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006, 104 s.: "L'immane latitudine della globalizzazione non riesce tuttavia a liberarsi di ogni vincolo terrestre: sopraggiunge, prima o poi, il *bisogno di riferirsi ad un luogo* (ed anche alla sfera territoriale di singoli Stati)".

[106] N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, cit., 86: "Asserire la politicità delle scelte giova assai più di sterili pianti. (…) significa riconoscere, negli artificiali istituti e figure del diritto, gli efficaci strumenti della volontà politica. La quale resta politica degli Stati, *intra se* o *inter se*, non affiorando all'orizzonte altri soggetti di sovranità, capaci di superarli e di ridurli a enti secondari e derivati. Le norme, di diritto interno comunitario internazionale, ci apparirebbero *sospese nel vuoto*, se, immediatamente o mediatamente, non riuscissimo ad agganciarle alla volontà degli Stati: erosa e indebolita e tramontante - come si suol descrivere -, ma pure estremo punto d'appoggio e criterio di spiegazione dell'ordine giuridico".

[107] M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 114: "Travalicare le mere ragioni dell'economia ed affermare valori a questa opposti appare oggi problematico; ma mettere altra sostanza, specialmente valori e diritti, nella connessione economica iniziale, sottoponendola ad alcuni vincoli e priorità, appare un percorso possibile e che, sia pure in forma embrionale, è sotto i nostri occhi".

[108] R. Robertson, *Globalizzazione. Teoria sociale e cultura globale*, trad. di A. De Leonibus, Trieste, 1999. Sul tema si v. inoltre Z. Bauman, *Sulla glocalizzazione: o globalizzazione per alcuni, localizzazione per altri*, cit., 336 ss.

dirittifondamentali.it

nuovo assetto che consolidi e replichi all'esterno il paradigma costituzionale, apponendo dei limiti politici al libero dispiegarsi delle forze tecnocratiche.

D'altronde, sia sul versante internazionale sia su quello europeo, appare evidente che progressi in direzione della tutela dei diritti sono possibili solo se l'autorità politica statuale conserva inalterata la propria centralità nello scacchiere della "costellazione post-nazionale"[109] quale interprete e fautrice privilegiata della tradizione del costituzionalismo democratico, trattandosi dell'unico soggetto istituzionale - ma anche dell'unico attore globale - strutturalmente e teleologicamente preordinato alla tutela dei diritti fondamentali degli individui[110].

[109] L'espressione è tratta da J. Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 2002.

[110] Così M. Michetti, *Territorio e organizzazione del potere. Livelli di governo e legittimità dello Stato*, cit., *passim*, cui adde R. Bin, *"Ordine giuridico e ordine politico nel diritto costituzionale globale"*, disponibile all'indirizzo http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Trento06.htm, 11: "A me sembra che troppo facilmente si intoni il *de profundis* degli Stati sovrani e si cerchi di collocare in una dimensione superstatale la tutela dei diritti fondamentali degli individui. Se la tutela dei diritti non è assicurata dallo Stato, chi mai la garantisce?". V. Roppo, *Verso un mondo globalizzato: trasformazioni economiche, mutamenti sociali, risposte politiche*, cit., 521: "Queste suggestioni possono essere apprezzabili, ma non devono oscurare la consapevolezza della persistente centralità degli Stati nazionali (dei loro strumenti, delle loro risorse) nell'elaborazione e nell'attuazione di politiche per la globalizzazione. C'è soprattutto un terreno, sul quale a mio avviso si manifesta la centralità delle politiche statuali: il terreno del welfare". C. Focarelli, *Costituzionalismo internazionale e costituzionalizzazione della global governance: alla ricerca del diritto globale*, cit., 232: "Ma allora gli Stati restano centrali. (…) Se non vogliamo un tiranno universale e se non vogliamo che il profitto privato traini la giustizia e l'amministrazione del diritto occorre ripensare la vita più sobriamente nel soddisfacimento dei bisogni e mobilitarsi per Stati che siano *forti* e che funzionino sempre meglio *al servizio dell'umanità*, ossia in modo «responsabile» sia verso i propri cittadini sia verso gli altri Stati e comunità politiche. (…) La «mano invisibile destatalizzata» che spesso dà un senso all'ambigua espressione *global governance* non funziona senza Stati. Gli Stati servono". Similmente, ad argomentare contro una possibile "fine" dello Stato è V. Baldini, *La tutela dei diritti fondamentali nell'esperienza contemporanea dello Stato a sovranità (sempre più) limitata*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, 15: "L'internazionalizzazione ed europeizzazione del diritto interno non implica, infatti, necessariamente un declino dello Stato nazionale che, anche da un punto di vista politico-istituzionale, si accredita ancora come un segmento istituzionale fondamentale dell'assetto di *multilevel government*"; nonché S. Mangiameli, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *AIC Rivista on-line* N° 4/2013 (18.10.2013), che osserva: "è la globalizzazione a dipendere dallo Stato e non – come invece al momento sembra – lo Stato a dipendere dalla globalizzazione. Infatti, dietro il modo di operare della globalizzazione rimane pur sempre la decisione degli Stati di non interrompere l'attuale fase di collaborazione che rende possibile l'attraversamento delle frontiere – potremmo dire – 'senza passaporto', adoperando questa espressione non solo per le persone, ma anche come metafora per le merci e per i capitali".

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 11 aprile 2022

Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso *Sy contro Italia*

di
Paolo Scarlatti*

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il ricorso al concetto di vulnerabilità da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo – 3. La giurisprudenza della Corte europea in tema di detenzione e il caso dei c.d. detenuti vulnerabili – 4. Il caso *Sy contro Italia* tra ampliamento delle garanzie dei diritti dei detenuti vulnerabili e insostenibilità della frizione con i principi sanciti dalla Carta costituzionale.

1. Introduzione

La condanna inflitta all'Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Prima Sezione) nel recente caso *Sy*[1] segna un passaggio ulteriore della complessa vicenda inerente alla conformità delle condizioni in cui versa il sistema penitenziario italiano ai principi fondamentali sanciti – prima che dalla Cedu – dalla Costituzione repubblicana. L'esame di questa pronuncia della Corte europea fornisce in effetti alcuni spunti significativi, utili per ragionare su diversi aspetti che, sul piano del diritto costituzionale, emergono in ordine alla effettività della tutela dei diritti dei detenuti in quanto soggetti vulnerabili.

Delineati rapidamente i tratti salienti del concetto di vulnerabilità, come elaborato nel tempo dalla Corte di Strasburgo, il saggio intende ricostruire e ragionare sugli indirizzi emergenti dalla giurisprudenza di quella Corte sulla vulnerabilità dei

* Professore associato di Diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi Roma Tre.

[1] Sentenza del 24 gennaio 2022 – Ricorso n. 11791/20 – Causa *Sy contro Italia*.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

detenuti e, sulla base di questa indagine, soffermarsi sul caso specifico dei c.d. detenuti vulnerabili, ovvero di quei detenuti che, per cause legate alla malattia mentale, esigono un trattamento di più intensa tutela che rende in linea di massima incompatibile, nei loro confronti, la detenzione ordinaria in carcere.

Tale ricognizione consentirà infine la formulazione di alcune considerazioni conclusive sulla portata di questa giurisprudenza e sulla sua coerenza con gli orientamenti più recenti seguiti in materia dalla Corte costituzionale, che proprio sulla tematica in questione è intervenuta con la sentenza n. 22 del 2022.

2. Il ricorso al concetto di vulnerabilità da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo

È noto come da ormai diversi anni la Corte europea dei diritti dell'uomo faccia frequente ricorso al concetto di vulnerabilità per assicurare una protezione più intensa, o comunque speciale, nei confronti delle persone che a vario titolo versano in una condizione del genere.

Tale tendenza è peraltro indice di un'attività fortemente creativa del giudice europeo. Essa, infatti, si basa su una nozione aperta di vulnerabilità, non predefinita nei contenuti o nei criteri d'identificazione, che dunque abbraccia una molteplicità di significati poiché in fondo finalizzata alla salvaguardia di forme di debolezza e svantaggio non predeterminabili in astratto[2].

Così intesa, la vulnerabilità ha permesso alla Corte europea di operare in funzione della effettività dei diritti sanciti dalla Cedu e di una valutazione caso per caso che, nella prospettiva di un modello di presunzioni[3], ha inevitabilmente riservato al giudice europeo ampi margini di discrezionalità, quantomeno in ordine alla

[2] Diffusamente in proposito, E. DICIOTTI, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ars interpretandi*, n. 2, 2018, 13 ss.

[3] In questo senso, R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, *Ibidem*, 52 ss.

sussistenza stessa della vulnerabilità, al grado d'intensità ed alla sua reale portata in relazione alla complessità degli elementi del caso concreto.

La connotazione volutamente aperta del concetto di vulnerabilità impiegato dalla Corte europea non ha tuttavia impedito il consolidamento nel tempo di indirizzi giurisprudenziali ormai chiaramente identificabili.

Del resto, il rilievo assunto dalla vulnerabilità nel sistema convenzionale di tutela dei diritti è certificato fin dalla definizione dell'ordine di precedenza che la stessa Corte di Strasburgo si è data per la trattazione dei casi, alla stregua del quale gli «urgent cases concerning vulnerable applicants» costituiscono la prima delle sette categorie in cui tale ordine si articola[4]. Una posizione dunque di assoluta priorità, legata alla condizione di vulnerabilità dei ricorrenti, che significativamente incide sin dal momento propedeutico e strettamente organizzativo del lavoro del giudice europeo.

Ciò premesso, gli orientamenti attualmente consolidati nell'ambito della giurisprudenza sui diritti delle persone vulnerabili – come accennato – appaiono molteplici, diversificandosi sul piano soggettivo, delle cause generative di vulnerabilità e in ordine agli effetti derivanti dal riscontro in concreto di tale condizione.

Sotto il primo profilo, basti richiamare quei filoni giurisprudenziali che identificano determinati soggetti come vulnerabili in virtù di una qualità intrinseca propria (è il caso dei bambini[5] ma anche delle donne vittime di violenza domestica[6], ossia

[4] V. il *Court's Priority Policy*, adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel giugno 2009 e da ultimo aggiornato in più punti, con decorrenza dal 22 maggio 2017, il cui testo vigente, reperibile sul sito www.echr.coe.int, qualifica la prima categoria in questione come «Urgent applications (in particular risk to life or health of the applicant, the applicant deprived of liberty as a direct consequence of the alleged violation of his or her Convention rights, other circumstances linked to the personal or family situation of the applicant, particularly where the well-being of a child is at issue, application of Rule 39 of the Rules of Court)».

[5] Paradigmatici sono i casi dei minori stranieri, accompagnati o meno (*ex multis*, Corte Edu, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, 12 ottobre 2006, §§ 53 ss. e 103-104; *Rahimi c. Grecia*, 5 aprile 2011, § 86; *Popov c. Francia*, 19 gennaio 2012, § 91; *Khan c. Francia*, 28 febbraio 2019, §§ 73-74) o dei minori vittime di abusi sessuali (da ultimo, Corte Edu, *M.C. c. Bulgaria*, *A e B c. Croazia*, 20 giugno 2019, § 111; *Z. c. Bulgaria*, 28 maggio 2020, § 69).

[6] Oltre alla fondamentale pronuncia sul caso *Opuz c. Turchia* del 9 giugno 2009 (spec. §§ 159-160), v. più di recente Corte Edu, *Talpis c. Italia*, 2 marzo 2017, § 99, su cui, per maggiori approfondimenti, M. BUSCEMI, *La protezione delle vittime di violenza domestica davanti alla Corte*

categorie tradizionalmente considerate come meritevoli di una protezione speciale), ma anche quelli che legano in realtà la condizione di vulnerabilità ad una situazione di contesto, anche solo transitoria (esemplificativo, oltre al caso dei detenuti che qui maggiormente interessa, è il caso dell'indagato/imputato nella prima fase del procedimento penale[7], nonché, più di recente, il caso di coloro che rischiano di essere oggetto di persecuzione perché sostengono opinioni impopolari o appartengono a minoranze[8]). Particolarmente significativa, sempre sul piano soggettivo della vulnerabilità, è poi l'elaborazione da parte della Corte di Strasburgo del concetto di «gruppo vulnerabile»[9], il cui utilizzo è andato nel corso degli ultimi due decenni ben oltre il caso dei membri appartenenti ai gruppi Rom/Gypsy[10] (disabili[11], persone affette da HIV[12], richiedenti asilo[13]).

Anche rispetto agli indicatori causali della vulnerabilità – che evidentemente possono sottendere forme distinte di vulnerabilità sovrapponendosi sovente nello stesso individuo in ragione delle sue qualità intrinseche o della situazione in cui

---

europea dei diritti dell'uomo. Alcune osservazioni a margine del caso Talpis c. Italia, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2017.

[7] Tra i tanti, Corte Edu, *Salduz c. Turchia*, 27 novembre 2008, § 54.

[8] Da ultimo, Corte Edu, *Berkman c. Russia*, 1 dicembre 2020, §§ 46 e 55. Analogamente, per quanto concerne la condizione dei giornalisti, v. Corte Edu, *Gongadze c. Ucraina*, 8 novembre 2005, § 168; *Gazeta Ukraina-Tsentr c. Ucraina*, 15 luglio 2010, § 51.

[9] In proposito, L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, n. 4, 2013, 1056 ss.; M. O'BOYLE, *The notion of "vulnerable groups" in the case law of the European Court of Human Rights*, 12 febbraio 2016, reperibile in www.venice.coe.int.

[10] Oltre a Corte Edu, *Chapman c. Regno Unito*, 18 gennaio 2001, in cui il concetto di «gruppo vulnerabile» ha trovato per la prima volta applicazione (96), v. ad es. Corte Edu, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, 13 novembre 2007, § 182; *Oršuš e altri c. Croazia*, 16 marzo 2010, § 147; *Horváth e Kiss c. Ungheria*, 29 gennaio 2013, §§ 102-104 (in tema di segregazione scolastica); Corte Edu, *Yordanova e altri c. Bulgaria*, 24 aprile 2012, §§ 131 ss.; *Winterstein e altri c. Francia*, 17 ottobre 2013, § 148 (in tema di sgomberi di massa di comunità stanziali); Corte Edu, *V.C. c. Slovacchia*, 8 novembre 2011, § 146; *I.G. e altri c. Slovacchia*, 13 novembre 2012, §§ 123 e 143 (in tema di pratiche di sterilizzazione forzata).

[11] V. Corte Edu, *Alajos kiss c. Ungheria*, 20 maggio 2010, nonché, da ultimo, Corte Edu, *Anatoliy Marinov c. Bulgaria*, 15 febbraio 2022.

[12] Corte Edu, *Kiyutin c. Russia*, 10 marzo 2011; *Novruk e altri c. Russia*, 15 marzo 2016; *Ustinova c. Russia*, 8 novembre 2016.

[13] *Ex multis*, Corte Edu, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 21 gennaio 2011; *Tarakhel c. Svizzera*, 4 novembre 2014.

viene a trovarsi[14] – è possibile riscontrare alcuni indirizzi ormai stabili nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti.

In proposito merita senz'altro menzionare, come fattore trasversale di vulnerabilità, la condizione di dipendenza (in senso lato) che può affliggere un determinato soggetto. Una dipendenza, in particolare, che può ricollegarsi tanto al rapporto con soggetti terzi (basti pensare al tema della disabilità o alla relazione di cura o responsabilità tra genitori e minori d'età[15], ma anche a quella tra medico-paziente in stato vegetativo o affetto da malattia degenerativa irreversibile[16] e tra avvocato-assistito[17]) quanto a quello con l'autorità dello Stato, di cui la detenzione in carcere o, comunque, la situazione in cui l'individuo si viene a diverso titolo a trovare quando sottoposto al controllo dell'autorità, rappresenta una tipica fonte di vulnerabilità.

Altrettanto solido nella giurisprudenza europea è il riferimento ad una vulnerabilità che non si limita alla sola dimensione fisica della persona bensì coinvolge, nella sua determinazione, anche fattori di ordine psicologico che, seppur incidendo con diversa intensità a seconda del caso di specie, vengono regolarmente presi in considerazione dalla Corte europea. Per quanto concerne il versante dei «gruppi vulnerabili», la Corte europea identifica ormai stabilmente indicatori precisi, che traggono origine da una condizione di discriminazione radicata nel tempo oltreché nel contesto sociale di riferimento[18].

Infine, per quanto riguarda gli effetti derivanti dal riscontro della vulnerabilità, la giurisprudenza europea sui diritti delle persone vulnerabili dà conto di una

[14] Sul punto, A. TIMMER, *A quiet revolution: vulnerability in the European Court of Human Rights*, in M. Fineman, A. Grear (eds.), *Vulnerability. Reflections on a new ethical foundation for law and politics*, Routledge, Ashgate, 2013, 161-162.

[15] Ivi, 152 ss.

[16] Corte Edu, *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002; *Haas c. Svizzera*, 20 gennaio 2011; *Lambert e altri c. Francia*, 5 giugno 2015. Su questa giurisprudenza, v. U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

[17] Da ultimo, Corte Edu, *Ayetullah c. Turchia*, 27 ottobre 2020, § 131.

[18] Cfr. Corte Edu, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, 13 novembre 2007, § 182; *Alajos Kiss c. Ungheria*, 20 maggio 2010, § 42; *Kiyutin c. Russia*, 10 marzo 2011, § 64; *Berkman c. Russia*, 1 dicembre 2020, § 55.

pluralità di indirizzi che hanno in fin dei conti precisato la portata delle conseguenze giuridiche che la sussistenza in concreto di una condizione di vulnerabilità può comportare nei confronti delle autorità nazionali in relazione all'applicazione delle disposizioni della Cedu.

Esemplificativo è il versante delle garanzie processuali, in cui ad esempio la sussistenza della vulnerabilità gioca un ruolo determinante, tra le diverse circostanze che definiscono il caso concreto, sia nella verifica della piena effettività del diritto individuale a ricorrere alla Corte europea previsto dall'articolo 34 della Cedu[19], sia rispetto alla possibilità di soprassedere alla regola dell'esaurimento delle vie di ricorso interne ed al termine semestrale (ora quadrimestrale) di presentazione dello stesso di cui all'articolo 35, paragrafo 1, della Cedu[20].

Parimenti determinante è il peso che la vulnerabilità assume nei casi di restrizioni della libertà personale, rispetto ai quali la Corte di Strasburo, per giurisprudenza costante, mantiene fermo il principio per cui, durante una detenzione da parte delle autorità statali, là dove si verifichino lesioni o – addirittura – la morte, stante la situazione di vulnerabilità in cui versano i soggetti coinvolti e la conseguente ineludibile responsabilità di assicurare loro una protezione specifica da parte dello Stato, s'impone l'inversione dell'onere della prova in capo a quest'ultimo[21].

Un altro versante rispetto al quale possono essere ricondotti gli effetti della vulnerabilità riguarda l'ambito – particolarmente vasto – dei c.d. obblighi positivi. Appare in effetti particolarmente radicata nella giurisprudenza della Corte europea la consapevolezza del legame che intercorre tra la tematica della tutela dei diritti

[19] Per quanto concerne il peso della vulnerabilità del ricorrente o del potenziale ricorrente in relazione al divieto nei confronti delle autorità statali di porre in essere qualunque tipo di pressione allo scopo di farlo ritrattare o addirittura desistere dalla presentazione stessa del ricorso alla Corte, di recente, Corte Edu, *Mehmet Ali Ayhan e altri c. Turchia*, 4 giugno 2019, §§ 39-40; *Ahmed c. Regno Unito*, 2 marzo 2017, §§ 65-66; *Kulyk c. Ucraina*, 23 giugno 2016, §§ 124-125. In relazione invece al profilo dell'ammissibilità a ricorrere in nome e per conto di soggetti vulnerabili da parte di terzi proprio in virtù di siffatta condizione personale, cfr. Corte Edu, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania*, 17 luglio 2014, § 112; *Lambert e altri c. Francia*, 5 giugno 2015, §§ 115-116.

[20] A titolo esemplificativo, v. Corte Edu, *Akpinar e Altun c. Turchia*, 27 febbraio 2007, § 41, nonché, da ultimo, Corte Edu, *Epure c. Romania*, 11 maggio 2021, §§ 54-55.

[21] Cfr., tra i tanti casi, Corte Edu, *Mete e altri c. Turchia*, 4 ottobre 2011, § 112; *Bouyid c. Belgio*, 28 settembre 2015, §§ 83-84; *Khlaifia e altri c. Italia*, 15 dicembre 2016, § 205.

delle persone vulnerabili e l'adempimento di compiti e comportamenti attivi da parte dello Stato che, nell'ottica della effettività dei diritti e delle libertà convenzionali, non può evidentemente limitarsi al solo dovere di astenersi da condotte lesive di tali diritti e libertà nei riguardi delle persone sottoposte alla sua giurisdizione. Ebbene questi obblighi positivi, innescati dalle istanze della vulnerabilità, assumono rilievo nella giurisprudenza europea tanto sul piano procedurale che sostanziale.

Sotto il primo profilo, ad esempio, la Corte europea, allorché impegnata a valutare la proporzionalità e la ragionevolezza del bilanciamento posto in essere a livello statale, ha più volte ribadito in capo alle autorità nazionali il dovere di prendere adeguatamente in considerazione la condizione reale di vulnerabilità in cui versa la persona, la quale concorre con altri fattori alla definizione complessiva del caso di specie[22], specificando in alcuni casi anche la necessità di garantire un'idonea partecipazione dei soggetti vulnerabili all'interno del procedimento decisionale, politico o giurisdizionale che sia[23].

Riguardo il secondo profilo, inerente agli obblighi positivi di carattere sostanziale, la Corte europea da tempo richiede allo Stato di adoperarsi con l'adozione di tutte le misure specifiche ed ulteriori indispensabili per assicurare anche al soggetto vulnerabile una protezione adeguata dei propri diritti convenzionali, configurando in questo modo un obbligo d'intervento di tipo sostanziale da parte dello Stato calibrato sulla vulnerabilità e, perciò, di carattere supplementare rispetto

[22] Esemplificativa in proposito è la giurisprudenza inerente al divieto assoluto *ex* art. 3 Cedu di trattamenti inumani e degradanti allorché perpetrati nei riguardi di soggetti vulnerabili o particolarmente vulnerabili, come nel caso dei minorenni sottoposti a detenzione o comunque in custodia, specialmente se minori stranieri, ma anche della detenzione di malati fisici o mentali gravi (v. di recente, rispettivamente, Corte Edu, *Bouyid c. Belgio*, 28 settembre 2015; *G.B. e altri c. Turchia*, 17 ottobre 2019; *Khan c. Francia*, 28 febbraio 2019; e Corte Edu, *Vidish c. Russia*, 15 marzo 2016; *Rooman c. Belgio*, 31 gennaio 2019). Per un approfondimento di carattere generale in proposito, v. C. HERI, *Responsive Human Rights. Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR*, Bloomsbury, Oxford, 2021, 31 ss.

[23] Segnatamente, in relazione all'ambito di applicazione dell'art. 8 Cedu sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, cfr. Corte Edu, *Zehentner c. Austria*, 16 luglio 2009, §§ 63-65; *Yordanova e altri c. Bulgaria*, 24 aprile 2012, § 133; *Hudorovič e altri c. Slovenia*, 10 marzo 2020, § 142.

dirittifondamentali.it

all'intervento cui sarebbe comunque obbligato, in assenza di essa, dalle singole norme convenzionali, specialmente se di natura teleologica[24].

Tra i numerosi indirizzi consolidatisi in proposito, meritano di essere richiamati per la chiarezza degli obblighi sostanziali di protezione richiesti allo Stato, quelli inerenti al diritto alla vita e all'integrità fisica delle persone vulnerabili – emblematici, ai sensi dell'articolo 2 della Cedu, sono i casi relativi alle vittime di violenza domestica[25] – ma anche quelli legati alla protezione da assicurare in via generale in forza degli articoli 3 e 8 della Cedu ai minori rispetto agli atti di violenza perpetrati o anche soltanto perpetrabili nei loro confronti[26], ambedue casistiche contraddistinte dalla garanzia di un impegno particolarmente stringente nel senso della prevenzione.

Peculiare, infine, e pertanto meritevole di essere richiamato, è quell'indirizzo che intende gli obblighi in questione secondo un paradigma promozionale e di valorizzazione dei diritti delle persone vulnerabili anziché di sola tutela. Trattasi di un indirizzo tuttora incerto, che assume come principale ambito di svolgimento la vicenda del trattamento dei richiedenti asilo che versano in condizioni di povertà estrema a fronte dell'inerzia assoluta posta in essere dalle autorità nazionali[27].

Da ultimo, non può non richiamarsi il rilievo che la Corte europea dei diritti dell'uomo riserva alla considerazione della vulnerabilità in relazione alla dottrina del margine di apprezzamento dello Stato. Questo margine di discrezionalità infatti – avverte da oltre un decennio la Corte – non può che ridursi a fronte di una restrizione dei diritti fondamentali dei membri di un determinato gruppo

[24] Sul punto, E. DICIOTTI, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 22 ss.

[25] Per tutti, Corte Edu, *Talpis c. Italia*, 2 marzo 2017, spec. § 115.

[26] Corte Edu, *M.P. altri c. Bulgaria*, 15 novembre 2011, § 108; *O'Keeffe c. Irlanda*, 28 gennaio 2014, § 144; nonché, da ultimo, *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito*, 16 febbraio 2021, § 161.

[27] Cfr. Corte Edu, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 21 gennaio 2011, §§ 250 ss.; *Sufi e Elmi c. Regno Unito*, 28 giugno 2011, § 283; *V.M. e altri c. Belgio*, 7 luglio 2015, § 162. Corte Edu, *F.H. c. Grecia*, 31 luglio 2014, §§ 107 ss. Su questo tipo di prospettiva nella concezione del rapporto tra obblighi positivi e vulnerabilità, v. L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, cit., 1074 ss.

dirittifondamentali.it

vulnerabile tradizionalmente oggetto di discriminazione[28], sicché una previsione di questo tipo, oltre a non sottrarsi ad uno scrutinio stretto, può trovare giustificazione soltanto in virtù di motivazioni particolarmente penetranti[29]. Circostanza che dimostra nella Corte europea una consapevolezza diffusa in ordine al rischio che questo tipo di interventi sui diritti dei membri appartenenti a gruppi vulnerabili nasconda in realtà l'esistenza di uno stereotipo nello stesso legislatore[30].

3. La giurisprudenza della Corte europea in tema di detenzione e il caso dei c.d. detenuti vulnerabili

Nel quadro di questa ampia giurisprudenza sui diritti delle persone vulnerabili – qui richiamata soltanto nei suoi tratti essenziali – si colloca, in una posizione di prim'ordine, la vicenda inerente al trattamento dei detenuti.

L'identificazione dei detenuti come soggetti vulnerabili è risalente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In questa è in effetti radicata una impostazione decisamente garantista in base alla quale, in conformità con gli articoli 2 e 3 della Cedu, chiunque si trovi in custodia, ad opera della polizia o di un'autorità analoga, vive una situazione di vulnerabilità e le autorità hanno il dovere di assicurargli una protezione adeguata[31].

Sulla base di tale premessa, la Corte di Strasburgo ha precisato nel tempo i lineamenti di una tutela dei diritti dei detenuti particolarmente penetrante, che si estende tanto sul piano dei soggetti destinatari di questa più intensa protezione da

[28] S. KIM, *Les vulnérables: evaluating the vulnerability criterion in Article 14 cases by the European Court of Human Rights*, in *Legal Studies*, 2021, spec. 628-629.

[29] *Ex multis*, Corte Edu, *Alajos Kiss c. Ungheria*, 20 maggio 2010, § 44; *Zagidulina c. Russia*, 2 maggio 2013, § 52; *Ruslan Makarov c. Russia*, 11 ottobre 2016, § 20; *D.R. c. Lituania*, 26 giugno 2018, § 88.

[30] Di recente in questo senso, Corte Edu, *A.-M.V. c. Finlandia*, 23 marzo 2017, § 73; *Cînța c. Romania*, 18 febbraio 2020, § 41.

[31] *Ex multis*, Corte Edu, *Selmouni c. Francia*, 28 luglio 1999, § 87; *Salman c. Turchia*, 27 giugno 2000, § 99; *Bouyid c. Belgio*, 28 settembre 2015, § 107; *Tiziana Pennino c. Italia*, 12 ottobre 2017, § 45.

parte dello Stato, quanto in relazione agli ambiti rispetto ai quali si deve misurare l'effettiva garanzia dei loro diritti.

Riguardo il primo versante, la Corte europea non ha certamente utilizzato una interpretazione restrittiva del concetto di detenzione. Essa difatti non si è limitata a riconoscere come soggetti vulnerabili i soli carcerati, spingendosi anzi ben oltre i casi di detenzione presso le istituzioni penitenziarie o anche militari. E ciò in ragione di una deduzione fondata, che correttamente lega la condizione di vulnerabilità alla realtà di una situazione di contesto nella quale il destino del proprio essere è in sostanza rimesso alla responsabilità dello Stato.

Esemplificativo in proposito è l'indirizzo inerente alla effettività del diritto individuale di ricorrere al giudizio della Corte europea da parte dei detenuti, allorché quest'ultima riconosce l'eventualità di una situazione di particolare vulnerabilità nel fatto che «they are dependent in their correspondence with the Court – and with the rest of the outside world – on the prison administration»[32].

Se è dunque, ad avviso della Corte, la dipendenza e l'essere sotto il controllo dell'autorità la causa autentica della situazione di vulnerabilità in questione, allora è facile scorgere come essa rappresenti in realtà una matrice comune a molteplici forme di contenimento della libertà personale, tutte generatrici di vulnerabilità nei confronti di chi le subisce.

In questa prospettiva la Corte europea ha dunque sostenuto non soltanto come «la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato»[33], ma ha altresì riconosciuto la sussistenza di una condizione di vulnerabilità in tutte le situazioni di detenzione o controllo poste in

[32] Così, di recente, Corte Edu, *Mehmet Ali Ayhan e altri c. Turchia*, 4 giugno 2019, § 40.

[33] Corte Edu, *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013, § 65. Sul punto, R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Politica del diritto*, 2013, 467 ss.; 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 Torreggiani della Corte EDU*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, § 185.

essere da parte della polizia o di altra analoga autorità, incluso il contesto di un controllo d'identità e dell'interrogatorio presso una stazione di polizia[34].

Riguardo il secondo versante, concernente l'effettività delle garanzie, è opportuno sottolineare come il dovere di protezione che incombe sullo Stato si manifesti anzitutto rispetto al benessere fisico della persona posta dall'autorità in una situazione di limitazione della libertà personale[35], sebbene sia evidente come la Corte europea non disconosca le istanze di protezione legate alla salvaguardia del benessere anche psicologico, che con quello fisico è in realtà strettamente connesso. Stabilita in termini generali la necessità di assicurare a questi soggetti il diritto ad un'assistenza medica comunque adeguata[36], la Corte difatti non si limita ad imporre la salvaguardia dello stato fisico del detenuto in relazione al modo stesso in cui viene trattato dalle guardie carcerarie[37] o ai possibili atti di violenza perpetrati in quel contesto dagli altri detenuti a fronte di circostanze che rendono il detenuto in questione particolarmente vulnerabile[38] , ma richiede altresì una

[34] Corte Edu, *Bouyid c. Belgio*, 28 settembre 2015, § 107.

[35] Corte Edu, *Denis Vasilyev c. Russia*, 17 dicembre 2009, §§ 115-116; *Aleksandr Novoselov c. Russia*, 28 novembre 2013, § 56. Più in dettaglio, la Corte precisa come il principio in questione riguardi in effetti tutte quelle «situations in which the physical well-being of individuals is dependent, to a decisive extent, on the actions by the authorities, who are legally required to take measures within the scope of their powers which might have been necessary to avoid the risk of damage to life or limb».

[36] Per una ricognizione puntuale della giurisprudenza europea in ordine all'assistenza medica nei confronti dei soggetti privati della libertà personale, v. Corte Edu, *Blokhin c. Russia*, 23 marzo 2016, §§ 136 ss. Sul tema, per più ampi approfondimenti, v. M. CAREDDA, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane*, in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 191 ss.

[37] Corte Edu, *Iwańczuk c. Polonia*, 15 novembre 2001, ove la Corte europea precisa in termini generali che «the authorities exercise full control over a person held in custody and their way of treating a detainee must, in view of his or her vulnerability, be subjected to strict scrutiny under the Convention» (§ 53).

[38] Ci si riferisce in particolare a circostanze legate, oltreché al disturbo mentale del detenuto (Corte Edu, *Pantea c. Romania*, 3 giugno 2003, §§ 189-192), alla sua giovane età (Corte Edu, *Premininy c. Russia*, 10 febbraio 2011, §§ 84-86), al fatto di essere stato condannato per crimini di guerra e tenuto non separato dagli altri detenuti (Corte Edu, *Rodić e altri c. Bosnia-Erzegovina*, 27 maggio 2008, §§ 69-71), di aver collaborato con la giustizia (Corte Edu, *J.L. c. Lettonia*, 17 aprile 2012, §§ 68 e 87) o di essere parente di una guardia carceraria (Corte Edu, *Aleksejeva c. Lettonia*, 3 luglio 2012, §§ 34-35), o ancora di essere un molestatore sessuale (Corte Edu, *D.F. c. Lettonia*, 29 ottobre 2013, §§ 81-84). Precisa inoltre la Corte europea che, rispetto ai detenuti vulnerabili, «national authorities have an obligation to take all steps reasonably expected to prevent real and immediate risks to prisoners' physical integrity, of which the authorities had or ought to have had knowledge».

protezione speciale in ragione di situazioni direttamente o implicitamente legate a condizioni di vulnerabilità psicologica. Queste ultime trovano radicamento sia nella detenzione in quanto tale – basti pensare alla considerazione dei risvolti psicologici legati alle particolari condizioni d'isolamento dal mondo esterno, e segnatamente dai familiari, imposte ai detenuti[39], o alle condizioni concrete di detenzione, che devono essere compatibili con il rispetto della dignità umana sancito dall'articolo 3 della Cedu[40] – sia in relazione ai citati detenuti vulnerabili, quali in particolare i detenuti affetti da disturbi mentali, il cui trattamento impone in linea di massima un'attenzione ed una protezione ancor più stringente.

Sotto quest'ultimo profilo, oltre alla possibilità – richiamata in precedenza – di derogare alla regola dell'esaurimento dei rimedi interni da parte del detenuto psichiatrico, emblematico appare l'orientamento della Corte di Strasburgo che considera la vulnerabilità tra i parametri di valutazione in ordine alle condotte poste in essere dalle autorità in funzione dell'adempimento da parte dello Stato, ai sensi dell'articolo 2 della Cedu, del dovere di protezione nei confronti degli individui sottoposti a detenzione mediante la predisposizione di misure di carattere preventivo, associando ad essa una valenza pressoché decisiva là dove riferita a soggetti affetti da disturbi mentali o con tendenze suicide[41].

Parimenti indicativo risulta l'indirizzo seguito in relazione al divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti sancito dall'articolo 3 della Cedu, nel quale

[39] *Ex multis*, Corte Edu, *Cotleţ c. Romania*, 3 giugno 2003, § 71; *Popov c. Russia*, 13 luglio 2006, § 247; *Mechenkov c. Russia*, 7 febbraio 2008, § 117; *Lopata c. Russia*, 13 luglio 2010, § 152; *Enache c. Romania*, 1 aprile 2014, § 68; *Jafarov c. Azerbaigian*, 17 marzo 2016, § 178.

[40] Sul punto, per quanto concerne le condizioni di detenzione del richiedente asilo, v. Corte Edu, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 21 gennaio 2011, §§ 221 ss. Mentre per quanto concerne le condizioni di detenzione in carcere, con particolare riferimento alle condanne inflitte all'Italia a causa del sovraffollamento carcerario, v. Corte Edu, *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013, § 65; *Sulejmanovic c. Italia*, 16 luglio 2009, § 39. Al riguardo, con particolare riguardo alla conformità con quanto disposto dall'art. 27, terzo comma, Cost., v. M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 5 ss.; nonché, più in generale, R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, cit., 441 ss.

[41] Nel senso della violazione dell'art. 2 Cedu, v. Corte Edu, *Renolde c. Francia*, 16 ottobre 2008; *Tekin e Arslan c. Belgio*, 5 settembre 2017; nonché, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania*, 17 luglio 2014. Per l'esito opposto, di recente, Corte Edu, *Fernandes de Oliveira c. Portogallo*, 31 gennaio 2019.

s'inserisce in pieno il caso *Sy contro Italia*. Anche in questo caso la Corte ha infatti riconosciuto in via generale ai detenuti con malattie mentali, in quanto maggiormente vulnerabili, l'esigenza di una valutazione che, nell'ottica della effettività della tutela, tenga debitamente conto della loro particolare condizione nel contesto della vita carceraria, ponendo così la questione dei limiti di compatibilità con essa e, conseguentemente, del trattamento di questi particolari detenuti vulnerabili in conformità con le garanzie sancite dalla Cedu[42].

4. Il caso *Sy contro Italia* tra ampliamento delle garanzie dei diritti dei detenuti vulnerabili e insostenibilità della frizione con i principi sanciti dalla Carta costituzionale

Nell'ambito di questa articolata giurisprudenza interviene il caso *Sy contro Italia*, in cui la Corte di Strasburgo – in estrema sintesi – condanna l'Italia per aver detenuto il ricorrente, affetto da disturbo mentale aggravato dalla tossicodipendenza, in un carcere ordinario per quasi due anni, in assenza peraltro di qualunque piano terapeutico generale per il trattamento della sua condizione. E ciò, nonostante le decisioni delle autorità giudiziarie nazionali avessero ordinato il suo trasferimento presso un'apposita residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) in ragione di perizie psichiatriche che certificavano l'incompatibilità della detenzione in un carcere ordinario con il suo stato di salute mentale.

Tale pronuncia appare particolarmente significativa per due ordini di motivi, riconducibili tanto nel solco della giurisprudenza europea sui detenuti vulnerabili, quanto alla sua portata nel contesto dell'ordinamento costituzionale nazionale.

[42] Per quanto concerne il caso delle reclute di leva, v. Corte Edu, *Placì c. Italia*, 21 gennaio 2014, §§ 49 ss. In relazione all'art. 2 Cedu, v. Corte Edu, *Abdullah Yılmaz c. Turchia*, 17 giugno 2008, §§ 67 ss.

dirittifondamentali.it

Sotto il primo profilo, essa infatti stabilizza l'indirizzo giurisprudenziale pregresso precisandone i contenuti di garanzia nei confronti dei detenuti affetti da malattia mentale[43].

In particolare, la Corte di Strasburgo ribadisce in questa occasione il proprio orientamento sulla conformità della detenzione di un malato di mente con gli standard fissati dall'articolo 3 della Cedu, la cui valutazione in concreto non può che prendere le mosse dalla considerazione dello stato di salute della persona e dell'incidenza, su di essa, delle modalità e delle condizioni di detenzione, che non devono in alcun modo suscitare nella persona privata della libertà sentimenti di paura, ansia e inferiorità tali da umiliarla, svilirla e magari piegarne la resistenza fisica e morale[44]. Ciò posto la Corte, ribadito il principio per cui «i detenuti malati di mente sono più vulnerabili dei detenuti ordinari», avverte opportunamente come le condizioni di vita carceraria espongano inevitabilmente questo genere di detenuti più vulnerabili a rischi ulteriori per la salute, generando in loro ansia, stress e, con una certa probabilità, sentimenti d'inferiorità. Circostanza che induce a misurare la valutazione di compatibilità in questione proprio sulla situazione di vulnerabilità di questi detenuti e sulla loro incapacità – talvolta – di denunciare in assoluto o in maniera coerente il trattamento cui sono sottoposti e gli effetti che su di loro determina[45].

Nel contesto più ampio della giurisprudenza europea sulla vulnerabilità dei detenuti, la pronuncia in questione è pertanto indicativa di un avanzamento nel senso della necessaria considerazione dei diversi gradi di intensità che la vulnerabilità può assumere nella definizione della situazione vissuta in concreto dalle persone private della libertà personale[46], corroborando in questo modo la realtà di un esame caso per caso che, nel rispetto del vincolo del precedente,

[43] Segnatamente, Corte Edu, *Sy c. Italia*, 24 gennaio 2022, § 79.

[44] Da ultimo, Corte Edu, *Rooman c. Belgio*, 31 gennaio 2019, § 145.

[45] Corte Edu, *W.D. c. Belgio*, 6 settembre 2016, § 106; *Murray c. Paesi Bassi*, 24 aprile 2016, § 106; *Claes c. Belgio*, 10 gennaio 2013, § 93.

[46] Sulla insopprimibile connotazione della vulnerabilità per gradi diversi d'intensità, R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., 46-47; R. CONTI, *Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato "cammino" interno*, in *Questione giustizia*, 8 febbraio 2014, par. 4.

dirittifondamentali.it

persevera in un'opera di valorizzazione della componente psicologica della vulnerabilità in funzione della effettività dei diritti dei detenuti.

Tali considerazioni paiono trovare una sponda importante nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale non soltanto ha già avuto modo di esprimersi, in sintonia con gli orientamenti della Corte di Strasburgo, in ordine al problema strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario italiano[47], ma ha altresì fatto sempre più frequente uso dell'argomento della vulnerabilità[48].

Ci si riferisce in particolare alla recentissima sentenza n. 22 del 2022, appena precedente la pronuncia della Corte europea sul caso *Sy*, sentenza che ha proprio ad oggetto il trattamento, mediante assegnazione presso le richiamate residenze per l'esecuzione di misure di sicurezza (REMS), degli autori di reato affetti da infermità psichica e socialmente pericolosi.

Sebbene si tratti anche in questo caso (come nella sentenza n. 279 del 2013) di una pronuncia d'inammissibilità, indotta dalla necessità di evitare la caducazione dell'intero sistema delle REMS – «risultato di un faticoso ma ineludibile processo di superamento» dei vecchi ospedali psichiatrici giudiziari originariamente previsti

[47] Sul seguito dato alla condanna emessa nel caso *Torreggiani*, v. la sent. n. 279 del 2013 della Corte costituzionale, con cui quest'ultima, seppur con monito al legislatore, ha dichiarato inammissibile le questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. «nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità». Per un commento di questa pronuncia, E. MALFATTI, *"Oltre le apparenze": Corte costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 dicembre 2013; F. DELLA CASA, *Il monito della Consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 4533 ss.; A. PUGIOTTO, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, *ibidem*, 4542 ss.; M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, *ibidem*, 4549 ss.; A. RUGGERI, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *Consulta Online*, 26 novembre 2013; R. BASILE, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 279/2013)*, ivi, 20 febbraio 2014; E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 9/2014; C. NARDOCCI, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014.

[48] In argomento, prendendo le mosse dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2021, inerente all'ammissione automatica al beneficio del gratuito patrocinio al di fuori della non abbienza, sia consentito il rinvio a P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili tra incertezze congenite e indirizzi in via di consolidamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, 8 ss.

dal codice penale – e dunque, con esso, un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti[49], la Corte non soltanto riconosce la fondatezza dei profili d'incostituzionalità della normativa vigente in materia lamentati dal giudice rimettente, ma dà altresì seguito ad un monito severo nei confronti del legislatore affinché provveda ad una riforma complessiva della materia alla luce delle carenze e delle disfunzioni emerse dalla operatività di questo sistema in concreto, la cui gravità è tale da determinare «evidenti profili di frizione» con i principi costituzionali dettati sia in materia di misure di sicurezza che di trattamenti sanitari obbligatori[50]. Principi che implicano innanzitutto il pieno rispetto della riserva di legge sancita dagli articoli 25, terzo comma, e 32, secondo comma, Cost., invero in larga parte disattesa dalla normativa vigente.

Ebbene è proprio in relazione alla necessità di una legislazione statale organica della misura di sicurezza in questione che la Corte costituzionale ricorre all'argomento della vulnerabilità allorché ne riconnette il senso «a ineludibili esigenze di tutela dei diritti fondamentali dei suoi destinatari, particolarmente vulnerabili proprio in ragione della loro malattia»[51]. Siffatta prospettazione di una protezione più intensa nei confronti dei detenuti affetti da malattie mentali appare particolarmente significativa giacché – oltre a sancire ancora una volta una concordanza di massima con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, di cui il caso *Sy contro Italia* segna l'ultimo tassello – viene dal giudice costituzionale declinata, tramite il richiamo agli articoli 13 e 32, secondo comma, Cost., qui opportunamente letti in combinazione con l'articolo 2 Cost., in funzione di un'assunzione di responsabilità da parte del legislatore affinché assolva fino in fondo il suo compito in questa delicata materia.

Quanto poi la volontà di rimuovere queste gravi frizioni con i principi costituzionali si concretizzi in un'azione parlamentare che non disattenda questi moniti, per quanto stringenti e puntuali, anziché perseverare nell'inerzia legislativa, il cui eccessivo protrarsi risulterebbe – in questo campo come altrove –

[49] Corte cost. n. 22 del 2022, punto 6 del *Cons. in dir.*
[50] Corte cost. n. 22 del 2022, punto 5.3 del *Cons. in dir.*
[51] Ivi, punto 5.3.2 del *Cons. in dir*.

intollerabile, è questione che apre – come noto, purtroppo – tutt'altri scenari problematici.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2022
Data di pubblicazione – 11 aprile 2022

La delega in tema di "giustizia riparativa" tra principi costituzionali e criticità processuali

di
Angelo Zampaglione*

Sommario: 1. La giustizia riparativa "fiore all'occhiello" della riforma Cartabia. Il processo penale che funge anche da luogo in cui promuovere la riconciliazione tra vittima e autore del reato; 2. Focalizzazione e normativizzazione dei risvolti processuali; 3. Gli istituti di giustizia riparativa già esistenti nel nostro sistema penale; 4. I profili processuali critici della delega; 5. Ulteriore criticità: l'*escalation* della vittima nel processo penale.

1. La giustizia riparativa "fiore all'occhiello" della riforma Cartabia. Il processo penale che funge anche da luogo in cui promuovere la riconciliazione tra vittima e autore del reato.

La giustizia riparativa rappresenta una delle ultime frontiere teoriche e pratiche dell'ultimo trentennio nell'ambito dei diversi ordinamenti giuridici per cui la fattispecie penalmente rilevante non rappresenta più una azione contro lo Stato e la collettività, ma contro un individuo ben circoscritto, ossia la vittima. L'immediata ricaduta di questo nuovo concetto giuridico è la risoluzione del conflitto senza intraprendere la via ordinaria della giustizia ma accertando la riparazione del danno prodotto alla persona offesa e, in ultimo, il tentativo di recuperare, nel senso di risocializzare, l'autore del reato.

Non a caso, infatti, l'attuazione della *reparative justice*, fortemente voluta dall'Europa, costituisce il "fiore all'occhiello" della riforma Cartabia,[1] rubricata

*Ricercatore in Diritto processuale penale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

"Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari".

Si tratta di un nuovo ed alternativo modello di risposta dell'ordinamento alla violazione delle norme che fondano il patto sociale,[2] o meglio, più specificamente, di un meccanismo di definizione della vicenda giudiziaria che, a seconda delle scelte che effettuerà il legislatore delegato, potrà considerarsi come strumento alternativo, complementare o sostitutivo del tradizionale percorso di accertamento della responsabilità.[3]

È l'art. 1, comma 18, lett. a)-g), a fissare le direttive per la delega con cui si chiede al Governo di dare attuazione alla giustizia riparativa, nel rispetto delle disposizioni della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 e dei principi sanciti a livello internazionale.

Sul piano sistemico, non può sottacersi come la riforma Cartabia in generale e la giustizia riparativa in particolare rappresentino un "cambiamento di rotta" rispetto ad alcuni dei recenti interventi normativi come la legge "spazzacorrotti".[4] Il

---

[1] In questi termini, MANNA, *Considerazioni critiche sulle proposte della Commissione Lattanzi in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa*, in *Arch. Pen.*, 2021, 7. Per opportuni approfondimenti sulla riforma Cartabia (l. n. 134 del 2021) si rinvia, *ex multis*, a CANZIO, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in *Sist. pen. web*, 25 agosto 2021; SPANGHER, *Bonafede, Lattanzi, Cartabia: tre concezioni (molto diverse) della riforma del processo penale*, in *Penale. Diritto e procedura*, 22 luglio 2021, 1 ss.

[2] In realtà, non si tratta di una vera e propria "riforma" del processo penale, ma un insieme di interventi correttivi di alcune delle criticità più vistose del sistema esistente e, segnatamente, sotto il profilo sostanziale, un tentativo di superamento dell'attuale sistema sanzionatorio "carcero-centrico". È dato ormai ampiamente acquisito che la pena detentiva sia – oltre a essere la sanzione penale più costosa, economicamente e socialmente, per lo Stato, anche poco performante sotto il profilo della riduzione della recidiva. È nata così l'esigenza di sperimentare nuovi paradigmi, alternativi ai tradizionali meccanismi sanzionatori.

[3] In tal senso, SPANGHER, *La giustizia penale verso la reparative justice*, in *IlPenalista*, 4 marzo 2022.

[4] Sulla legge 9 gennaio 2019, n. 3 (riforma spazza corrotti) si vedano AA.VV., *La legge anticorruzione 2019 (l. 9 gennaio 2019, n. 3)*, a cura di L. Della Ragione, in *Il Penalista*, 2019; A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen.*, 3, 2018; R. CANTONE, P. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323 ter c.p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 6, 2019, 5 ss.; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5, 2019, 231 ss.; T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 3, 2018; V. PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4 bis*, in *Dir. Pen. e Proc.*, n. 5, 2019, 600 ss.

termine "spazzacorrotti", con cui quella riforma era stata ribattezzata da giornalisti e giuristi, evocava l'idea di un processo penale inteso come strumento di lotta: l'esigenza era quella di contrastare in tutti i modi e ad ogni costo i più gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.[5] Una politica, intrapresa da anni, volta a strumentalizzare il processo penale per contrastare alcuni gravi fenomeni criminali: in un primo momento i reati di terrorismo; poi negli anni 90 i reati di criminalità organizzata; a seguire, quelli cd. a sfondo sessuale. Attualmente, l'attenzione del legislatore è focalizzata sui più gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.[6]

Con la giustizia riparativa, invece, si punta ad un qualcosa di diverso: a ricucire il rapporto tra vittima e autore del reato. Il processo diviene anche luogo istituzionale per promuovere la riparazione, la riconciliazione e il senso di sicurezza collettivo. Valorizzando il ruolo della vittima, si ripropone di ristabilire l'ordine violato dalla commissione del reato attraverso un comportamento attivo dell'agente il quale, quindi, non viene retributivamente punito attraverso la sottrazione di un quantitativo di libertà ritenuto proporzionalmente corrispondente alla gravità del fatto commesso, ma gli si chiede di porre in essere una serie di prestazioni, normalmente di natura risarcitoria o riparatoria.

Se, da un lato, vi è grande incertezza sul preciso significato di "giustizia riparativa" e sui contenuti dei "programmi" di giustizia riparativa (con la lett. a del comma 18,

[5] In chiave di necessaria sintesi, la riforma spazza corrotti si colloca a pieno titolo nell'alveo delle opzioni di politica criminale volte a delineare un *corpus* normativo anticorruzione che dispiega la propria efficacia ben oltre la previsione del fatto punito e della pena principale e si estende, oltre che alle pene accessorie, alla disciplina processuale e a quella dell'esecuzione della pena, con dei tratti essenziali che destrutturano la sistematica del codice di rito, introducendo disposizioni eccezionali e rigoriste, che svendono la punibilità in un'ottica di scambio della stessa, secondo le scansioni logico argomentative tipiche della lotta emergenziale al fenomeno mafioso.

[6] La lotta ai reati di maggiore allarme sociale è stata nello specifico perseguita mediante la introduzione di una serie di discipline differenziate, molte delle quali in netta frizione con l'impianto originario del codice di procedura penale dell'88 (si pensi, solo per fare qualche esempio, al doppio binario probatorio di cui all'art. 190 *bis* c.p.p., al dibattimento a distanza, ai presupposti attenuati per intercettare, alle presunzioni in materia cautelare di cui all'art. 275 c.p.p.). Il prezzo di tale opzione politica è sotto gli occhi di tutti: la destrutturazione del nostro sistema processuale penale in tanti sottosistemi. Esiste un processo per i reati di terrorismo, un processo per i reati di criminalità organizzata, un processo per i reati a sfondo sessuale ed un processo per i più gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

dirittifondamentali.it

infatti, si richiede al legislatore delegato di fornire una disciplina organica della giustizia riparativa fissandone nozione, principali programmi, criteri di accesso, garanzie, persone legittimate a partecipare, modalità di svolgimento dei programmi e valutazione dei suoi esiti nell'interesse della vittima e dell'autore del reato), dall'altro appare chiaro che l'apertura delle porte del processo penale alla giustizia riparativa potrebbe ridisegnare un nuovo assetto del processo penale, riconoscendo un ruolo inedito, e di gran lunga rafforzato, alla vittima del reato, finora considerata "ospite poco gradito sulla scena processuale".

In sintesi, il processo penale è nato come "luogo dell'accertamento del fatto", luogo che per tradizione vede da sempre l'imputato protagonista, in positivo ed in negativo, della vicenda processuale. In "negativo" perché subisce le conseguenze negative del processo[7] mentre in "positivo" perché portatore di diritti fondamentali (es. diritto di difesa) e fruitore di imprescindibili garanzie processuali (es. la presunzione di non colpevolezza). Nel tempo, poi, il processo penale è divenuto anche "strumento per contrastare" i fenomeni criminali di maggiore allarme sociale. Adesso, è in atto un complesso ed intricato *iter* per trasformarlo anche in "luogo istituzionale per ricucire" i rapporti tra vittima e autore del reato.

Dunque, assolutamente condivisibile l'intento legislativo di voler istituzionalizzare un *iter* finalizzato alla ricucitura del rapporto tra vittima e reo, però non bisogna distogliere l'attenzione dall'unico (almeno così dovrebbe essere) e principale scopo di un processo penale a "vocazione accusatoria" come il nostro: quello di accertare i fatti di reato, garantendo, al contempo, il rispetto dei diritti fondamentali dell'imputato e delle garanzie previste dal "giusto processo".

2. Focalizzazione e normativizzazione dei risvolti processuali.

[7] Gli effetti negativi di cui si discute non attengono solo alla eventualità che l'imputato venga condannato ma al fatto che la straziante e lunga sottoposizione al processo è essa stessa pena.

dirittifondamentali.it

Nel percorso di attuazione della giustizia riparativa è essenziale che il legislatore delegato metta subito a fuoco e normativizzi i principali risvolti processuali che ne potrebbero scaturire. Non si tratta di un compito semplice, essendo la delega alquanto generica e molte criticità, pertanto, affioreranno solo dopo che il legislatore delegato avrà deciso come intervenire per dare attuazione alla giustizia riparativa.

Al riguardo, è doveroso segnalare che l'operazione di individuazione e normativizzazione dei profili processuali non sempre, in passato, è stata svolta accuratamente dal legislatore.

Valgano due esempi significativi: A) la introduzione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p.; B) la introduzione della causa di non punibilità di cui all'art. 323 *ter* c.p.[8]

A) Quando fu introdotto l'art. 323 *ter* c.p. il legislatore si è totalmente disinteressato di intervenire sul tessuto del codice di procedura penale, così lasciando ampi spazi di intervento alla giurisprudenza. Nessuna norma del codice di rito penale è stata cioè adeguata alla nuova causa di non punibilità, così creandosi un vuoto normativo su aspetti di primaria importanza, alcuni aventi un impatto anche sul piano costituzionale. Si pensi, solo per citare alcune di tali criticità, alle modalità (*ergo* le forme) di ricezione delle dichiarazioni confessorie del reo che decide di collaborare con le autorità (diritto di difesa) oppure alla delicatissima questione concernente il regime di valutazione probatorio applicabile a tali dichiarazioni nel processo che si celebrerà nei confronti degli altri imputati (regime probatorio pieno di cui al primo comma dell'art. 192 c.p.p. oppure regime dei riscontri esterni di cui al terzo comma della medesima norma?).[9]

[8] Ciò che accomuna le due menzionate cause di non punibilità e la giustizia riparativa è il fatto che costituiscono delle chiare "vie di fuga dal processo penale". Quando si introducono circuiti di fuori uscita dell'imputato dal processo è essenziale che vi sia un adeguato e compiuto intervento di coordinamento del nuovo istituto con le norme del codice di rito penale.

[9] Per quanto riguarda le modalità di raccolta delle dichiarazioni auto ed etero accusatorie del soggetto che decide di collaborare con le autorità (confitente delatore) per usufruire della "impunità" vi è un totale silenzio legislativo. A colmare il vuoto due direttive emesse rispettivamente il 20 ed il 21 febbraio 2019 dalle Procure di Napoli e Roma, con cui sono state prospettate tre soluzioni volte ad acquisirle: a) tramite rituale denuncia; b) redigendo un verbale

B) Situazione decisamente diversa quella vissuta in occasione della introduzione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p.

Il legislatore l'ha introdotta nel codice penale e contestualmente ha "individuato" e "normativizzato" alcuni importanti risvolti processuali. Si pensi, alla disciplina della richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto (artt. 411, comma 1 *bis*), alla pronuncia di proscioglimento prima del dibattimento (art. 469, comma 1 *bis*); alla efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno (art. 651 *bis*).[10]

---

di spontanee dichiarazioni; c) mediante sommarie informazioni rese da persona sottoposta ad indagine (art. 350 c.p.p.). Tra le tre opzioni, solo l'ultima consente di tutelare al meglio la posizione del soggetto che intenda collaborare con le autorità, attesa la obbligatoria presenza del difensore. È l'unica soluzione, infatti, percorribile se si intende salvaguardare l'incomprimibile diritto di difesa (occorre considerare che la causa di non punibilità non scatta automaticamente, viene riconosciuta previa verifica della sussistenza di una serie di condizioni, in assenza delle quali il soggetto risponderà dei fatti commessi). Per quanto concerne il regime di valutazione probatorio (primo o terzo comma dell'art. 192 c.p.p.) applicabile alle dichiarazioni del confitente delatore nel processo che si instaurerà nei confronti degli altri imputati nulla è stato specificato dalla legge spazza corrotti. Pur trattandosi di un imputato "connesso forte" (art. 12, lett. a, c.p.p.), stante il silenzio legislativo ed il quadro giurisprudenziale in tema di connessione di procedimenti, non sembrano richiesti i cd. riscontri esterni. Il pubblico ministero, infatti, iscriverà il nominativo del soggetto che collabora nel registro degli indagati e richiederà un provvedimento di archiviazione nel caso di riscontro positivo di tutti i presupposti richiesti dalla legge per il riconoscimento della causa di non punibilità. Con riferimento agli "indagati archiviati" le Sezioni Unite (Sez. Un., 17 dicembre 2009, n. 12067, De Simone) hanno stabilito che "la disciplina limitativa della capacità testimoniale di cui all'articolo 197, 1° co., lettere a) e b), all'articolo 197 *bis* e all'articolo 210 del c.p.p. non è applicabile alle persone sottoposte a indagini nei cui confronti sia stato emesso provvedimento di archiviazione perché nei confronti di questi soggetti non è mai stata elevata una imputazione". Insomma, secondo il Collegio esteso, tali soggetti vanno ricondotti nella categoria dei testimoni comuni e le loro dichiarazioni non necessitano dei riscontri esterni. Tuttavia, una soluzione di questo tipo si pone in netto contrasto con la filosofia di fondo della riforma del 2001, volta alla creazione di una serie di figure di dichiaranti nel processo penale le cui discipline differiscono in base al rapporto che ognuno di questi soggetti ha con i fatti oggetto del procedimento, secondo una graduazione che, partendo dalla situazione di assoluta indifferenza propria del teste ordinario, giunge fino alla forma estrema di coinvolgimento, rappresentata dal concorso del dichiarante nel medesimo reato (c.d. concorso di persone nel medesimo reato). Per opportuni approfondimenti sul tema sia consentito un rinvio a ZAMPAGLIONE, *Collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, in "*Problemi attuali della giustizia penale*", collana diretta da Giarda-Spangher-Tonini, vol. 112, 2021.

[10] Qualche vuoto normativo è comunque ravvisabile: si pensi, alla questione relativa alla estensione o meno della causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p. anche alla persona giuridica. Sul punto, stante il silenzio del legislatore, è intervenuta la giurisprudenza di legittimità, affermando che "la non punibilità del reato presupposto *ex* art. 131 *bis* c.p. non

Insomma, aprire le porte del nostro sistema penale alla giustizia riparativa avrà, molto probabilmente, proprio come è avvenuto con la introduzione delle cause di non punibilità di cui agli artt. 131 *bis* e 323 *ter* c.p., delle significative ricadute processuali aventi una forte incidenza su diritti individuali e sulle garanzie del processo. È, pertanto, essenziale che tali aspetti vadano non solo "individuati" dal legislatore delegato ma anche, nei limiti del possibile, "normativizzati".

3. Gli istituti di giustizia riparativa già esistenti nel nostro sistema penale.

La giustizia riparativa, seppur non in forma pura, è in parte già presente nel nostro sistema penale. È transitata in punta di piedi ma ora ambisce ad uno spazio decisamente più ampio e ad una disciplina organica ed organizzata (cfr. lett. a).

I frammenti (o segmenti) di giustizia riparativa già presenti nel nostro sistema processuale – quali ad esempio le condotte riparatorie (art. 162 *ter* c.p.), la sospensione con messa alla prova (art. 168 *bis* c.p.), le condotte riparatorie previste nell'ambito del procedimento a carico degli enti (artt. 12, 17, 45 d.lgs. n. 231/2001) – non rientrano a pieno titolo nell'ambito della giustizia riparativa, difettando di un elemento fondamentale: quello della intermediazione di un soggetto (il mediatore) nella risoluzione del conflitto.

Una conferma di quanto affermato si rinviene nell'art. 2 della direttiva 2012/29/UE il quale fa rientrare nella giustizia riparativa «qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale».

---

incide sul procedimento *ex* d.lgs. n. 231 del 2001 nei confronti dell'ente". Secondo tale filone giurisprudenziale, anche se l'art. 8 non ricomprende espressamente le cause di non punibilità tra quelle che (come le cause estintive) lasciano sussistere la responsabilità dell'ente, sarebbe irragionevole che il fatto di reato – riconosciuto esistente e non punibile per la persona fisica – impedisca al giudice l'accertamento della (eventuale) responsabilità amministrativa dell'ente (Cass, Pen., Sez. III, 17 novembre 2017-28 febbraio 2018, n. 9072). In dottrina si veda CIRILLO, *L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont*., fasc. 5, 2018, 163 ss.

A ben vedere, poi, l'elemento centrale (anche se non esclusivo) in questi frammenti di giustizia riparativa è diverso: 1) nelle condotte riparatorie di cui all'art. 162 *ter* c.p. è il risarcimento del danno; 2) nella sospensione con messa alla prova di cui all'art. 168 *bis* c.p. è il lavoro di pubblica utilità; 3) nel procedimento a carico degli enti è l'adozione del modello organizzativo.[11]

Ma vi è di più: gli istituti di giustizia riparativa già esistenti non sono sempre ben coordinati tra loro. Basti pensare ad una recente ordinanza di un giudice di Spoleto[12] chiamato a risolvere la *vexata quaestio* in ordine alla applicabilità o meno della sospensione con messa alla prova nel procedimento a carico delle persone giuridiche.

Nell'escludere tale possibilità, il giudice spoletino ha evidenziato come l'applicazione della messa prova nel procedimento a carico degli enti implicherebbe un'alterazione dei complessi equilibri sistematici interni a quel modello.

Sebbene il procedimento speciale in parola si ponga in perfetta sintonia con la vocazione special-preventiva del sistema di accertamento della responsabilità dell'ente, finalizzata appunto al recupero della legalità dell'ente, l'estensione all'ente di tale opzione si tradurrebbe in un'inutile sovrapposizione ovvero in una vera e propria elusione del disposto dell'art. 17, D.Lgs. n. 231/2001.

Anche se comune è l'obiettivo della messa alla prova e delle condotte riparatorie di cui all'art. 17 D.Lgs. n. 231/2001, vale a dire quello di ripristinare la legalità violata,

[11] Anche se l'art. 17 D.lgs. n. 231/2001 rubricato "riparazione delle conseguenze del reato", prevede anche altre condizioni, quali che l'ente abbia risarcito integralmente il danno ed abbia eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero che si sia comunque efficacemente adoperato in tal senso (lett. a) e che abbia messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca (lett. c), l'elemento centrale va individuato nella adozione del modello organizzativo. La lett. b) della medesima norma, infatti, impone all'ente affinché possa usufruire dei benefici di cui all'art. 17 di aver eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante la adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. L'intera disciplina sull'accertamento della responsabilità da reato delle persone giuridiche, di cui al decreto legislativo n. 231/2001, è incentrata sulla "funzione specialpreventiva" e sul "recupero della legalità" dell'ente che avviene proprio attraverso l'adozione del modello organizzativo.

[12] Trib. Spoleto, 21 aprile 2021, ordinanza giudice Cercola, commentata da GALLUCCIO MEZIO, *Il tribunale di Spoleto si schiera per la inapplicabilità della messa alla prova nel procedimento penale a carico dell'ente*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 2, 2022, 247 ss.

si registra, secondo il giudice di merito, un disallineamento dei due modelli sotto il profilo degli incentivi che la legge riconosce. Nella messa alla prova, il positivo espletamento della prova determina l'esonero di responsabilità, declinato nella forma della estinzione del reato. Nelle condotte riparatorie, l'ente fruisce di un significativo temperamento delle conseguenze afflittive (esenzione dall'applicazione delle sanzioni interdittive e riduzione da un terzo alla metà della sanzione pecuniaria).

Pertanto, l'innesto dell'istituto della messa alla prova nel complesso sistema normativo disciplinante il procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente si risolverebbe in un vero e proprio aggiramento del disposto dell'art. 17, D.Lgs. n. 231/2001 e, come tale, andrebbe scongiurato.

Ciò posto, scopo della giustizia riparativa – per come intesa nella delega contenuta nella riforma Cartabia e nella direttiva 2012/29/UE – è quello di promuovere la "riparazione" del rapporto tra vittima e reo, attraverso procedimenti e strumenti "diversi" da quelli tipizzati nei procedimenti penali. Si intende fornire delle procedure istituzionalizzate nelle quali la vittima ed il reo partecipino attivamente, con consenso libero, alla risoluzione del conflitto con l'aiuto di un soggetto terzo imparziale.[13]

Come ben rilevato da autorevole voce della dottrina, attraverso dialoghi, colloqui, ascolti tra vittima e autore del reato si punta a cicatrizzare il rapporto interpersonale laceratosi in ragione dell'episodio criminoso.[14]

4. I profili processuali critici della delega.

[13] Questi in concreto gli obiettivi della giustizia riparativa: 1) la deflazione del carico giudiziario; 2) il ridimensionamento del sovraffollamento carcerario (il carcere, infatti, è la sanzione più costosa, sia economicamente sia socialmente, e, peraltro, non è la sanzione che più riduce il rischio di recidiva); 3) il recupero sociale dell'autore del reato; 4) il soddisfacimento degli interessi della vittima.

[14] In questo senso, SPANGHER, *La giustizia penale verso la reparative justice*, in *IlPenalista*, 4 marzo 2022.

dirittifondamentali.it

Venendo ora ai principi e ai criteri direttivi contenuti nell'art. 1, comma 18, della riforma Cartabia, molteplici potrebbero essere le criticità di natura processuale, alcune delle quali aventi un potenziale impatto su diritti e garanzie costituzionali.[15]

Le prime criticità si rinvengono all'interno della lett. c) ed attengono: 1) all'arco temporale entro il quale è possibile accedere ai programmi di giustizia riparativa, ovverosia "in ogni stato e grado del procedimento, anche in fase esecutiva"; 2) alla "mancanza di preclusioni" in relazione alle fattispecie criminose o alla gravità del reato.

La prima scelta legislativa si pone, su un piano sistemico, in netta frizione con il principio di economia processuale in forza del quale il processo penale non deve subire dispersioni e deve concludersi in tempi ragionevolmente brevi.[16] Il nostro sistema è strutturato in modo tale da privilegiare la definizione del processo, in alcuni casi anche a costo di limitare la operatività e la effettività di altri principi (contraddittorio nella formazione della prova, immediatezza ed oralità). In secondo luogo, rendere accessibile la giustizia riparativa "in ogni stato e grado" del processo e nella fase esecutiva, si pone in disarmonia anche con la principale finalità della riforma Cartabia: quella della "celere definizione dei processi penali". In terzo luogo, si crea anche un disallineamento con gli istituti di giustizia riparativa già presenti nel nostro sistema in precedenza richiamati i quali conoscono un termine "ultimo" entro cui le parti possono attivarsi per azionarli.

[15] Con la lett. a), come anticipato, è chiesto al Governo di fornire nozioni, principali programmi, criteri di accesso, garanzie, persone legittimate a partecipare, modalità di svolgimento dei programmi e valutazione dei suoi esiti, nell'interesse della vittima e dell'autore del reato. Uno dei punti più delicati attiene sicuramente ai contenuti riparativi degli strumenti e, al riguardo, la natura del nuovo paradigma di giustizia impone di evitare elenchi tassativi perché negli altri ordinamenti la giustizia riparativa è nata non dalla penna di un legislatore ma dalla sperimentazione di operatori pratici insoddisfatti dell'armamentario loro offerto dalla giustizia penale tradizionale. Forse converrebbe evitare rigidi schemi legislativi e lasciare la libertà di manovra agli operatori, sempre però nel rispetto dei diritti delle parti e dei principi direttivi della materia. Con la lett. b), si definisce più dettagliatamente cosa debba intendersi per persona offesa. Qui il legislatore, prendendo spunto dalla direttiva europea 2012/29/UE, intende farvi rientrare sia la "vittima primaria" o "diretta", vale a dire il soggetto che ha subito la condotta criminosa sia la "vittima secondaria" o "indiretta", ovverosia quella solo indirettamente colpita dal reato (es. i familiari della vittima primaria).

[16] Il principio di economia processuale è un corollario del principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2, Cost. e rientrante a pieno titolo tra i principi del "giusto processo".

Sul piano operativo, l'accesso "temporalmente incondizionato" alla *reparative justice*, andrebbe armonizzato con altro profilo contenuto nella lett. d) del comma 18, quello della "confidenzialità" delle dichiarazioni del reo perché nel processo penale vige la presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.). Si tratta di un requisito imprescindibile, quello della confidenzialità, affinché possa esserci un libero scambio tra le parti durante il percorso riparativo senza che le stesse debbano temere effetti pregiudizievoli derivanti dalla diffusione o dalla utilizzazione dei contenuti. Il problema risiede nel silenzio serbato dal legislatore delegante in ordine al contenuto di tali dichiarazioni. È presumibile immaginare che un possibile dialogo tra i contendenti non potrà prescindere da un riconoscimento, seppur generico, da parte dell'imputato, dei fatti principali oggetto della contesa. In questa direzione, peraltro, propendono anche le fonti sovranazionali le quali richiedono che i fatti principali vengano riconosciuti dalle parti; l'autore del reato cioè deve ammettere, se non la propria responsabilità, la propria condotta dal punto di vista fattuale.[17] Fermo restando che spetta al legislatore delegato individuarne i contenuti, ma sarebbe opportuno evitare vere e proprie "ammissioni di responsabilità", così da scongiurare un possibile *vulnus* alla presunzione di non colpevolezza nella duplice veste di regola di trattamento e regola di giudizio. Presunzione di non colpevolezza che significa "assenza di pregiudizi in capo all'organo giudicante": chi è chiamato a giudicare non può avere la idea preconcetta che l'imputato abbia commesso il reato.

Il problema, evidentemente, non si pone se l'accesso ai programmi di giustizia riparativa avviene nella fase *post rem iudicatam*. In tale sede, le attività riparatorie potrebbero essere valutate dal giudice in vista della concessione dei benefici penitenziari ai sensi dell'art. 47, comma 7, ord. pen.

Per quanto riguarda la seconda scelta legislativa, quella dell'assenza di preclusioni in base alla gravità del reato, tale opzione ha riscosso un discreto successo nelle

[17] Cfr. il § 8 dei Basic Principles: «The victim and the offender should normally agree on the basic facts of a case as the basis for their participation in a restorative process. Participation of the offender shall not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings».

esperienze degli altri Paesi. In Inghilterra, per esempio, la giustizia riparativa si è rivelata maggiormente efficace proprio nei procedimenti aventi ad oggetto i reati di maggiore allarme sociale e meno efficace al cospetto di reati bagatellari.

Eppure, tenendo conto del significativo cambiamento di rotta legislativo e della incertezza che ancora aleggia attorno alla giustizia riparativa, la soluzione più prudente potrebbe essere quella di circoscrivere l'ambito di operatività della giustizia riparativa, almeno all'inizio, solo ad alcune categorie di reato. Poi, in un secondo momento, estendere progressivamente l'elenco delle fattispecie criminose, proprio come è avvenuto per i cd. reati presupposto nell'ambito del procedimento a carico delle persone giuridiche.

Difficile, invece, immaginare che la *reparative justice* possa entrare anche nei procedimenti penali concernenti i delitti di maggiore allarme sociale per i quali, come noto, vige addirittura il regime ostativo di cui all'art. 4 *bis* ord. pen.

Quanto ai criteri direttivi di cui alla lett. d), questi sono finalizzati ad assicurare una disciplina attenta ai diritti informativi della giustizia riparativa non solo dell'accusato, ma anche delle vittime. Lo scopo evidentemente è quello rendere edotti questi soggetti dei possibili percorsi riparativi fin dal primo contatto con l'autorità.

È cioè fondamentale che vi sia un consenso libero e informato dei protagonisti, vittima e autore del reato. A monte del consenso, poi, si pone l'esigenza di una completa, tempestiva ed effettiva informazione che deve estendersi non solo ai servizi disponibili, ma anche alla natura pienamente volontaria dell'adesione, di talché il consenso possa essere ritrattato in ogni momento.[18]

A ben riflettere, si tratta di una "precondizione" necessaria al fine di mettere gli interessati nelle condizioni di potersi orientare consapevolmente e prestare, se del caso, la propria adesione: è la normativa sovranazionale a richiedere che il consenso sia reso alla luce di una compiuta informazione «sulla natura del percorso

[18] Nello specifico, la delega prevede che l'accesso ai programmi debba avvenire «sulla base del consenso libero e informato della vittima e dell'autore del reato e della positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma in relazione ai criteri di accesso». A tale proposito, può notarsi come l'elemento di volontarietà, per quanto concerne la vittima, sia imprescindibile, al fine di evitare fenomeni di vittimizzazione secondaria.

e sui possibili esiti e implicazioni, ivi incluso l'impatto che eventualmente il percorso di giustizia riparativa avrà su futuri procedimenti penali».[19]

Ciò nonostante, forse ci si aspettava uno sforzo in più da parte del legislatore. Posto che la vittima solitamente concentra le proprie aspettative di giustizia sulla attesa della risposta punitiva, sarebbe stato opportuno un ben più ampio investimento, istituendo una solida rete di servizi di assistenza generalizzata alle vittime di reato (gratuiti), come del resto è avvenuto in alcuni Paesi dell'Europa.[20]

La istituzione di servizi di sostegno alla vittima, oltre a rispondere ad una elementare esigenza di solidarietà sociale, potrebbe offrire un ausilio prezioso per instradare la vittima verso il percorso riparativo.[21]

Tra i punti più critici della delega, l'esito della "valutazione" della collaborazione dell'autore del reato. La vischiosità della questione risiede nella "laconicità" della legge delega, non essendo chiaro, stante il silenzio del legislatore delegante sul punto, se in caso di esito favorevole del programma di giustizia riparativa il giudice dovrà dichiarare la improcedibilità oppure la estinzione del reato (soluzione quest'ultima adottata con la sospensione con messa alla prova)[22] o, ancora, attenuare il trattamento sanzionatorio dell'imputato.

Ciò che, invece, è stato ben esplicitato in delega è che l'eventuale esito negativo dell'*iter* di giustizia riparativa non dovrà andare a scapito delle garanzie dell'imputato-condannato.[23] La valutazione spetta chiaramente al giudice il quale è

[19] Così recita il § 16 della Raccomandazione 2018/8.

[20] Si veda, DEI-CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell'ambito della legge delega Cartabia*, in *Arch. Pen.*, n. 3, 2021, *online*.

[21] Oltre a garantire i diritti informativi, il legislatore delegante si preoccupa di salvaguardare anche il diritto all'assistenza linguistica, la tutela dei dati personali, la possibilità di ritrattare l'adesione e la confidenzialità delle dichiarazioni rese nel contesto mediativo.

[22] Per opportuni spunti di riflessione sul punto si consigliano BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Milano, 2020, 329 ss.; COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Torino, 2010, 226 ss.; TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di Triggiani, Torino, 2014, 41 ss.

[23] Si pensi, ad esempio, al *nemo tenetur se detegere*, il quale impone la confidenzialità delle notizie apprese nell'ambito del programma riparativo, da un lato, nonché, dal lato soggettivo, che il giudice penale non possa derivarne un pre-giudizio a svantaggio dell'imputato.

chiamato a salvaguardare gli interessi della vittima senza pregiudicare i diritti dell'imputato.

Quest'ultimo, infatti, non deve essere pregiudicato dalle dichiarazioni-ammissioni rilasciate in occasione della mediazione, pena altrimenti, come già anticipato, la violazione della presunzione di non colpevolezza di cui al capoverso dell'art, 27 Cost.[24]

La sanzione individuata in delega è quella della inutilizzabilità delle dichiarazioni sia nel corso del procedimento penale sia nella fase della esecuzione della pena. Solo in due occasioni sarà possibile la divulgazione di tali dichiarazioni: A) qualora la divulgazione dovesse risultare necessaria per evitare la commissione di imminenti gravi reati; B) qualora le dichiarazioni dovessero integrare di per sé reato.

Sulla scorta di quanto sin qui rilevato, il diritto di difesa sembrerebbe adeguatamente soddisfatto dalla doppia previsione della "confidenzialità" delle dichiarazioni e dalla "inutilizzabilità" delle stesse. Tuttavia, non può sottacersi come manchi all'interno della delega un "doveroso" richiamo al diritto alla "assistenza tecnica" nella fase della mediazione.

La presenza del difensore nel percorso riparativo potrebbe sembrare ingombrante o addirittura controproducente. Il difensore potrebbe cioè "chiudersi ed arroccarsi" su posizioni difensive che impediscano lo sviluppo di un dialogo aperto tra vittima e imputato. Tuttavia, un rilievo di questo tipo non convince affatto. Il ruolo che assume il difensore è essenziale sia in un momento iniziale sia nel momento conclusivo del percorso riparativo. L'introduzione alla mediazione passa attraverso colloqui individuali in cui il difensore deve illustrare al proprio assistito i passaggi giuridici esiziali per le sorti del procedimento. Allo stesso modo, si ritiene fondamentale l'apporto difensivo anche nella fase conclusiva della mediazione, quando cioè si raggiunge un punto di incontro che contenga impegni importanti e di particolare spessore tecnico-giuridico.

[24] Peraltro, l'esigenza di fornire la massima tutela alle dichiarazioni rese in sede di mediazione, si avverte ancor di più in ragione della riconosciuta possibilità alle parti (quindi anche alla vittima) di ritrattare il consenso inizialmente prestato.

dirittifondamentali.it

Infine, la lett. f) prescrive al legislatore delegato di disciplinare la formazione dei mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa, tenendo conto delle esigenze delle vittime del reato e degli autori del reato e delle capacità di gestione degli effetti del conflitto e del reato nonché del possesso di conoscenze basilari sul sistema penale; di prevedere i requisiti e i criteri per l'esercizio dell'attività professionale di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa e le modalità di accreditamento dei mediatori presso il Ministero della giustizia, garantendo le caratteristiche di imparzialità, indipendenza ed equiprossimità del ruolo.

Si evince, innanzitutto, una peculiarità richiesta al mediatore, quella della terzietà, essendo tale soggetto chiamato a contemperare le esigenze della vittima e quelle del presunto autore del reato. La terzietà che contraddistingue i mediatori, però, è diversa da quella del giudice al quale compete il potere di *jus dicere*. Al mediatore manca evidentemente un elemento essenziale, appunto il potere decisionale. Con ciò non si intende sminuire, né svuotare di contenuto, il requisito della terzietà, comunque richiesto al mediatore, atteso che l'esperienza insegna che la mediazione si conclude con successo quando vi è la totale fiducia delle parti nei confronti del mediatore.

Una seconda caratteristica richiesta al mediatore è quella della conoscenza del sistema penale. Al fine di poter assicurare l'idoneità di tale soggetto a gestire il conflitto tra vittima e reo, il legislatore delegato dovrà prevedere requisiti per l'espletamento delle funzioni di mediatore. Si va così formando una nuova figura: quella di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa.

Infine, anche se nulla è detto in delega, è probabile che gli avvocati iscritti all'Albo saranno considerati "di diritto" mediatori. Così, è avvenuto per gli organismi di mediazione civile. Anche gli iscritti all'Albo saranno tenuti a svolgere corsi di formazione e di aggiornamento.

Presumibili anche alcuni divieti: 1) innanzitutto, l'avvocato non potrà assumere la funzione di mediatore qualora abbia intrattenuto rapporti professionali negli ultimi due anni con una delle parti (e ciò vale anche nel caso in cui una delle parti sia

assistita da un suo socio di studio o da un associato o da professionisti che esercitino negli stessi locali); 2) in secondo luogo, l'avvocato, dopo lo svolgimento dell'incarico di mediatore, non dovrà intrattenere, sempre per un periodo di due anni dalla definizione del procedimento, rapporti professionali con una delle parti e anche in questo caso il divieto si estende anche ai professionisti soci o associati ovvero che esercitino negli stessi locali.

5. Ulteriore criticità: l'escalation della vittima nel processo penale.

Dall'esame dei principi e dei criteri direttivi, se per un verso, emerge una certa laconicità della legge delega su aspetti essenziali, con inevitabile attribuzione al Governo di ampi spazi di intervento per l'attuazione della giustizia riparativa, per altro verso, appaiono ben chiari i "punti fermi" attorno ai quali costruire questo nuovo ed alternativo modello di risposta dell'ordinamento alla violazione delle norme che fondano il patto sociale: presunzione di non colpevolezza, diritto di difesa, terzietà ed imparzialità del giudice, principio del *nemo tenetur se detegere*.

Vi è però un aspetto che desta non poche perplessità: il percorso di "eccessiva" valorizzazione del ruolo della vittima nel processo penale, fortemente voluto dall'Europa[25] e già in atto da alcuni anni.[26]

[25] Per una visione d'insieme sul ruolo della vittima nel sistema di giustizia penale europeo cfr., in una vastissima letteratura, AMALFITANO, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 643 ss.; L. LUPÁRIA *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milanofiori Assago, 2015; ID., *L'Europa e una certa idea di vittima (ovvero come una direttiva può mettere in discussione il nostro modello processuale)*, in *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, a cura di Mastroianni, Savy, Editoriale Scientifica, 2013, 91 ss.; G. RANALDI, *Parte civile e processo* de societate*: profili di un'esclusione ragionevole*, in *questa Rivista*, 2013, 459 ss.; SAVY, *La vittima dei reati nell'Unione europea - le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e la complementarietà della disciplina penale e civile*, Milano, 2013.

[26] Sull'argomento si consiglia LORUSSO, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?* in *Dir. Pen. e Proc.*, n. 8, 2013, 881 ss. In generale, sulla persona offesa si vedano AIMONETTO, *«Persona offesa dal reato»*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 318 ss.; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926; DELL'ANNO, *I soggetti processuali*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, *Itinera Guide Giuridiche Ipsoa*, Milano, 2014, 46 ss.; GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano,

Ma procediamo con ordine e per gradi. Da un lato, al momento del varo del codice di procedura penale, il legislatore dell'88 ha riconosciuto uno spazio autonomo alla persona offesa dedicandogli un apposito titolo del Libro I (nella codificazione precedente, invece, le norme disciplinanti la persona offesa erano sparse all'interno del *corpus* normativo). Dall'altro, pochi dubbi sulla volontà del Parlamento al momento del varo del codice di rito penale di scoraggiare la costituzione di parte civile nel processo penale. Prova ne sono le norme che regolamentano il trasferimento dell'azione civile dal processo civile a quello penale e viceversa.

Emerge così, da una lettura complessiva delle disposizioni codicistiche, un dato alquanto chiaro: nell'impianto originario del codice dell'88 è stato riconosciuto un "ruolo secondario" alla vittima del reato. Una conferma del dato è poi giunta dalla stessa riforma costituzionale in tema di "giusto processo" del 1999[27] che, nel declinare i caratteri del "*fair trail*", ha fatto esclusivo riferimento alla persona accusata senza alcun cenno ai diritti e poteri della persona offesa.

Successivamente, su forti spinte dell'Europa (si pensi, in particolare, alla direttiva 2021/29/UE[28]) il legislatore è intervenuto gradualmente sul codice di rito penale al chiaro fine di rafforzare la posizione della vittima nel processo penale. In questa

1971; GIUNCHEDi, *Processo penale e azione civile per il risarcimento. Codice della responsabilità civile e RC Auto*, Torino, 2015, 1193 ss.; GUALTIERI, *Soggetto passivo, persona offesa e danneggiato dal reato: profili differenziali*, *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 1995, 1070 ss.; PAULESU, «Persona offesa dal reato», in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, 593; ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 3 ss.; SPANGHER-PICOTTI, *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto della legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002.

[27] Si tratta della legge costituzionale del 23 novembre 1999, n. 2.

[28] La direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, sostituendo la decisione quadro 2001/220/GAI, ha azionato un processo volto alla valorizzazione del ruolo e del peso della vittima nella vicenda penale, istituendo norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. È stata così imposta allo Stato italiano una vera e propria rivisitazione dello "statuto processuale della vittima".

[28] In generale, tra le diverse fonti europee in materia penale, dedicate alle vittime sono da ricordare: la Direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti; la Direttiva 2011/36/UE, che stabilisce norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nell'ambito della tratta di esseri umani e introduce disposizioni comuni in materia di protezione delle vittime; la Direttiva 2011/99/UE, volta ad istituire l'Ordine di protezione europeo (OPE); la Direttiva 2011/92/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.

direzione, per esempio, la legge n. 172 del 2012[29] attuativa della Convenzione di Lanzarote, ovvero, più di recente, la legge n. 69 del 2019, nota come "codice rosso", in tema di vittime di violenza di genere e domestica.[30]

Sempre nell'ottica di assicurare una protezione rafforzata alla vittima del reato, ha fatto ingresso nel procedimento penale un nuovo soggetto: la persona offesa che versi in condizioni di particolare vulnerabilità (art. 90 *quater*).[31] Come prevedibile, questo ha determinato un significativo incremento dello *standard* di garanzie per il subentrante, cui è inevitabilmente conseguito un indebolimento della tenuta di garanzie per l'imputato.[32] La condizione di persona offesa particolarmente vulnerabile si fonda sull'età (presumibilmente minorenne o comunque di giovane età, ma forse anche di età avanzata, sebbene il legislatore non abbia fornito precisazioni al riguardo), sullo stato di infermità o di deficienza psichica, sulla

[29] Tale legge ha previsto la necessaria presenza di un esperto in psicologia o psichiatria infantile ogni volta che debbano essere raccolte in fase investigativa (in assenza di contraddittorio, e, dunque, non in incidente probatorio) le dichiarazioni di un minore "in relazione" a reati di abuso, violenza e sfruttamento sessuale. L'esperto deve essere presente non solo quando si escute la vittima del reato, ma in tutti i casi in cui debbano essere raccolte dichiarazioni di minori nell'ambito di procedimenti relativi ai reati indicati nell'art. 351, co. 1-*ter*, c.p.p. (come modificato dalla legge in parola). La legge attuativa della Convenzione ha imposto l'affiancamento dello psicologo o dello psichiatra infantile introducendo il comma 1-*ter* all'art. 351 c.p.p., il comma 1-*bis* all'art. 362 c.p.p. ed il comma 5-*bis* all'art. 391-*bis* c.p.p. Così, l'intervento dell'esperto è necessario quando le dichiarazioni del minore sono raccolte dal pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria o dal difensore mentre nessun obbligo è previsto per il giudice che assume tale deposizione nel corso dell'incidente probatorio o in dibattimento.

[30] Sul codice rosso si consigliano, su tutti, L. ALGERI, *Il c.d. Codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 10, 2019, 1363 ss.; CARDAMONE, *Gli stereotipi di genere tra prospettiva sociologica e codice rosso*, *QG.*, 14-9-2019; CASELLA, *Violenza di genere: la tutela della vittima nella dimensione procedimentale e processuale*, *Cass. Pen.*, 2019, 1388 ss.; B. ROMANO-A. MARANDOLA, *Codice Rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69 in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, 2019; G. SPANGHER, *Codice rosso. I profili processuali*, in *RAC*, 2020, 1, 39 ss.; N. TRIGGIANI, *L'ultimo tassello nel percorso legislativo di contrasto alla violenza domestica e di genere; la legge Codice Rosso, tra effettive innovazioni e novità solo apparenti*, in *PPG*, 2000, 2, 23 ss.

[31] Per una visione di insieme e per gli aspetti di maggiore criticità che aleggiano attorno a tale nuova figura di persona offesa si consiglia B. ROMANELLI, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, in *EDUCatt*, 2020.

[32] Giusto per fare un esempio, la persona offesa particolarmente vulnerabile, di fatto, viene sempre sentita attraverso lo strumento dell'incidente probatorio, con conseguente sacrificio per l'imputato del principio di immediatezza. Di regola, per effetto del meccanismo del doppio binario probatorio di cui all'art. 190 *bis* c.p.p., l'esame in dibattimento di tale soggetto non ha luogo, salvo che il medesimo riguardi fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze.

tipologia del reato e sulle peculiarità del fatto, con particolare riguardo ai delitti commessi con violenza alle persone o con odio razziale, ai reati di criminalità organizzata, di terrorismo, di tratta degli esseri umani o connotati da finalità di discriminazione. La particolare vulnerabilità può anche dipendere dalla condizione di dipendenza affettiva, psicologica o economica dall'autore del reato.[33]

Non va poi sottovalutata, a prescindere dall'*iter* di valorizzazione dei diritti e delle garanzie della vittima, l'evidente l'incidenza della costituzione di parte civile nel processo penale. Questa non si limita a introdurre la domanda risarcitoria, ma diviene inevitabilmente una vera e propria accusa privata interessata all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato quale presupposto della responsabilità civile. Tale accusa privata, avendo un "interesse personale e diretto" alla condanna dell'imputato, risulta spesso più accanita di quella pubblica, finendo per determinare un evidente squilibrio fra le parti processuali: una difesa a fronte di due accusatori di cui uno pubblico ed uno privato.

Il processo di valorizzazione della vittima non può arrestarsi ma, allo stesso tempo, non si deve trascurare un dato significativo: spesso il rafforzamento delle facoltà e dei diritti della vittima determina in maniera direttamente proporzionale il ridimensionamento della tenuta dei diritti e delle garanzie dell'imputato. Si sposta il baricentro del processo in direzione (e dalla parte) della vittima, ma non si devono eccessivamente affievolire i diritti e le prerogative del soggetto passivo dell'accertamento, di quel soggetto, cioè, che subisce – e patisce – in costanza della presunzione di non colpevolezza gli effetti negativi prodotti dalla macchina giudiziaria.

Dunque, una eccessiva valorizzazione del ruolo della vittima rischia seriamente di destabilizzare il tradizionale assetto triadico del nostro processo penale: un assetto fondato sulla dialettica pubblico ministero-imputato-giudice.[34] E non sembrano

[33] Vi è grande indeterminatezza attorno a tale nuovo soggetto, eppure rilevantissime sono le conseguenze processuali che scaturiscono dalle discipline differenziate istituite per proteggere questa particolare vittima (ad esempio, l'art. 190 *bis*, comma 1 *bis*).

[34] Vi è una volontà di «promuovere da semplice comparsa a protagonista della scena processuale la vittima, finora ospite poco gradito della contesa tra accusa e difesa», così finendo con il ribaltare i tradizionali assetti triadici del processo penale. In tal senso, LORUSSO, *Le*

esserci molti dubbi sul fatto che l'apertura delle porte del processo penale alla giustizia riparativa possa significativamente stravolgere questo assetto triadico del nostro processo a chiara vocazione accusatoria.

Quello su cui il Governo è chiamato ad intervenire è un "terreno scivoloso" perché si corre il rischio che la giustizia riparativa possa generare una "giustizia differenziata" che varia da imputato ad imputato a seconda dello stato della vittima, compassionevole o vendicativa, povera o ricca, collaborativa o non collaborativa. L'auspicio è che questa trasformazione del processo penale (che diventa anche luogo per promuovere la riparazione e la conciliazione tra vittima e reo) possa avvenire senza "effetti traumatici", senza cioè ridimensionare eccessivamente la posizione dell'imputato, salvaguardando i diritti di quest'ultimo e le garanzie del giusto processo.

dirittifondamentali.it

conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale? cit., 881 ss. Secondo tale voce della dottrina «l'azione continua e inarrestabile dell'Unione europea, la cui spinta a riconsiderare i gangli del processo penale leggendone le dinamiche con gli occhi della vittima, naturalmente speculari a quelli dell'imputato il cui sguardo si è posato - con residuali e circoscritte variazioni sul tema - sull'agone processuale per circa mezzo secolo quale faro predominante, se non unico, del legislatore, complici una Carta fondamentale 'rivoluzionaria' da rendere effettiva e un codice di rito figlio, come il fratello maggiore dedicato al reato ed alle pene, di uno Stato autoritario».